REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
Corte Suprema de Justicia

GACETA JUDICIAL

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

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1956

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION CIVIL

TOMO CLXVI — Número 2407
Bogotá, D. E., Colombia — Años 1980 y 1981

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CLXVI

1980

SALA DE CASACION CIVIL

BOGOTA, D. E. — IMPRENTA NACIONAL — 1987

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

1 9 8 0

SALA PLENA

Doctores: JUAN MANUEL GUTIERREZ LACOUTURE, **Presidente**
JUAN HERNANDEZ SAEZ, Vicepresidente
Nicolás Pájaro Peñaranda, Secretario General.

SALA CIVIL

Doctores: HECTOR GOMEZ URIBE, **Presidente**
Nicolás Pájaro Peñaranda, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores: **José María Esguerra Samper**
Germán Giraldo Zuluaga
Héctor Gómez Uribe
Humberto Murcia Ballén
Alberto Ospina Botero
Ricardo Uribe Holguín.

SALA PENAL

Doctores: PEDRO ELIAS SERRANO ABADIA, **Presidente**
Alberto Mora Cogollos, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores: **Fabio Calderón Botero**
Dante L. Fiorillo Porras
Gustavo Gómez Velásquez
Alvaro Luna Gómez
Luis Enrique Romero Soto
Alfonso Reyes Echandía
Pedro Elías Serrano Abadía
Darío Velásquez Gaviria.

SALA LABORAL

Doctor: FERNANDO URIBE RESTREPO, **Presidente**
Señora: Berta Salazar Velasco, Secretaria.

MAGISTRADOS: Doctores: **Jerónimo Argáez Castello**
César Ayerbe Chaux
José Eduardo Gnecco Correa
Juan Hernández Sáez
Fernando Uribe Restrepo
Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores: GONZALO VARGAS RUBIANO, Presidente
Luis E. Serrano A., Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores: **Luis Carlos Sáchica**
Luis Sarmiento Buitrago
Gonzalo Vargas Rubiano
María Latorre Rueda
Carlos Medellín Forero
Humberto Mesa González
Oscar Salazar Chaves
Jorge Vélez García.

RELATORES: Doctores: **Luis H. Guevara Peñafiel y Amelia Barrera de Gáfaro**, Sala Civil
Hernán Prieto Rincón, Sala Penal
Manuel A. Vanegas Mendoza, Sala Laboral
María Teresa Garzón de Angel y Miguel A. Roa Castelblanco, Sala Constitucional.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CIVIL	DOCTORES LUIS H. GUEVARA PEÑABIEL Y AMELIA BARRERA DE GAFARO
RELATOR SALA LABORAL	DOCTOR MANUEL A. VANEGAS MENDOZA
RELATOR SALA PENAL	DOCTOR HERNAN PRIETO RINCON
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL	DOCTORES MA. TERESA GARZON DE ANGRI Y MIGUEL A. ROA CASTELBLANCO

TOMO CLXVI — Bogotá - Colombia — Enero a Diciembre de 1980 — Número 2407

REIVINDICACION DEL DERECHO DE USUFRUCTO

El usufructuario está capacitado para ejercer la reivindicación, pues es tributo propio de los derechos reales que sus titulares puedan perseguirlos en poder de quien se encuentra la cosa sobre la cual recaen.

Si el usufructo se pierde por razón de ocupación permanente a consecuencia de los llamados "trabajos públicos", su titular puede pedir la indemnización correspondiente hasta obtener el resarcimiento del perjuicio causado por la pérdida de su derecho y de la manera de ejercerlo. Cuando la inundación del predio impidiendo el ejercicio del derecho de usufructo obedece a acción u omisión humana, del nudo propietario, por ejemplo, como el efecto perseguido con la acción reivindicatoria se hace imposible por la ocupación permanente, el usufructuario está legitimado para reclamar indemnización por los perjuicios que sufra a consecuencia de la pérdida de su derecho.

La incongruencia del fallo, en ninguno de los tres eventos que dan lugar a ella, puede confundirse con la mala interpretación de las pretensiones que contenga el libelo: aquélla es atacable, dentro del ámbito del recurso de casación, conforme a la causal segunda al paso que ésta sólo puede plantearse dentro de la primera causal, por error de hecho proveniente de la defectuosa interpretación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
José María Esguerra Samper.

Bogotá, 22 de enero de 1980.

Se decide el recurso de casación interpuesto por Mauro Hincapié Marín, demandante en este proceso en que fueron demandadas las Empresas Públicas de Medellín, contra la sentencia proferida el 23 de febrero del año en curso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la citada ciudad.

De conformidad con los hechos expuestos en el libelo y con las pruebas que debidamente allegadas obran en los autos, son antecedentes de la litis los que en seguida se resumen:

1. María Ursula Marín Marín, quien había contraído matrimonio católico con el demandante Mauro Hincapié Marín el 14 de julio de 1919, mediante Escritura número 161 de 1959 otorgada en la Notaría de El Peñol, vendió a sus tres hijos José Antonio, José Abad y José Jesús Hincapié Marín, proindiviso y por iguales partes, la nuda propiedad de una finca rural ubicada en el paraje de "Chorro Hondo", "Piedra Negra", y "La Magdalena", en jurisdicción del mismo municipio, por los linderos que expresa ese instrumento, inmueble que dijo haber adquirido por compra a Jesús Gil Valencia en el año de 1942. Dicha venta incluyó también un derecho proindiviso equivalente a las dos terceras partes con María Pastora Sánchez de Hincapié y sus dos menores hijos, en un terreno de 1.1 hectáreas ubicado en el mismo paraje.

2. La vendedora se reservó en favor suyo y de su marido Mauro Hincapié Marín el usufructo vitalicio y el derecho de habitación sobre el inmueble de que se trata y descrito en el hecho 2º de la demanda, de lo cual no tomó nota el Registrador de Instrumentos Públicos del Circulo correspondiente, como aparece del certificado que obra a folios 17 y 18 del cuaderno número 1, en el que solamente se expresa que "los compradores sólo entrarán en posesión real y material del inmueble una vez producida la muerte de la comparecíente vendedora y su esposo Mauro Hincapié".

3. En la partición de los bienes sucesorales de José Antonio Hincapié Marín se adjudicó, entre otros bienes, a su viuda y a sus menores hijos el derecho que éste había adquirido por compra a María Ursula, mediante la escritura citada en el punto primero.

4. Según la Escritura 235 de 1961, José Abad Hincapié Marín vendió a su hermano José de Jesús el derecho que había adquirido de María Ursula, o sea que quedó con las dos terceras partes proindiviso en la nuda propiedad del inmueble atrás mencionado.

5. José de Jesús enajenó a las Empresas Públicas de Medellín, mediante Escritura número 393 de 1970, otorgada en la Notaría de El Peñol, "el derecho de dominio y posesión plena que el exponente tiene" en el inmueble de que se viene hablando y afirmó haberlo adquirido por compras hechas a María Ursula y a José Abad, por adjudicación en la hijuela de gastos efectuada en la partición de la herencia de José Antonio, y además, ser dueño de las mejoras allí existentes por haberlas plantado personalmente. En la cláusula 3ª de tal instrumento se lee que el vendedor "no ha vendido ni en otra forma enajenado los referidos inmuebles y responde que se hallan libres de arrendamientos, cosecheros y aparceros, así como de gravámenes y limitaciones del dominio en general, tales como censo, hipoteca, embargo judicial, registro por razón de demanda civil, pleito pendiente y condiciones resolutorias".

6. Debe advertirse que no obstante lo expuesto por José de Jesús en la Escritura 393, en aquélla mediante la cual Ursula vendió a sus tres hijos el mencionado predio, se habla de que esa enajenación incluye las mejoras allí existentes y la escritura detallada.

7. La entidad demandada entró a ocupar el inmueble comprado a José de Jesús y lo utilizó, junto con muchos otros predios, para las obras de un embalse destinado a la producción y abastecimiento de energía eléctrica de la ciudad de Medellín, y por consiguiente privaron al demandante, según éste lo afirma en su libelo, de los derechos de usufructo vitalicio y de habitación atrás mencionados, y debido a ello ha sufrido los perjuicios correspondientes.

Con apoyo en los hechos que se dejan relatados, Hincapié Marín demandó por la vía ordinaria a las Empresas Públicas de Medellín para que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que "es titular de derecho de usufructo y habitación sobre el inmueble identificado en el hecho segundo de esta demanda";

b) "Que las Empresas Públicas de Medellín ... le han impedido ... el disfrute de ese derecho";

c) "Que, como consecuencia ... deben pagarle ... la suma de seiscientos treinta mil pesos ($ 730.000.00), o la que en mayor o menor cuantía se demostrare en este proceso, para cubrirle el usufructo dejado de recibir por el señor Hincapié Marín";

d) Que se condene a la empresa demandada en las costas del proceso.

El representante legal de la empresa demandada dio respuesta al libelo oponiéndose a las pretensiones de Mauro y denunciando el pleito a José de Jesús y José Abad, cuyo apoderado expresó que la entidad demandada había obrado a sabiendas de la verdadera situación jurídica de la finca y que por consiguiente debía afrontar las consecuencias de su propia culpa. Con aducción de pruebas de ambas partes surtióse la tra-

mitación de primer grado que vino a culminar con la sentencia del 25 de agosto de 1978, en la que el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín resolvió lo siguiente:

"1º Declárase que el señor Mauro Hincapié Marín es titular de sendos derechos (sic) reales de usufructo y habitación sobre el inmueble alinderado en el hecho segundo de la demanda ... Consecuencialmente ordénase a las Empresas Públicas de Medellín ... que a más tardar cinco días después de la ejecutoria de la presente sentencia, reponga al demandante ... en el disfrute de los derechos reales que en este fallo se reconocen ...

"2º Se condena tanto al demandante como a la entidad demandada al pago de las prestaciones mutuas que surjan una vez rituado el incidente previsto en el artículo 308 del Código Judicial. La condena por este aspecto se hace en abstracto de acuerdo a (sic) las pautas que se dejaron sentadas en la motiva.

"3º No procede la restante petición rogada como numeral 5 y atinente a presunta cuota mensual pagadera por las Empresas al demandante Mauro Hincapié Marín.

"4º Tampoco procede ningún tipo de condena en contra de los señores José de Jesús y José Abad Hincapié Marín, denunciados del pleito, por las razones que también se dejaron expuestas en la parte motiva.

"5º Se condena en las costas de la presente instancia a la parte demandada. Oportunamente tásense".

La apelación que contra dicho fallo interpusieron el demandante y la entidad demandada, fue decidida por el Tribunal Superior de Medellín en su sentencia del 28 de febrero del pasado año en la siguiente forma:

"1º *Modifícase* el numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, en el sentido de que el derecho real de usufructo y habitación que se reconoce al señor Mauro Hincapié Marín lo es sobre la parte no inundada del inmueble a que se refiere el hecho segundo de la demanda; y de que Empresas Públicas de Medellín no se encuentran en la actitud (sic) de tener que reponer al demandante en el disfrute de su derecho real en la parte del predio que aquí se le reconoce, por estar actualmente el actor en goce de él como se explicó en la parte motiva.

"2º *Se revoca* el numeral segundo de la parte resolutiva de ese fallo y en su lugar se *absuelve* a la entidad demandada de los cargos en él relacionados.

"*Confírmanse* los numerales 3º y 4º de la parte resolutiva del mismo fallo apelado.

"4º *Se modifica* el numeral 15 (sic) del mismo, parte resolutiva, en el sentido de que las costas de la primera instancia quedan compensadas entre las partes.

.."Sin costas en esta instancia". ....

Razones del Tribunal

El fallador de segundo grado comienza su análisis de la cuestión *sub judice* diciendo que de "acuerdo con el artículo 948 del Código Civil, también son materia de reivindicación los otros derechos reales distintos del de dominio y herencia ... Y en ese evento debe procederse en cuanto al análisis de la pretensión, sus elementos estructurales, pruebas, etc., en la misma forma en que se hace cuando lo que se reivindica es el derecho real de propiedad".

En seguida hace un breve estudio de la naturaleza del derecho de usufructo y de la forma como puede constituirse, que está sujeta a ciertas formalidades y requisitos que consagra la ley. Agrega en seguida que en este caso se presenta una situación "especialísima, en el campo jurídico, del demandante con respecto al inmueble relacionado en el hecho segundo de la demanda" la que procura resumir rememorando los mismos antecedentes expuestos al comienzo de esta providencia, para concluir que en verdad los tres hijos de Mauro y Ursula sólo adquirieron la nuda propiedad sobre el bien objeto de este proceso.

Comenta más adelante que habiendo muerto Ursula el 28 de diciembre de 1967, desde esa fecha Mauro se convirtió en el único usufructuario del inmueble, por lo cual la parte demandada sólo adquirió los derechos en la nuda propiedad del bien que tenía su vendedor, aunque en la escritura correspondiente se hubiera expresado cosa diferente. Luego de mencionar y analizar a espacio los diferentes negocios que se celebraron a propósito de la finca, dice que "resulta evidente que las Empresas Públicas de Medellín sólo son titulares del derecho de simple o nuda propiedad sobre el bien raíz, dado que existiendo el señor Mauro Hincapié Marín, a éste le corresponde el derecho real de usufructo sobre el mismo bien".

De lo anteriormente expuesto concluye el Tribunal que "resulta procedente la petición pri-

mera consignada en la demanda, pero sólo en la parte del terreno que no ha sido inundada por las aguas del embalse de El Peñol, dado que en la porción inundada ha de entenderse como extinguido el derecho de usufructo, como lo consagran los artículos 865, 866 y 867 del Código Civil. En lo que habrá de ratificarse la providencia apelada limitándose a la citada porción.

"Y la anterior declaración debe hacerse sin que las Empresas Públicas tengan que entregar ninguna indemnización o reparación al demandante, por deterioros, en la forma solicitada en la demanda bajo los numerales 3º y 5º", por las razones que pueden resumirse así:

a) Porque dadas las relaciones de familia existentes entre ellos (padre e hijo), el vendedor y Mauro sabían que las Empresas adquirieron el inmueble "pensando en la realización de obras de interés general para la comunidad, como la generación de energía eléctrica para una vasta zona del departamento de Antioquia ..., por lo que las Empresas aceptaron como precio ... la suma de trescientos mil pesos, dejando expresa constancia de que en él se entienden incluidos el valor de "todas las mejoras existentes, así como la indemnización civil por venta forzada para una obra de beneficio común ..." (cláusula 4ª, escritura 393 de 1970. C. Nº ..., fl. 15 v.);

b) Porque el demandante, "a pesar de vivir en el terreno, permitió sin protesta ni reclamo alguno, después de la venta que su hijo hiciera, que las Empresas Públicas inundaran parte del terreno en una mínima porción, dos hectáreas, como dicen los peritos, perdurando en ese silencio hasta el 19 de noviembre de 1976, cuando se decidió a proponer la demanda de reivindicación de su derecho de usufructo. En la porción inundada y ya para esa época, su derecho de usufructo había sido totalmente extinguido como lo indican los preceptos 865, 866 y 867 del Código Civil, por lo que habiendo sido perdida (sic) no podía intentarse su recuperación sobre ella en forma real y material";

c) "Porque el demandante ha continuado disfrutando del resto del predio ... en compañía de su hijo José de Jesús ...", como éstos lo aceptaron al ser interrogados en el proceso y lo corroboró José Abad Hincapié Marín en su declaración, disfrute que la entidad demandada ha respetado

"Por otra parte —expresa el fallador *ad quem*—, es de destacar que las Empresas Públicas al comprar como poseedora el inmueble materia del litigio, y en lo que respecta a la porción inundada, lo hizo de la mejor buena fe, considerando que su vendedor José de Jesús Hincapié Marín tenía dominio pleno y absoluto sobre el inmueble que dijo vender por la Escritura 393 ..., en razón de que el certificado de registro que al efecto se presentó a la entidad compradora, ninguna limitación o gravamen consignaba o manifestaba (sic) sobre el inmueble ... y porque, no obstante esto, permitió, como queda demostrado, que el señor Mauro Hincapié y sus hijos continuaran disfrutando de la otra parte del terreno que le había sido vendido y que no había sido objeto de inundación".

Como consecuencia de esa buena fe que destaca, concluye el Tribunal que la entidad demandada no está obligada a pagar ninguna indemnización al demandante; antes bien, que si hubiere lugar a ella, sería a cargo de José de Jesús y de la viuda de José Antonio y de sus menores hijos, que en fin de cuentas fueron quienes recibieron el precio de la finca que pagaron las Empresas Públicas.

Más adelante, al estudiar la denuncia del pleito, comienza el sentenciador por poner de presente que quien representó a las Empresas en la negociación con José de Jesús, estudió los títulos de la finca y suscribió la Escritura 393 como agente oficioso de aquéllas, fue Hugo de Jesús Velásquez Acosta, y que éste expuso bajo juramento que sí se dio cuenta de que el vendedor era apenas titular de la nuda propiedad. En tales condiciones, agrega el fallador, "no le resulta viable la garantía del saneamiento por evicción que va implícita en todo contrato de compra venta de bien inmueble, porque se supone que el comprador se somete a afrontar los riesgos que en el futuro se le presenten con respecto al defecto o vicio que conoció, ya que el funcionamiento de la garantía por evicción tiene como elemento esencial el que el comprador no hubiere tenido conocimiento del defecto al momento de la celebración del negocio, bien porque no tuvo oportunidad de estudiar, investigar o analizar los respectivos títulos de dominio de su vendedor, o bien porque éste no fue sincero al momento de cerrar el correspondiente negocio.

"Y en este caso aparece rotundo y muy claro el hecho de que el señor Hugo Velásquez Acosta, representante de las Empresas Públicas para ese negocio de compraventa, sí tuvo en sus manos los títulos del vendedor, los mismos que estudió y analizó, y además practicó algunas diligencias de inspección sobre el terreno que compraba y

sin embargo, de percatarse de la existencia de un usufructo, hizo caso omiso de esto y a nombre de las Empresas Públicas compró el inmueble... sin protestas ni reclamos. Esta conducta libera de toda responsabilidad a los denunciados, por lo cual debe absolvérseles de los cargos elevados en el escrito de denuncia, como bien lo dispusiera el juzgado de instancia".

El recurso de casación

El impugnante formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal, uno por la causal segunda y otro por la primera. La Corte procede a estudiarlos en el orden que les corresponde.

Primer cargo. Se acusa de incongruente el fallo recurrido, porque el Tribunal no tuvo en cuenta que la parte actora no formuló pretensión reivindicatoria alguna y sin embargo profirió su decisión sobre esa base, es decir, que "orientó su sentencia, tanto en su parte motiva como en la declarativa, a la reivindicación del derecho, cosa desde todo punto imposible", como que la finca quedó cubierta por las aguas de la represa El Peñol.

"En el caso que nos ocupa —continúa el recurrente—, la reivindicación implicaría que las Empresas Públicas de Medellín vaciaran la represa para que los predios inundados de la finca a la cual están vinculados los derechos de uso y habitación del actor, quedaran libres y pudieran ser cultivados como antes de 1970. Sólo así operaría la reivindicación de que habla la sentencia. Y ello, repito, es imposible.

"Precisamente, para obviar esa imposibilidad, el fallador hizo un esguince, un poco antijurídico, para establecer que el demandante solamente tiene el derecho de usufructo y habitación sobre 'la parte inundada ...'; y que las 'Empresas ... no se encuentran en la actitud (sic) de tener que reponer al demandante en el disfrute de su derecho real en la parte del predio que aquí se le reconoce, por estar el actor actualmente en goce de él ...'.

"Claramente se aprecia que el fallador de segunda instancia dictó una sentencia que no está en consonancia con las pretensiones de la demanda. En ésta se pedía pago del usufructo, no reivindicación de ese derecho".

"... Hay otra incongruencia en el fallo atacado. El usufructo es un derecho real constituido sobre un inmueble, que no puede desvertebrarse en su ejercicio como lo hace el fallador. Se tiene el derecho sobre toda la cosa. Y si en una parte de ella como en el caso que nos ocupa, no se puede llevar a cabo, el perturbador tiene que restituir esa parte de la cosa o pagar los daños que ocasione. Y aquí solamente queda el pago, por las razones antes dichas".

La Corte considera

El fenómeno de la incongruencia que ha sido reiteradamente estudiado por la jurisprudencia de esta Sala, consiste en que el fallador resuelva sobre cosas no pedidas por el actor, o falle más allá de lo que le fue solicitado o deje de pronunciarse sobre pretensiones que le han sido formuladas. Esta situación no puede confundirse con la que se presenta cuando el sentenciador interpreta mal las pretensiones que contiene el libelo. La primera, dentro del ámbito del recurso de casación, está comprendida en la causal segunda, al paso que esta última sólo puede plantearse dentro de la primera, por error de hecho proveniente precisamente de esa defectuosa interpretación de las súplicas de la demanda.

"Distinto de no decidir un extremo de la litis —ha dicho la Corte— es resolverlo en forma adversa al peticionario. En el primer caso el fallo sería incongruente y, en consecuencia, podría ser atacado en casación con base en la causal segunda; en el otro no, puesto que el fallo adverso implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte, que sólo podría ser impugnado a través de la causal primera si con él se violó directa o indirectamente la ley sustancial. De lo contrario se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuera favorable a las pretensiones del demandante, lo que a todas luces es inaceptable.

"Fuera de la falta de consonancia entre lo demandado y lo sentenciado, que es el motivo de casación autorizado en el numeral que invoca el recurrente en esta parte, todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídica del fallo, como es el de haberse otorgado lo pedido por un concepto de derecho diferente al que ha servido de apoyo al demandante, son materia exclusiva del primero de los motivos de casación que engloba diversas maneras de violación de la ley sustancial" (CXXXIX, pág. 34).

Si se comparan en este caso las pretensiones del demandante con los pronunciamientos que contiene el fallo impugnado, unas y otras trans-

critas o fielmente resumidas en los antecedentes de esta providencia, fácil resulta concluir que estos últimos se ciñen a aquéllas, todas las cuales quedaron resueltas. El Tribunal no decidió, pues, *plus, petita, extra petita* o *mínima petita*, denominaciones éstas que abarcan las diversas formas en que se puede cometer incongruencia.

De consiguiente, no prospera la acusación.

Cargo segundo. "Lo formulo —dice el recurrente—, dentro de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por error de hecho que condujo a la violación indirecta, por indebida aplicación, de los artículos 865 y 867 del Código Civil y por errónea interpretación del artículo 866 de la misma obra, error que condujo a la falta de aplicación de los artículos 833, 838, 840 párrafo 2º, 1613, 1615, 1616, 1617, 1626 y 1649 del Código Civil".

La fundamentación del cargo deja mucho que desear en cuanto a la precisión y claridad que exige el numeral 3º del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, así como también a la determinación de las pruebas (que no lo hace), respecto de las que atribuye error de hecho al Tribunal y su influencia en la violación de las normas sustanciales que menciona en la demanda.

En estas condiciones, para no traicionar el confuso pensamiento del censor se hace necesario transcribirlo textualmente.

"El fallador se funda en que el usufructo había terminado para el demandante, conforme a los artículos 865, 866 y 867 del Código Civil (páginas 7 frente y 7 vuelto de la sentencia). Este es el fundamento jurídico para llegar a la parte resolutiva de la sentencia.

"El artículo 865 en cuestión se aplica indebidamente, porque en el caso a estudio no se ha dado ninguno de los cinco motivos de extinción establecidos en esa norma: No ha muerto el usufructuario; no se ha resuelto el derecho del constituyente; no se ha consolidado el usufructo con la propiedad; no ha prescrito, pues se constituyó hasta la muerte de ambos cónyuges; ni el usufructuario ha renunciado a su derecho. Por el contrario, está reclamando el pago del mismo, por imposibilidad de ejercitarlo. Y si ninguna de estas circunstancias se ha cumplido, la norma se aplicó indebidamente.

"Podría aducirse que las Empresas Públicas consolidaron los derechos de usufructo y propiedad, porque adquirieron la finca sin gravamen alguno como lo prometió el vendedor José de Jesús Hincapié Marín. Más ello no es así, pues esta consolidación sólo hubiera podido operar si la compra se hubiera hecho con intervención del usufructuario reclamante. O si a él se le hubiera pagado, por transacción o por cualquier otro medio, el derecho de usufructo. Mas la escritura por la cual adquirieron las Empresas Públicas no dice nada en relación con el usufructuario. Toda la relación habida en ese instrumento público operó entre comprador y vendedor, desconociendo injustamente el derecho del usufructuario. No es dable, pues, entenderse cumplida esta circunstancia de la causal tercera del artículo 865 del Código Civil, entre otras cosas porque al tenor del párrafo 3º del artículo 838 de la misma obra, la carga del usufructo se transmitió con esta venta, aunque no se hubiera expresado tal circunstancia en la escritura.

"Igual aplicación indebida hubo con el artículo 867 del Código Civil, pues el evento contemplado con ella no ha ocurrido. La inundación de las agua persiste, y por ello hubo la reclamación.

"El artículo 866 de nuestro ordenamiento civil sustantivo se interpreta erróneamente en el caso que nos ocupa. El Código Civil colombiano, al contrario del derecho romano, está inspirado en la doctrina de que la destrucción capaz de extinguir el usufructo tiene que ser casual. Es decir, provenir de fuerza mayor o caso fortuito. Mas esta destrucción no se aplica al caso en que provenga de la conducta humana.

"Analizando esta norma, el doctor Fernando Vélez establece: 'Debemos comenzar por advertir que se trata de destrucción o pérdida casual de la cosa, porque si ésta perece por culpa del usufructuario, del nudo propietario o de un tercero, entonces deben aplicarse al asunto las reglas comunes de Derecho' ...

"El caso de la demanda es claro. La destrucción parcial de la finca no se debió a obra casual, única forma de liberación de responsabilidad. Se debió a la mano del hombre. La inundación fue provocada por las Empresas Públicas para formar la represa de El Peñol. Por lo tanto, la aplicación de esta norma a la extinción del usufructo es errónea, y en cambio deben aplicarse, como lo dice Fernando Vélez, las normas comunes del derecho, que no son otras que el pago de las rentas que ha dejado de percibir el usufructuario.

"El hecho de que las Empresas Públicas hayan efectuado la inundación para una obra de servicio a la comunidad, tampoco libera de res-

ponsabilidad ni facultad para que se atente contra un derecho legalmente constituido. Teniendo en cuenta que la entidad compradora sabía de la existencia del usufructo, debió entrar en negociación con el titular del derecho. Pero no lo hizo, como se desprende del contexto de la escritura. Y amparada en una cláusula general de pago de mejoras, procedió a violar el derecho del demandante, sin indemnizarlo previamente.

"El usufructo es un derecho real, de la misma categoría que el dominio. Y si las Empresas indemnizaron al propietario de la nuda propiedad y negociaron con él para poder adelantar la inundación, debieron hacer lo mismo con el demandante, porque a igual razón igual derecho. Con la tesis del fallador, bien hubiera podido inundarse la finca sin comprarla, so pena de tratarse de un servicio para la comunidad".

Luego se detiene el recurrente en diversas consideraciones de orden jurídico acerca de las demás normas del Código Civil que a su juicio dejó de aplicar el Tribunal y termina pidiendo que como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de los dos cargos formulados se case la sentencia impugnada y se "profiera el fallo respectivo de acuerdo a (sic) las pretensiones de la demanda".

Se tiene en cuenta

El cargo en estudio adolece de graves fallas técnicas que inevitablemente conducen a su fracaso. En efecto, no puntualiza en forma alguna cuál fue la prueba que el Tribunal pudo haber supuesto o preterido total o parcialmente y de manera ostensible, ni tampoco cuál fue la incidencia de ese presunto error de hecho en el quebranto de las normas de que trata la demanda. De otro lado, aunque pretende que tal violación se produjo por la vía indirecta, la del artículo 866 la hace consistir en que fue erróneamente interpretado. La Corte ha dicho insistente e invariablemente que esa última forma de violación sólo puede plantearse por la vía directa, ya que presupone que el recurrente no discrepa de la cuestión de orden probatorio que tuvo en cuenta el fallador.

A lo cual debe agregarse que el recurrente no ataca las razones en las que el sentenciador apoyó su decisión, de no condenar a las Empresas al pago de la indemnización pedida por Mauro en la súplica tercera de su demanda ni acusa el quebranto de los artículos 946 y 948 del Código Civil. En estas condiciones la fundamentación del fallo impugnado permanece incólume y respaldada por la presunción de legalidad y acierto que la ampara.

No obstante que por los motivos apuntados el cargo está llamado al fracaso, en cumplimiento de su misión unificadora de la jurisprudencia nacional, la Corte se ve en la necesidad de hacer algunas precisiones o rectificaciones doctrinarias a la sentencia impugnada.

Siendo atributo propio de los derechos reales, como lo es el usufructo, que sus titulares puedan perseguirlos en poder de quien se encuentre la cosa sobre la cual recaen, no cabe duda que el usufructuario o el que tiene en su patrimonio el derecho de habitación, están capacitados para ejercer la reivindicación (art. 948 C. C.).

En ciertos casos, por ejemplo, cuando el dominio se ha perdido por razón de ocupación permanente a consecuencia de los llamados "trabajos públicos", aunque su titular no pueda jurídicamente obtener que se le restituya la posesión de la cosa ocupada, está capacitado sin embargo para solicitar la indemnización correspondiente, es decir, para que se le resarza el perjuicio derivado de la pérdida de su derecho y de la manera de ejercerlo, cual es entre otros, la posesión del bien. Otro tanto ocurre y debe ocurrir con los demás derechos reales principales.

Concretamente para la acción del dominio, cuando quien la ejerce no puede obtener que se le restituya la cosa por haber sido enajenada por el poseedor, el artículo 955 del Código Civil faculta al primero para pedir a éste el precio de la enajenación y si fue hecha "a sabiendas de que era ajena, para la indemnización de todo perjuicio".

Si bien es verdad que al tenor del artículo 867 del Código Civil, la inundación de una heredad fructuaria, suspende en su ejercicio el derecho de usufructo y que éste revive cuando las aguas se retiran de ella "por el tiempo que falte para su terminación", también lo es, según la doctrina que la Corte sienta ahora, que esa inundación debe ser del todo ajena a acción u omisión del hombre, y con tanto mayor razón, del mismo propietario. Esta opinión la sostienen, entre otros, don Fernando Vélez, con apoyo analógico de lo que disponen los artículos 944 del Código Civil y 124 de la Ley 153 de 1887 (Estudio sobre el Derecho Colombiano, 2ª ed. Imp. París - América, París, Tomo III, pág. 296, Nº 450), Louis Josserand (Cours de Droit Civil Positif Français, 3ª ed. Libr. Rec. Sirey, París, 1938, Tomo

I. pág. 1071, Nº 1935), Planiol, Ripert y Piecard (Traité Practique de Droit Civil Français, Libr. Grale. de Droit et Jurisprudence, París, 1927, Tomo III, pág. 799, Nº 864) y Alessandri Somarriva (Curso de Derecho Civil, ed. Nascimiento, Santiago, 1957, Curso de Derecho Civil, Tomo II, pág. 682, Nº 979).

En consecuencia, al ocurrir el caso que se comenta, se producen dos situaciones: a) si el predio fructuario se inunda, ello no produce la extinción del usufructo a que se refiere el artículo 866 del Código Civil colombiano, sino apenas la suspensión del ejercicio o disfrute del mismo; y b) en ese evento, para que al producirse el retiro de las aguas reviva el usufructo por el tiempo que falta para su terminación como lo dispone el artículo 867 del mismo estatuto, la inundación no debe obedecer a voluntad del hombre sino ser meramente casual, o sea por obra de la naturaleza.

De esta suerte, cabe preguntar, ¿qué ocurre cuando la inundación del predio que impide el ejercicio del derecho de usufructo obedece a acción u omisión humana, o más concretamente, cuando la una o la otra proviene del nudo propietario quien la ocupa en forma permanente para una obra pública, como ocurrió en el presente caso? Como el efecto que se persigue con la acción reivindicatoria se hace imposible en ese caso, pues la ocupación permanente impide por completo que el usufructuario recupere la cosa fructuaria, éste debe estar legitimado para reclamar una indemnización por los perjuicios que sufre a consecuencia de la pérdida de su derecho. "A falta de norma expresa aplicable a esa situación, como dijo la Corte para la reivindicación del derecho de dominio, la jurisprudencia viene aplicando por analogía el artículo 955 del Código Civil, que sanciona la enajenación de cosa ajena, que hace imposible o difícil la vindicación de ésta y así, con fundamento en esa norma que es una proyección completa del principio general del artículo 2341 ibídem ha deducido la responsabilidad en que incurren los municipios que se colocan en situación como la debatida en este juicio" (Cas. Civ. 19 de junio de 1938 aún sin publicar, jurisprudencia civil de la Corte Suprema de Justicia, Héctor Roa Gómez, Tomo III, Nº 1142).

Tal fue exactamente lo que ocurrió en el caso *sub judice*. Es un hecho cierto, aceptado por ambas partes y afirmado por los peritos que actuaron en el proceso, que una parte de la propiedad de la cual era usufructuario el demandante, quedó inundada por razón del embalse que fue construido por las Empresas Públicas de Medellín. Dicho en otros términos, esa inundación se produjo por obra de la entidad demandada, claro que con fines de utilidad pública como es, sin duda alguna, el abastecimiento de energía eléctrica de la ciudad de Medellín.

Como se vio en el resumen que se hizo de los antecedentes de la controversia, el actor es usufructuario vitalicio del predio que detalla la demanda. El nudo propietario de éste lo enajenó a las Empresas Públicas de Medellín, haciéndose pasar por pleno propietario, prevalido de un certificado defectuoso que expidió el Registrador de Instrumentos Públicos de El Peñol, en el que no se indica la existencia de aquellos otros dos derechos reales de los que es titular el demandante.

Así las cosas, las Empresas acometieron las obras de la represa, a consecuencia de las cuales las aguas ocuparon permanentemente una parte del inmueble de que trata, pero respetaron el derecho del demandante de continuar usufructuando el resto, como lo acreditan las declaraciones testimoniales de José de Jesús y José Abad Hincapié Marín. De consiguiente, la perturbación de un derecho que sufrió el actor por parte de la demandada se limita a la porción del terreno inundada y a ello debería circunscribirse la indemnización a que es acreedor.

En el presente caso, desde luego, no hubo enajenación por parte de las Empresas Públicas, pero por razón del embalse que éstas construyeron se ha hecho imposible para el demandante la recuperación de la parte inundada, lo que le ha impedido ejercer y disfrutar su derecho de usufructo.

La Corte dijo en caso semejante que "Ni el Estado ni entidad públics alguna escapan al principio generalísimo consagrado en el artículo 2341 del Código Civil, que establece la responsabilidad extracontractual o aquiliana en que incurre cualquiera en que por su hecho o culpa causa daño a otro. Por tanto, poco importa la calificación jurídica o fáctica que se le dé a las relaciones entre el Estado y los bienes de uso público, y la circunstancia de que éstos ya no puedan ser objeto de acción reivindicatoria en sentido estricto. Lo inconcestionable es que el propietario desposeído de ellos debe ser indemnizado precisamente por el autor de ese hecho" (Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema de Justicia, Héctor Roa Gómez, Tomo III, Nº 1142).

Por último, es de anotar la contradicción en que incurrió el sentenciador cuando de un lado consideró que la entidad demandada obró "de la mejor buena fe" en la compra que hizo a José de Jesús Hincapié, ya que tuvo a éste como pleno propietario del inmueble, porque en el certificado del Registrador no se hizo constar expresamente el derecho de usufructo que tenía Mauro. Sin embargo, párrafos más adelante de su sentencia, al estudiar la denuncia del pleito, afirma que esa misma entidad, por conducto de quien actuó a su nombre en la negociación que culminó con la compra efectuada a José de Jesús y además aceptó la escritura como su agente oficioso, tuvo en sus manos y estudió los títulos de la finca y por consiguiente supo que el dominio de ésta estaba desmembrado.

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 recurrida.

Sin costas por la rectificación doctrinaria.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Hernán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda
Secretario.

SIMULACION

Testigos sospechosos y testigos de oídas. **Su valor probatorio.**

La ley no impide que se reciba declaración a un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se la aprecie con mayor severidad.

La parte no puede crearse a su favor su propia prueba; quien afirma un hecho tiene la carga procesal de demostrarlo, salvo cuando se afirma una proposición indefinida, un hecho notorio o la existencia de preceptos legales.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
José María Esguerra Samper.

Bogotá, 12 de febrero de 1980.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante en el proceso promovido por los herederos de Ricardo Otálora Alvarado frente a Juan Manuel Toro Cardona, contra la sentencia del 30 de enero de 1979, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Antecedentes

1. Jorge Ismael y Dora Aydee Otálora Alvarado, quienes fueron reconocidos como herederos en el proceso de sucesión de Luis Ricardo Otálora Alvarado, demandaron a Toro Cardona para que se hicieran los pronunciamientos que en seguida se resumen:

a) Que el contrato que celebraron el causante y el demandado, mediante la Escritura número 1426 del 16 de mayo de 1973, otorgada en la Notaría Octava de Bogotá, "nunca tuvo carácter de compraventa, sino que el fin fue evitar que el señor Luis Ricardo Otálora Alvarado, no diera (sic) cumplimiento a otro compromiso de promesa de venta hecha sobre el inmueble de que trata la escritura antes citada";

b) Que en consecuencia se declare sin ningún valor el contrato aludido y que por ende "es la sucesión de Luis Ricardo Otálora la dueña del inmueble a que hace referencia el título escriturario y que se halla determinado en la forma siguiente:" (aquí la descripción del bien);

c) Que se ordene el registro de la sentencia que haga tales declaraciones y que se condene a la parte demandada en las costas del proceso.

2. Los hechos que conforman la *causa petendi* pueden compendiarse así:

a) Otálora Alvarado prometió en venta el inmueble de que se trata a José Enrique Carreño, pero como creyose engañado en la celebración de ese contrato, "por consejos de algunos familiares, trató de eludir el cumplimiento de sus obligaciones contraídas en la promesa de venta y por ello buscó la persona que le recibiera en confianza la escritura y así poderse insolventar" y no darle cumplimiento;

b) Con ese propósito simuló vender a su cuñado Juan Manuel Toro Cardona el inmueble antes mencionado, pero el comprador no pagó el precio de la venta que figura en la escritura, precio que en todo caso era muy inferior al comercial que tenía el inmueble;

c) "El demandado aceptó como *simulada* la escritura, comprometiéndose con el señor Luis Ricardo Otálora Alvarado, a devolverle la escritura a él o a la persona que él le indicara";

d) Vendedor y comprador, aunque en la escritura aparezca lo contrario, no tuvieron la intención de enajenar ni de adquirir "sino simplemente de simular una venta con el fin de no dar cumplimiento al contrato de promesa de venta";

c) Otálora Alvarado "después de la venta ficticia, siguió en posesión del inmueble y en tales condiciones siguió viviendo en ella (sic) hasta su muerte ocurrida en el mismo bien y recibió arriendos sin rendir de ello cuenta a nadie. En las mismas condiciones y como dueño que continuaba siendo del inmueble continuó pagando la hipoteca que pesaba sobre el bien y a favor del Banco Central Hipotecario" y "... en su calidad de dueño real siguió haciéndole mejoras al inmueble materia de la venta ficticia", siendo de advertir que el demandado no ha ejercido posesión alguna sobre dicho bien.

3. Con oposición de Otálora, quien negó los hechos fundamentales de la demanda y pidió que los restantes fueren demostrados, adelantóse el proceso, cuya primera instancia culminó con el fallo del 21 de junio de 1976, en el que se denegaron todas las pretensiones de la parte actora, porque a juicio del juez no estaba plenamente probada la simulación del contrato de compraventa impugnado.

4. Por apelación que interpuso la parte demandante subió el negocio al Tribunal, el que tras inusitadamente larga demora para resolver el recurso, en su sentencia del 30 de enero de 1979 revocó la decisión apelada y en su lugar despachó favorablemente las súplicas formuladas por los Otálora.

Motivación de la sentencia impugnada

Luego de breve recuento de la actuación y de las consideraciones procesales de rigor, el Tribunal acomete el estudio de la cuestión *sub judice* en los siguientes términos:

"1º La unánime convicción de los declarantes acerca de la ficción total de la aparente compraventa contenida en la Escritura Pública número 1426 de 1973, basta para acreditar la simulación alegada, si se analiza la prueba en su contexto y no con el método seguido por el juzgador de primera instancia.

"En efecto, el fallador *a quo* se apartó del sistema lógico-objetivo y sistemático que debe imperar en la ponderación de los distintos medios probatorios y al considerar en forma aislada estos distintos elementos de convicción, sacó conclusiones que pugnan con el hecho fundamental del litigio, que resulta acreditado si se hace un análisis de conjunto.

"No es argumento válido del juzgado aquel según el cual los testigos hablan de las anomalías mentales de Luis Ricardo Otálora Alvarado, hecho que no se planteó en el proceso, pues es precisamente esa circunstancia la que produjo la convicción de los testigos y la que es susceptible de explicar la razón por la cual aquel decidió concluir el negocio simulado, con la finalidad de incumplir un negocio anterior y real, que creía desventajoso.

"Tal negocio fue el celebrado con el señor José Enrique Carreño, ampliamente demostrado, ya que inclusive dio lugar a un proceso que se adelantó ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito, adverso a Otálora Alvarado.

"Lo fundamental de todo es que a los declarantes les consta que Luis Ricardo Otálora tenía la firme decisión de realizar un negocio simulado con el fin de evitar el cumplimiento de una promesa de compraventa celebrada sobre el inmueble, la que tanto él como los mismos testigos consideraban desventajosa.

"Por otra parte, estima el Tribunal que la circunstancia de que algunos de los declarantes tengan parentesco con Otálora Alvarado no resta credibilidad a sus dichos en un caso como el presente. Porque fue precisamente en razón de ese vínculo como llegaron a conocer todo lo relacionado con los negocios celebrados por Otálora, el real y el simulado, como fue también en virtud de esas relaciones de parentesco que Otálora llegó a solicitarles que firmaran con él la 'escritura de confianza' ".

En seguida transcribe algunos fragmentos de las declaraciones testimoniales de Alfonso Rodríguez Otálora, Rafael Riaño Gaitán, Jesús Antonio Bustos, Sara Pradere de Otálora y Marbel Ortega, las que a su juicio acreditan que el acto impugnado no correspondió a la realidad, es decir, a la voluntad real de los otorgantes de la escritura.

En cuanto a otros dos testimonios que fueron allegados al proceso, dice lo siguiente:

"3º Menos creíbles que las anteriores resultan las declaraciones del doctor Rafael María González, de Ermencia Erazo y del propio demandado ...

"El primero se limita a decir que estudió los títulos, que hizo la minuta de la escritura de compraventa celebrada entre Otálora y Toro y que el comprador pagó el precio al vendedor en su oficina de abogado, en dinero efectivo, 'en billetes de diferentes especies pero no puedo precisar el valor de cada especie', dice el declarante.

"Afirma igualmente que 'el vendedor dejó en poder del comprador la suma de $ 46.550.00 con destino a cancelar el crédito hipotecario'. Que el precio convenido fue el de $ 120.000.00.

"Al preguntarle al demandado Toro Cardona si era cierto que él no había tenido la posesión de la casa manifestó: 'No, lo que pasa es que yo quedé con una obligación de $ 48.550.00. Entonces el compromiso era de que ellos vivieran en la casa y usufructuaran los arrendamientos hasta tanto yo no pagara esa deuda'. Luego agrega que él no ha cancelado esa suma.

"Si el crédito hipotecario existía a favor del Banco Central Hipotecario y el monto del mismo había sido descontado del precio que dice haber pagado Toro a Otálora Alvarado, no se entiende la razón del convenio que se afirma haberse celebrado, esto es, que el vendedor siguiera viviendo en la casa y 'usufructuara los arrendamientos' hasta que el comprador pagara la deuda.

"Las demás respuestas de Toro Cardona son vagas y dejan entrever fácilmente que tan sólo buscan eludir las preguntas.

"La declaración de Ermencia Erazo, que no expresa en realidad circunstancias de tiempo, modo y lugar, tan sólo contiene estas vagas afirmaciones de la declarante: Que ella oyó decir al señor Otálora que había vendido la casa al señor Juan Manuel; que en el año de 1973, sin recordar el día ni el mes, 'llegaron, estuvieron hablando ahí y el señor Otálora llevaba plata en efectivo. No sé ni la cantidad ni la clase de billetes...'".

A renglón seguido agrega que en la diligencia de inspección judicial que se practicó sobre el inmueble objeto de la compraventa impugnada, fue aportado un documento suscrito el 31 de enero de 1975, mediante el cual el demandado confiere poder a Jesús Antonio Toro para administrarlo.

"El proceso ejecutivo adelantado por José Enrique Carreño contra Luis Ricardo Otálora —continúa el Tribunal—, por incumplimiento de la promesa de compraventa relacionada con el inmueble materia del litigio, contribuye a hacer creíble el planteamiento de la demanda. Es decir, que Otálora, buscando eludir lo estipulado en esa convención que *a posteriori* consideró desfavorable, hizo la venta simulada a favor de su cuñado". Hasta aquí el análisis probatorio del sentenciador.

Luego de brevísimo recuento sobre las normas probatorias que contiene el nuevo Código de Procedimiento Civil y alguna alusión a un fallo de esta Sala proferido el 25 de septiembre de 1973, dice el Tribunal que la "restricción de la prueba testimonial y de la prueba indiciaria en materia de simulación tenía su razón de ser frente al antiguo Código de Procedimiento Civil basado en la tarifa legal de pruebas; no la tendría frente al nuevo estatuto, que acoge el sistema de la libre convicción y de la persuación racional del fallador. De donde se sigue que la amplitud probatoria adoptada por la jurisprudencia imperante desde 1973, no excluye en forma alguna la prueba testimonial y la prueba indiciaria como medio para acreditar la simulación, ya que la acción se ejercite *jure proprio o jure hereditario*".

Transcribe en seguida una parte de la mencionada sentencia del mes de septiembre de 1973 y también de otra del 14 de septiembre de 1976, en la que se indican algunos indicios que sirven para acreditar la simulación de un acto jurídico, tales como el parentesco, la amistad íntima de los contratantes, la falta de capacidad económica en los compradores, el precio exiguo y el comportamiento de las partes al efectuar el contrato.

De lo anterior el Tribunal saca la siguiente conclusión: "Para la Sala resulta claro que los testimonios y los diversos indicios operantes en el proceso, analizados en su contexto como es imperativo hacerlo, acreditan que el negocio celebrado entre Luis Ricardo Otálora Alvarado y Juan Manuel Toro Cardona es simulado y que la verdadera intención de los contratantes fue la de celebrar negocio alguno (sic). Se trata por lo tanto de una simulación absoluta, la que impone reconocer la prevalencia del acto mantenido en secreto entre los contratantes".

El recurso de casación

El impugnante formula un único cargo contra la sentencia que se reseña, dentro del campo de la primera de las causales de casación, y lo hace consistir en la aplicación indebida de los artículos 1766 del Código Civil y 267 del de Procedimiento Civil, a consecuencia "de los manifiestos errores de hecho en que aquél (el Tribunal) incurrió al apreciar los elementos de prueba que adelante puntualizo".

Agrega también, con apoyo en reciente doctrina de la Corte, que aunque el artículo 1766 de cuya indebida aplicación acusa al Tribunal, constituye por sí solo proposición jurídica com-

pleta. "*ad cautelam* señaló también como quebrantados por el Tribunal, por inaplicación, los artículos 1602, 1849, 1857 y 1934 del Código Civil, y 258 y 264 del Código de Procedimiento Civil. De haber aplicado las normas citadas del Código Civil, le habría reconocido plena eficacia al contrato de compraventa de que se ha hecho mérito y a sus estipulaciones referentes a la transferencia del derecho de dominio y al pago del precio. Y de haber aplicado las del Código de Procedimiento Civil, habría tenido por sinceras las declaraciones hechas por las partes en ese instrumento, por no haber sido desvirtuadas".

Analiza en seguida, una a una, las cinco declaraciones testimoniales allegadas por la parte demandante, en las que se apoyó el Tribunal para hacer la declaración de simulación que el recurrente impugna, pero subrayando aquellos apartes de las mismas que el Tribunal omitió trascribir en su sentencia. Para mayor claridad, se copian enseguida esos fragmentos de las declaraciones que destaca el impugnante y que a su juicio el Tribunal dejó de tener en cuenta, no obstante la decisiva influencia que tenían en el valor probatorio del dicho de los testigos:

a) Alfonso Rodríguez Otálora "y yo lo supe por intermedio de los hermanos". "Esto lo supe por conducto de las hermanas de Ricardo. Y me enteré que *esa escritura* se la había hecho a un cuñado de él". Y agrega el recurrente: "hasta aquí la transcripción del Tribunal, en la que coincidencialmente omitió transcribir las expresiones subrayadas, las cuales ponen de manifiesto que se trata de *una declaración de oídas*".

"Conviene así mismo —continúa el recurrente—, conocer otros pasos de este testimonio a los cuales no se hace la menor referencia y que considero fundamentales, porque en ellos expresa *cómo tuvo el testigo conocimiento de los hechos sobre que declara*. Al contestar la segunda pregunta manifestó: 'No conozco al señor Juan Manuel Toro Cardona. *Sé por referencias que me parece* que a él fue que le hizo la escritura de confianza'. Al contestar las preguntas cuarta y quinta del interrogatorio ... en las cuales se le exige al testigo que manifieste si debido a los pleitos que tenía Luis Ricardo Otálora estuvo éste buscando a quién escriturarle en confianza la casa ... y si consignó que Juan Manuel Toro Cardona le recibiera la escritura (preguntas en las que se insinúan manifiestamente las respuestas), dijo: '*A mí me contaron las hermanas* porque él estaba prácticamente recluido en una clínica'. 'Repito que todo *esto lo supe por conducto de las hermanas* que en repetidas ocasiones me lo contaban, pero *yo no vi personalmente* la gestión que se hiciera'".

"Basta la simple lectura desprevenida de ese testimonio para llegar a la conclusión de que al testigo no le constan los hechos referentes a la pretendida simulación, y que sólo tuvo conocimiento de ellos *por boca de las hermanas* del vendedor Luis Ricardo Otálora. Es una declaración de segunda mano que carece de fuerza para establecer el hecho que se investiga. Al darle fe a este testimonio, incurrió el sentenciador en evidente yerro fáctico, pues no vio que se trataba de declaración de oídas, la cual sólo prueba las palabras que oyó el testigo, pero no el hecho en sí";

b) Rafael Riaño Gaitán. "Destaca en primer término el recurrente que este testigo, luego de advertir que está casado con una sobrina de Luis Ricardo Otálora, dice que éste hizo un mal negocio con un señor Carreño, al cambiarle la casa que tenía en el barrio San Miguel por un bus; que como en esos días 'andaba enfermo de la cabeza' lo tuvieron que internar en una clínica de reposo, y que después que salió de ella 'se dio cuenta que había hecho un mal negocio y me estuvo solicitando a ver si yo le servía para él hacerme una escritura de confianza de la casa. Yo —agrega el testigo—, le manifesté que con mucho gusto, pero después como a los ocho días me manifestó que la señora de él, le insinuó que le hiciera la escritura mejor al hermano de ella para poder desistir del negocio del bus y fue así como él lo hizo *y no volví a saber más del negocio*'. El Tribunal omitió transcribir la frase subrayada, que tiene singular importancia, desde luego que de ella aparece que el testigo ignora si la venta simulada se realizó";

c) Jesús Antonio Burgos Padilla. La censura comienza por advertir que a este testigo afirma haber tenido noticia del negocio por amistad con la familia Cardona, pero no por percepción directa y que lo único que le consta es lo "que la hermana me contó". Y agrega más adelante: "Conocimiento de los negocios de Luis Ricardo, no sé nada. Únicamente lo que me informó la señorita Aydee". Preguntado si le consta que Otálora consiguió que Toro Cardona le "recibiera en confianza la escritura", contestó que no le constaba;

d) La versión de Sara Prudencia de Otálora, cuñada de Otálora —dice el recurrente—, es exclusivamente de oídas, por haberlo escuchado de labios de Luis Ricardo Otálora y además carece de responsividad;

c) Por último, la declaración de Marbel Ortega —observa el impugnante—, versa exclusivamente sobre un proyecto de venta que tenía Luis Ricardo, quien le encargó que le hiciera la minuta de la escritura correspondiente, pero categóricamente afirma no constarle nada respecto del contrato que se tacha de simulado. En esas condiciones erró de hecho el Tribunal al estimar ese testimonio como prueba de las afirmaciones de la parte actora y más todavía al considerarla corroborada con un proyecto de minuta de otro negocio que presentó el declarante.

Respecto de las declaraciones allegadas por la parte actora en su intento de demostrar la simulación absoluta del acto jurídico atacado, el recurrente resume los errores de hecho que atribuye al sentenciador de la siguiente manera:

"a) Tocante con la declaración de Alfonso Rodríguez Otálora, no vio el Tribunal que se trata de una declaración de oídas y, por ende, que no le consta personalmente al testigo que el contrato de compraventa memorado fuere ficticio;

"b) En cuanto a la de Rafael Riaño Gaitán, no se dio cuenta el sentenciador de que al testigo no le consta que se hubiera realizado el citado contrato de compraventa, ni de que su testimonio adolece de falta manifiesta de reponsividad;

"c) Respecto de la de Juan Antonio Burgos Padilla, no apreció la manifestación que en forma terminante hizo el testigo de que *nada sabe* acerca de los negocios de Luis Ricardo, de que *no le consta* que la venta sea simulada y de que la hermana de Luis Ricardo *le contó* (declaración de oídas), que éste estaba buscando una persona de confianza para hacerle la escritura de la casa;

"d) Atinente a la de Sara Pradere de Otálora, no tomó nota el Tribunal de que a ella no le consta personalmente que la aludida venta fuere simulada, sino por habérselo manifestado Luis Ricardo, ni de que carece en absoluto de responsividad el testimonio en cuestión;

"e) Y en cuanto al testimonio de Marbel Ortega, pasó por alto el sentenciador la manifestación categórica que hizo aquél de que *no le consta* nada del negocio de compraventa de la casa, y de que *no le consta* que sea simulado. Así como el hecho de que la minuta presentada por el testigo se refiere a un negocio distinto del que se tacha de ficticio;

"f) Tampoco se dio cuenta el sentenciador de que las preguntas cuarta, quinta y sexta del interrogatorio formulado a los testigos, visible al folio 38 del cuaderno 1 insinúan manifiestamente las respuestas, contraviniendo el precepto del artículo 226, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, encaminado a salvaguardar la libertad subjetiva del testigo y garantizar la espontaneidad de su declaración;

"11. Agrégase a lo dicho que tres de los testigos —Alfonso Rodríguez Otálora, Rafael Riaño Gaitán y Sara Pradere de Otálora—, son parientes de Luis Ricardo Otálora, y por consiguiente, testigos sospechosos, pues aquella circunstancia afecta necesariamente su imparcialidad. Si bien es cierto que la ley faculta al juez para apreciarlos 'de acuerdo con las circunstancias de cada caso' (C. de P. C., Art. 218, Inc. final), también lo es que al apreciarlos el juez debe ser aún más exigente que cuando se trata de testigos en quienes no concurran factores que les resten imparcialidad o credibilidad. El Tribunal no tuvo en cuenta esta circunstancia, y a pesar de haber manifestado los testigos su parentesco con Luis Ricardo, los apreció con total despreocupación, al punto de haber incurrido en los manifiestos errores de hecho que dejé puntualizados.

"De no haber caído el sentenciador en tales errores, de haber apreciado los testimonios en cuestión de acuerdo con su realidad objetiva, habría llegado necesariamente a la conclusión de que por carecer de fuerza probativa, en razón de sus evidentes deficiencias intrínsecas, no demuestran en modo alguno la pretendida simulación de la compraventa concluida entre Luis Ricardo y Juan Manuel. A este propósito conviene notar que el Tribunal hace especial hincapié en que son los elementos de prueba, en *conjunto*, los que acreditan que dicho contrato es absolutamente simulado, y fustiga al *a quo* porque al apreciarlos separadamente llegó a conclusiones que, según él, pugnan con el hecho que tales pruebas establecen al analizarlas en conjunto.

"Ciertamente, el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil ordena al juez apreciar las pruebas en conjunto, pero *de acuerdo con las reglas de sana crítica*, circunstancia que al Tribunal pasó inadvertida, siendo fundamental. Las reglas de sana crítica exigen, tratándose de prueba testifical, que el juez examine cada uno de los testimonios aducidos, a fin de establecer si cumplen cabalmente con los requisitos intrínsecos que inexcusablemente deben llenar para darles credibilidad, entre los cuales son bien conocidos los de ser *responsivos, exactos* y *con-*

pletos, requisitos expresamente exigidos por el artículo 228 de aquel estatuto en sus numerales 2 y 3. Si ninguno de los testimonios satisface estas exigencias, el juez debe desecharlos, negándoles fuerza probatoria, sin que, como es obvio, su apreciación en conjunto pueda suplir las deficiencias de que todos adolecen, ya que la suma de ceros jamás puede formar la unidad".

Se refiere enseguida el recurrente al testimonio del doctor Rafael María González, y luego de transcribirlo en lo esencial se expresa así:

"13.a) Pasó por alto la manifestación hecha por el testigo, en la cual radica primordialmente la razón de su dicho, de que 'el señor Juan Manuel Toro Cardona (el comprador), se me presentó a mí *un día a la oficina para efecto de que le estudiara los títulos para la compra de un inmueble que le iba a hacer el señor Luis Ricardo Otálora*. Y al efecto tuve en mis manos el certificado de libertad y propiedad del registrador y la escritura, por medio de la cual adquirió el inmueble el vendedor, señor Luis Ricardo Otálora. Una vez que estudié los títulos procedí a redactar la minuta y la llevé a la Notaría Octava para acordar la correspondiente escritura. La Escritura número 1426, visible al folio 5 del expediente está de acuerdo con la minuta que elaboré'. No percató el sentenciador que el hecho de que quien iba a comprar el bien le llevara los títulos para estudiarlos, es indicio vehemente de la sinceridad del negocio, pues sólo quien realmente va a adquirir el derecho de dominio y a pagar un precio por él, tiene interés en que los títulos estén correctos. Si el presunto comprador no tenía intención de adquirir el derecho de dominio, si no iba a pagar precio alguno, ¿qué interés podía tener en que se estudiaran los títulos, si sólo se trataba de prestar su nombre para llevar a cabo un acto simulado? ¿Con qué objeto llevaba los títulos a un abogado notable, como el doctor Rafael María González, para que los estudiara, elaborara la minuta respectiva y la llevara a la Notaría, si no tenía intención de comprar el inmueble? En tales casos, quien redacta la minuta y la lleva a la notaría es el supuesto vendedor, por ser la persona que tiene interés en que se realice el contrato ficticio. De haber tomado nota de esta manifestación del testigo, el Tribunal lejos de decir que su dicho es 'menos creíble' que el de los otros declarantes, le habría dado crédito dadas la sinceridad de su exposición, la calidad del testigo y la responsividad de su declaración, y habría visto en el hecho relatado por el doctor González un indicio grave de que el contrato se celebró realmente;

"b) Pasó igualmente inadvertida para el Tribunal la manifestación del testigo de que al hacerle saber al señor Otálora que estaba lista la escritura para ser firmada, 'se presentaron en mi oficina vendedor y comprador el 16 de mayo de 1978, más o menos a la hora de las tres de la tarde para firmar la escritura'; que el precio de la venta se acordó en la cantidad de $ 120.000.00, pero que como 'existía una hipoteca a favor del Banco Central Hipotecario, el vendedor dejó en poder del comprador la suma de $ 48.550.00, con destino a cancelar el crédito hipotecario *y el saldo del precio, o sea la suma de $ 71.450.00 lo recibió el señor Otálora, o sea el vendedor en mi oficina en dinero efectivo*'; y que '*una vez se recibió el dinero*, nos trasladamos a la Notaría Octava, donde el comprador y el vendedor una vez leyeron la escritura la firmaron'. Si se tiene en cuenta, en primer lugar, que el testigo explica satisfactoriamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el pago del precio, hecho presenciado directamente por él; en segundo término que el declarante no tenía interés alguno, ni por razón de parentesco ni por otro motivo cualquiera, para relatar ante el juez y bajo la gravedad del juramento un hecho contrario a la realidad; y, finalmente, que el testigo es un eminente profesional, que desempeñó cargos destacados en la rama jurisdiccional y que es bien conocido por su probidad, ¿podrá negársele credibilidad a su dicho como lo hizo el Tribunal sin dar razones de su aserto? Todo lo contrario, señores Magistrados: por tratarse de una declaración que reúne cabalmente las exigencias intrínsecas para hacer plena fe, debe reconocérsele de manera plena su valor de convicción. El hecho de que el testigo no hubiera precisado las especies de billetes en que el comprador hizo el pago, limitándose a expresar, ante la insistencia del apoderado de la parte demandante, que 'había billetes de veinte, de cien, de cinco, de cien pesos', en modo alguno le resta fuerza probatoria a su dicho y, antes bien, pone de presente la sinceridad del mismo. Sospechoso habría sido su testimonio si hubiera indicado el número de billetes de cada clase, pues que se trataría de un testigo de 'mínimos detalles', como lo denuncia la doctrina, que entonces sí lo haría 'menos creíble'. Por no haber percatado el Tribunal estas condiciones del testimonio del doctor González, cayó en evidente yerro fáctico.

"14. El principio *testis unus, testis nullus*, ha sido totalmente revaluado, pues que como lo anota Devis Echandía, 'no se justifica la exclusión total o parcial del mérito probatorio del

testimonio único, en el derecho moderno, porque se trata de una injustificada cortapisa a la libre valoración por el juez, de la credibilidad que le merezca el testigo. La gran mayoría de los códigos actuales, dejan al criterio del juez determinar su eficacia probatoria' (Op. Cit., Pág. 279).

"En un todo de acuerdo con esta orientación en punto al mérito probatorio del testimonio único, ha dicho la Corte: 'Y como no existe en la legislación probatoria actual, como sí ocurría en la anterior, norma que consagre la ineficacia para el testimonio único, *no es dable hoy excluirse total o parcialmente el mérito demostrativo de la declaración que se considera*, ya que, por otra parte, dicha prueba fue pedida en tiempo y decretada con conocimiento de la parte contra la cual se opone, quien por tanto tuvo oportunidad de fiscalizar su producción' (CXLVII, 70).

"Por manera que el testimonio del doctor González, que viene a ser único en cuanto al pago del precio, teniendo en cuenta las circunstancias a que me referí en el numeral anterior, y que el sentenciador pasó por alto, hace plena fe y, por ende, ha de darse por establecido con él el hecho del pago. Máxime cuando la declaración de Ermencia Erazo (C. 1, Fl. 70) le presta apoyo, desde luego que por estar viviendo en la casa del demandado se dio cuenta de la conversación que éste tuvo con Luis Ricardo Otálora acerca del negocio de venta de la casa, y de que aquél 'llevaba la plata en efectivo'".

Más adelante agrega el impugnante:

"15. Como remate del estudio, muy superficial y equivocado que hizo el sentenciador de los medios de prueba, dice que 'para la Sala resulta claro que *los testimonios* y *los diversos* indicios operantes en el proceso, analizados en su contexto como es imperativo hacerlo, acreditan que el negocio celebrado entre Luis Ricardo Otálora Alvarado y Juan Manuel Toro Cardona es simulado y que la verdadera intención de los contratantes fue la de celebrar negocio alguno'.

"De donde se sigue que son dos los fundamentos en que descansa la declaración de simulación absoluta hecha por el Tribunal: *los testimonios* que en número de cinco aportó la parte demandante, y *'los diversos indicios operantes en el proceso'*. Tocante con aquéllos, dejáronse vistos los múltiples y evidentes yerros fácticos en que incidió al apreciarlos, yerros que lo llevaron a tenerlos, equivocadamente, como plena prueba de la simulación impetrada. De no haber incurrido en ellos, de haberlos apreciado de conformidad con su realidad objetiva, les habría desestimado, negándoles fuerza de convicción.

"En cuanto a los 'diversos indicios operantes en el proceso', cabe notar que el sentenciador no dice expresamente cuáles sean, por lo cual se dificulta su ataque en casación. Considero que por no señalarse en el fallo, con claridad y precisión, los hechos indiciarios, estoy relevado de impugnarlos para mostrar su contraevidencia. Sin embargo, para agotar en lo posible la labor que me ha sido encomendada, voy a tratar de desentrañar tales indicios, teniendo en cuenta la transcripción que hace el Tribunal de una sentencia de la Corte, en la cual se dice que 'asumen la calidad de tales el parentesco, la amistad íntima de los contratantes, la falta de capacidad económica en los compradores, el precio exiguo, el comportamiento de las partes al efectuar el contrato, etc.'. De ellos no menciona, ni por asomo, la falta de capacidad económica del comprador, siendo primordial, tal vez por no estar demostrada".

En cuanto a los demás indicios que implícitamente menciona el Tribunal —agrega la censura—, no se probó que el precio del inmueble fuere exiguo comparado con su valor comercial. Por el aspecto de que el vendedor hubiese seguido habitando el inmueble objeto de la compraventa "tenido como indicio de la simulación, lo explicó con gran claridad el demandado al contestar el hecho décimo de la demanda. 'Lo que sucedió —dice— fue que una vez verificada la compraventa, mediante título escriturario debidamente registrado, el comprador dejó en calidad de arrendatario a su antiguo dueño con el compromiso de que la hipoteca que pesaba sobre el inmueble fuera cancelada por él con el valor de los arrendamientos' ... 'Lo que pasa es que yo quedé con una obligación de $ 48.550.00, entonces el compromiso era de que ellos vivieser en la casa y usufructuaran los arrendamientos hasta tanto que yo no pagara esa deuda' ... El punto realmente no ofrece dificultad alguna —expone el recurrente—: del precio acordado se descontó el valor del crédito hipotecario, asumiendo el comprador la obligación de pagarlo al Banco en cuotas mensuales".

En síntesis, la censura estima que el Tribunal incurrió en notorio error de hecho al haber exagerado el contenido de las pruebas que menciona, en haber cercenado el contenido objetivo de otras y el haber supuesto la existencia de diversos indicios corroborantes que no mencionó ni siquiera en el fallo impugnado, y además que

se basaban en hechos no afirmados ni demostrados.

Consideraciones de la Corte

1. *El artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, establece que son sospechosas para declarar como testigos "las personas que en concepto del juez se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales y otras causas".*

Si existen o no esos motivos de sospecha, es cosa que debe indagar el juez a través del interrogatorio que debe formularle de conformidad con la primera parte del artículo 228-1º ibidem, pues de haberlos, lo probable, lo que suele ocurrir, es que el testigo falte a la verdad movido por los sentimientos que menciona la disposición arriba transcrita.

La ley no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se la aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquél por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha.

Cuando existe un motivo de sospecha respecto del testigo, se pone en duda que esté diciendo la verdad al declarar; se desconfía de su relato o de que sus respuestas correspondan a la realidad de lo que ocurrió; se supone que en él pesa más su propio interés en determinado sentido que prestar su colaboración a la justicia para esclarecer los hechos debatidos. El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se halla contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones no son verídicas y por consiguiente, por sí solas, jamás pueden producir certeza en el juez.

Uno de los motivos de sospecha más comunes es el parentesco que exista entre el testigo y una de las partes, porque ese vínculo familiar presupone afecto, como generalmente ocurre, y el afecto puede llevar a que el testigo mienta al rendir su declaración en su afán de favorecer a su pariente.

2. *De acuerdo con las normas de la crítica del testimonio, merecen mucho mayor credibilidad las declaraciones de personas que percibieron directamente el hecho sobre el que deponen, que las de aquéllas que lo supieron por boca de quien los presenció. Estos últimos son los llamados testimonios de oídas o ex auditu, de muy escaso valor probatorio, a menos que se trate de demostrar hechos muy antiguos o la fama pública, como lo estatuían los artículos 698 y 699 del Código Judicial. Aunque estas normas no aparecen en el Código de Procedimiento Civil en vigencia, su contenido forma parte de la sana crítica con la que deben ser apreciados los medios de prueba.*

En efecto, a través del contacto personal que existe entre el juez y el declarante, y de la razón de la ciencia de su dicho que éste debe suministrar, el juez está en mejor capacidad de apreciar la credibilidad que merezca el testimonio; de valorar si es probable o aún posible que el declarante haya percibido el hecho; y si está en condiciones de recordarlo. Es apenas natural que ese proceso de valoración es imposible hacerlo con relación a la persona que dijo haberlo percibido y lo narró al declarante. Respecto del dicho de este último son mucho mayores las posibilidades de equivocación o de mentira, los grandes defectos que suelen producirse en la prueba testimonial y que la desfiguran notablemente.

Con el fin de depurar la prueba de tales defectos, la ley (Arts. 227 y 225 del C. de P. C.), establece diversos requisitos que deben cumplirse cuando se la lleva al proceso, tales como del juramento que debe prestar el testigo; todas las circunstancias que tiendan a establecer la personalidad de éste "y si existe en relación con él algún motivo de sospecha"; evitar que dé respuesta a preguntas sugestivas; que previamente haga un relato espontáneo de los hechos objeto de la declaración; y muy especialmente, "que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento". Todas estas formalidades, de tan señalada importancia para la correcta valoración de la prueba de testigos, son imposibles de cumplir en el testimonio de oídas, que por esos motivos tiene un poder de convicción muy mediocre.

3. Es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y con cualesquiera otros que sirvan para formar el convencimiento del juez. Esa carga, explícitamente impuesta por el artículo 177 *ibidem* y que se expresa con el aforismo *onus probandi incumbit actori* no existiría, si al demandante le bastara con afirmar el

"supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", para que éste quedase plenamente establecido en el proceso y el juez convencido de su existencia. La carga probatoria que se comenta pesa sobre la parte que hace una aseveración en un proceso y sólo está dispensada de ella cuando afirma una proposición indefinida, un hecho notorio o la existencia de preceptos contenidos en la legislación nacional.

4. Dentro de los requisitos de la confesión que señala el artículo 195 *ibidem*, está precisamente "que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria"; si así no ocurre, es decir, si el hecho afirmado la favorece, la declaración de parte carece de todo poder de convicción.

También está desprovisto de cualquier valor demostrativo, con mayor razón, el testimonio del que afirma un hecho por haberlo oído a la parte misma o a sus causahabientes, en cuanto esa afirmación sea favorable a éstas.

5. *Estos son, muy a grandes rasgos, algunos de los aspectos o factores de la crítica testimonial que el juez debe tener en cuenta al apreciar o valorar las declaraciones de terceros, dentro del sistema de la libre apreciación razonada o sana crítica que consagra el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil.*

Además, debe exponer razonadamente en cada caso, cuál fue el mérito que le asignó a cada prueba y a todas ellas en conjunto, y los motivos que tuvo para hacerlo, pues de lo contrario su apreciación sería en conciencia, sistema éste que sólo es de recibo para los jurados en las causas penales en que intervienen y para ciertos laudos arbitrales.

6. Sentadas estas indispensables bases doctrinarias, se procede a examinar los errores de hecho que el recurrente atribuye a la sentencia del Tribunal, comenzando por los que atañen a las cinco declaraciones testimoniales, únicas pruebas en que éste apoyó la decisión impugnada como claramente lo dice en la parte motiva.

a) Alfonso Rodríguez Otálora, primo hermano del difunto Ricardo Otálora, dice constarle "por el parentesco que he indicado" que éste padecía desviaciones mentales y en más de una ocasión estuvo en clínicas de reposo. "Sobre la escritura de confianza —agrega—, yo supe que hizo un negocio cuando estaba enfermo. Eso fue voz populi en la familia y *yo lo supe por intermedio de los hermanos*. El cambió una casa donde él vivía, la cambió por un bus ... *Esto lo supe por conducto de las hermanas de Ricardo*. Y supe que esa escritura se la había hecho a un cuñado de él ... No conozco al señor Juan Manuel Toro Cardona. *Sé por referencias* que me parece que fue a él que le hizo la escritura de confianza ... Sí, lo expresado anteriormente es lo que supe que se hizo por el señor enajenado mentalmente y cuando estuvo mejor para salvar ese error él estuvo buscando a quién hacerle escritura de confianza. *A mí me contaron las hermanas*, que él estaba prácticamente recluido en una clínica ... Repito que *todo esto lo supe por conducto de las hermanas que en repetidas ocasiones me lo contaban. Pues no vi personalmente la gestión que se hiciera*. Pero sí, en honor a la verdad, *que por boca de toda la familia Otálora y algunos allegados supe del negocio de la casa*";

b) Jesús Antonio Burgos Padilla, amigo de la familia de Luis Ricardo Otálora, dice que "*lo único que me consta* por la amistad con ellos es que un día me encontré con *la señora Aydee Otálora, la hermana, me contó* en calidad de amigo, que cómo me parecía la bestialidad que iba a cometer Ricardo, buscando una persona de confianza para hacerle escritura de la casa ... *Conocimiento de los negocios de Luis Ricardo no sé nada. Únicamente lo que me informó la señorita Aydee, la hermana ...*";

c) Sara Pradere de Otálora, cuñada de Luis Ricardo Otálora, dice que "*él mismo me dijo que iba a hacer la escritura a Juan Manuel. Que era una escritura de confianza*, pero no me acuerdo para qué dijo ... El estaba buscando a quién hacerle venta de esa casa. Inclusive él me la ofreció a mí y me dijo que quería hacer una venta porque había hecho un mal negocio cuando estaba enfermo ... El llegó a la casa un día y me dijo que ya tenía todo listo para hacerle la escritura a Juan Manuel. Después únicamente me comentó que ya le había hecho la escritura a él ... Sé que era una escritura de confianza, porque Ricardo me lo dijo a mí";

d) Rafael Riaño Gaitán, casado con una sobrina de Luis Ricardo Otálora. "En esos días él andaba enfermo de la cabeza y él pasó a mi oficina y me contó que había cambiado la casa, lo cual me extrañó ese cambio tan repentino. Después confirmé que era verdad *porque me contaron las hermanas y familiares* ... Entonces ya después de que salió de la clínica, se dio cuenta que había hecho un mal negocio y estuvo solicitando a ver si yo le servía para él hacerme una escritura de confianza de la casa... pero des-

pués como a los ocho días me manifestó que la señora de él, Blanca Liliana de Otálora le insistió que le hiciera la escritura mejor al hermano de ella para desistir del negocio del bus y fue así como él lo hizo y yo no volví a saber más del negocio ... *Ricardo Otálora me manifestó antes de morir él, que le había hecho la escritura de confianza al cuñado*, con el fin de poder deshacerse del negocio del bus... "Si me consta que ahí en la misma casa siguió viviendo Luis Ricardo Otálora sin haberle hecho entrega formal alguna, sin haberse posesionado de ella el señor Toro Cardona y que allí murió efectivamente el señor Luis Ricardo Otálora". Preguntado acerca de detalles concretos sobre el otorgamiento de la "escritura de confianza" el testigo declaró que los ignoraba "pues como no me interesaba a mí ese negocio no tomé interés en preguntarle detalladamente todo esto".

c) Marbel Ortega, abogado, al preguntársele sobre el negocio celebrado entre Luis Ricardo Otálora y Juan Manuel Toro sobre el inmueble "cuyos linderos figuran en la demanda", contestó: "*No me consta nada de ese negocio porque se me pregunta*. Sólo puedo decir que en vida del señor Luis Ricardo Otálora Alvarado me dijo que le elaborara una minuta para venta de algunos bienes de su propiedad. Yo la elaboré ... (y) se presentó posteriormente a mi oficina y me dijo que estaba muy bien hecha, pero que arreglara en tal forma que las ventas se hicieran con tres escrituras ..., pero al día siguiente me dijo que suspendiera la hechura de las minutas hasta nueva orden y no volvió a mi oficina ... El señor ... Otálora sí me dijo que esa escritura que mandaba hacer era para hacer escritura de confianza y además, como se sentía muy enfermo no quería dejarles problemas a la familia, porque sus hermanos eran muy abandonados. El me dijo a mí que en últimas si lo cogía la muerte sin las escrituras que pensaba hacer, que todo le quedara a su mujercita ... *Yo no supe si se hizo la escritura de que me habla* (la de la venta impugnada). Lo que sí me consta es que hasta el día de su muerte la casa del barrio San Miguel era habitada por el señor Luis Ricardo Otálora y la señora de él".

7. *La Sala ha subrayado en la transcripción parcial de las declaraciones testimoniales que acabamos de hacerse, todos los aspectos de las mismas que el Tribunal no tuvo en cuenta al apreciarlas. Esa es precisamente una de las formas que configuran el error de hecho en casación: que el sentenciador cercene el contenido objetivo de la prueba. Ese cercenamiento es evidente en el caso que se estudia y brilla al ojo si se compara lo pertinente de la parte motiva del fallo acusado con el texto de las exposiciones de los testigos. En efecto:*

Por ese motivo el Tribunal no paró mientes en la importantísima circunstancia de que todo lo que exponen los testigos, Rodríguez y Burgos, en cuanto al negocio, cuya simulación se afirma, lo supieron, según ellos mismos lo afirman paladinamente, por boca de los hermanos de Luis Ricardo Otálora. Recuérdese que son esos mismos hermanos los que promovieron este proceso.

La versión de Sara proviene de lo que Luis Ricardo le dijo y esta litis se inició a pedimento de los hermanos y herederos de éste, lo que igualmente pasó inadvertido para el Tribunal.

Algo semejante ocurre con el testimonio de Riaño Gallón.

Es apenas obvio que una afirmación del propio interesado en que se declara la simulación de la venta impugnada, como lo habría sido Luis Ricardo Otálora o de sus causahabientes, quienes actúan en este proceso jure hereditario, en cuanto sea favorable a aquél o éstos, no es una confesión extrajudicial como pareció entenderlo el Tribunal. Como atrás se dijo, confesión judicial o extrajudicial solamente lo es la que perjudique jurídicamente al confesante o favorezca a la parte contraria.

Tampoco cayó en la cuenta el sentenciador que los testigos Ortega y Riaño se limitan a referir que Otálora les manifestó que tenía el proyecto de hacer "escritura de confianza" de su casa, pero sobre el contrato mismo objeto de este pleito coinciden en manifestar que no les consta nada.

Todo lo anterior demuestra el evidente error de hecho que cometió el Tribunal y que la censura le reprocha, error que es de tanta trascendencia que sin él la decisión impugnada habría sido otra.

Ocurre también que el Tribunal se refirió al parentesco de algunos de los testigos manifestado por éstos y así lo expuso en su fallo, pero únicamente como factor constitutivo de la razón del dicho, pero no como motivo de sospecha sobre la veracidad de sus declaraciones, lo cual es fundamental, como atrás se expuso.

De todo lo expuesto se concluye que estando acreditados los errores de hecho que se dejaron estudiados, sobra analizar los otros que la censura achaca al sentenciador, luego el cargo en estudio está llamado a prosperar. Debe, pues,

casarse la sentencia atacada para proferir en instancia la que debe reemplazarla, ya que al efecto no hay ningún obstáculo legal que lo impida.

Sentencia de reemplazo

Se revisa en grado de apelación la sentencia del 21 de julio de 1976, mediante la cual el juez de primera instancia denegó las súplicas de los demandantes. Al efecto se dan por reproducidos los antecedentes que se relataron en la primera parte de la sentencia.

Todo lo expuesto al despachar el cargo que prosperó, en cuanto a las cinco únicas declaraciones testimoniales que adujo la parte actora en su intento de demostrar la simulación, sirve para respaldar la afirmación del juez *a quo* de que no hay prueba alguna que acredite en forma plena que el contrato objeto de la impugnación fue absolutamente simulado. De los tres declarantes que así lo afirman, dos lo supieron por habérselo oído a los demandantes en este proceso y el otro, por haberlo escuchado al mismo causante. Los dos restantes dicen categóricamente que no les consta nada en cuanto al negocio simulado, sino apenas sobre algunos episodios que podrían explicar por qué se pretendía simular una compraventa.

Las declaraciones testimoniales que acaban de mencionarse, analizadas una a una y en conjunto, como lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, por los motivos aducidos, carecen de todo poder demostrativo, luego no producen certeza acerca de que la venta que el causante Otálora hizo al demandado Toro Cardona hubiera sido simulada. Un solo indicio en este sentido, como el que surgiría de la circunstancia de que el vendedor siguió viviendo en el inmueble hasta su muerte, por sí solo en manera alguna puede producir esa convicción. Tampoco es indicio en ese sentido, el bajo precio de la venta, porque no hay prueba alguna que acredite los hechos indicativos de esa desproporción del precio comercial con el que fue pactado en la escritura.

En cambio, la seriedad del contrato que afirma el demandado está ampliamente reforzada con la declaración del abogado Rafael María González, quien dando muy adecuada razón de la ciencia de su dicho, afirma que él estudió los títulos y elaboró la minuta de la escritura de venta a petición del comprador Toro Cardona; que la mandó extender en la notaría; que los otorgantes comparecieron a su oficina y de allí se trasladaron todos a la Notaría Octava, donde ambos la leyeron y allí la firmaron en su presencia e invitaron al declarante a celebrar el negocio, pero que no aceptó. Dice también el testigo que en su oficina, antes de trasladarse a la notaría, el comprador pagó en su presencia en dinero en efectivo, el precio al vendedor. Revela igualmente que una parte de dicho precio se la reservó el vendedor para continuar atendiendo el servicio de un préstamo bancario con garantía hipotecaria sobre la casa vendida. El dicho del doctor González está corroborado con la declaración de Esmeralda Erazo, modista de profesión y residente durante tres años en la casa de Otálora, quien afirma que un día del año de 1973, sin que pueda precisar el mes, llegaron a la casa Otálora y Toro Cardona a festejar la celebración de un negocio y que allí estando presente la declarante, Otálora contó de nuevo el dinero efectivo que le acababa de entregar Toro.

Por último debe agregarse, con palabras del juez de primer grado que la Corte acoge, que no deja de llamar la atención "el hecho de que el inmueble aparezca ocupado por personas que derivan el título precisamente del demandado, como lo pudo verificar el juzgado al practicar diligencias de inspección judicial sobre el mismo objeto de la simulación".

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y actuando en instancia CONFIRMA el fallo proferido por el Juzgado Once Civil del Circuito del 21 de junio de 1976.

CONDÉNASE al recurrente en las costas de la segunda instancia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda
Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

En materia de culpa aquiliana el acto ilícito puede causar perjuicios "por contragolpe", en cuyo caso no solamente está legitimada para reclamar indemnización la víctima inmediata o directa, sino la mediata o indirecta, o sea aquella que sin haber sido lesionada en su persona física sufre también el perjuicio por verse privada de los beneficios económicos que la lesionada directamente le proporcionaba.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Alberto Ospina Botero.

Bogotá, 8 de abril de 1980.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 6 de julio de 1979, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario de Leonor Taborda de Mejía, Cecilia Inés, Luis Alberto, Lucila del Socorro, Héctor, Jaime, Piedad Amparo, Elvia Irene, Gustavo, María Edelmira y Ramón Eliécer Mejía Taborda contra Santiago Mejía Montoya y la sociedad Industrial Hullera S. A.

Antecedentes

I. Por libelo de 7 de marzo de 1977, pidieron los referidos demandantes que con sujeción a los trámites de un proceso ordinario y con citación de los demandados, se hiciesen las declaraciones y condenas siguientes:

a) Que Santiago Mejía e Industrial Hullera S. A., son solidariamente responsables para con los demandantes, "a título de responsabilidad extracontractual, por los perjuicios recibidos por todos éstos, en forma personal y directa, con motivo de los hechos" de que da cuenta la demanda;

b) Que, como consecuencia de la declaración precedente, los demandados, en forma solidaria, están en la obligación de indemnizar a los demandantes, de todos los perjuicios materiales y morales que éstos hubieren recibido con motivo del accidente de Ramón Alberto Mejía;

c) Que se precise en la sentencia "todos aquellos factores que en una u otra forma puedan influir en la determinación, en concreto, de la cuantía de los perjuicios, tales como la renta anual, los perjuicios que se hubieren consolidado hasta el momento de la sentencia, en concreto, el período anual durante el cual han de cubrirse, la suma que ha de cubrirse, en concreto, a cada demandante por razón de perjuicios morales subjetivados, si ha de aplicarse las 'tablas de garulfa' y cual otra o, si no ha de aplicarse ninguna, en la determinación del daño futuro, etc."

d) Que se disponga tener en cuenta el salario mínimo, legal o convencional, en la determinación de la cuantía de los perjuicios "y como un derecho a una determinada remuneración que tendría el trabajador Ramón Alberto Mejía de hallarse en condiciones de laborar";

e) Que se condene a los demandados solidariamente al pago de las costas.

II. Fúndase la *causa petendi* en los hechos que sucintamente se resumen:

a) La sociedad Industrial Hullera S. A., es propietaria de unas minas de carbón y, por tal virtud, se ha dedicado, desde hace más de 30 años a la extracción de tal mineral, en el Municipio de Amagá, por el sistema de socavón, actividad altamente peligrosa, por el empleo de explosivos y multitud de riesgos que es necesario afrontar, labor que impone "un celoso cuidado y una rígida atención hasta de los mínimos detalles por cuanto el más leve descuido... conduce fácilmente a una grave tragedia";

b) Sucede que por la alta técnica empleada por la sociedad demandada y para garantizar la seguridad de sus trabajadores, a medida que se produce la extracción del mineral, es necesa-

rio dejar algunos restos de éste, llamados "machones" y "pilares" que obran como soporte de las capas superiores y, aunque es posible extraer buena parte de ese producto, la sociedad no lo hace directamente por resultarle improductivo;

c) Empero, si para la sociedad no son rentables los restos de carbón allí dejados, para otras personas que pueden extraerlo en condiciones diferentes, sí lo son, lo que ha dado lugar a que la mencionada sociedad permita su explotación, mediante la celebración de un contrato que denominan "de arrendamiento", por el cual "esos terceros asumen los costos y riesgos que aquella extracción implica, incluidas las cargas laborales". En esta labor la sociedad les suministra a los aludidos contratistas asistencia técnica y parte de sus equipos;

d) Dadas las condiciones como se desarrollan y cumplen tales negocios, "ellos constituyen más verdaderas 'sociedades ordinarias de minas' que contratos 'de arrendamiento', puesto que ambos contratantes conservan mutuamente un interés pecuniario en las resultas del negocio";

e) Santiago Mejía fue una de las personas que celebró con la sociedad Industrial Hullera esa especie de contrato respecto de un sector de la mina "El Chorro" y como quiera que en el mes de mayo de 1970 se hiciera difícil la consecución de dinamita en la Industria Militar, se tomó por los interesados la determinación de ensayar unos cartuchos, no provenientes de aquélla, sino elaborados por otras personas, sin técnica, que no ofrecen garantía y llamados "hechizos". El ensayo de esta clase de dinamita se llevó a efecto el 6 de mayo de 1970 en la mina "El Chorro" y a una de las personas a quienes se les hizo entrega fue a Ramón Alberto Mejía, quien a la sazón laboraba en la mencionada mina, al servicio de los interesados y poco tiempo después uno de los fulminantes "hechizos" produjo una explosión antes del tiempo normal, lesionando gravemente al trabajador Mejía, pues quedó "ciego, manco y desfigurado";

f) Ante esta situación, Ramón Alberto Mejía instauró proceso laboral contra la sociedad Industrial Hullera y Santiago Mejía, el cual culminó con sentencia favorable al trabajador, pronunciada por el Juzgado Tercero Laboral de Medellín;

g) Ramón Alberto Mejía, con el fruto de su trabajo, atendía a su esposa e hijos, en la medida de sus capacidades, lo cual varió sustancialmente a partir del accidente, pues los hijos mayores, para poder subsistir, tuvieron que abandonar sus estudios. Por otra parte, su esposa e hijos han venido sufriendo un gran dolor moral;

h) "Es indudable que Ramón Alberto Mejía sufrió perjuicios de muy diversa índole con motivo del accidente sufrido. Pero en el presente proceso no se trata de esa clase de perjuicios *sino* de mirar los que han sufrido la esposa y los hijos de Ramón Alberto Mejía a consecuencia de los mismos hechos ya que éstos, independientemente del trabajador, han sufrido una serie muy notoria y grave de perjuicios que adquieren el carácter de indemnizables. En efecto: En primer lugar, ellos recibían de su esposo y progenitor alimentación, vestuario, habitación, educación, etc., que nunca jamás pudieron volver a recibir ni volverán a recibir por incapacidad física de aquél; en segundo lugar, quien antes les suministraba lo necesario se convirtió, por razón del accidente sufrido, en una carga a quien hay que suministrarle todo cuanto le es indispensable en la vida, puesto que ya él no puede procurárselo con su personal trabajo. Finalmente, han sufrido y continúan padeciendo un gran dolor moral, un considerable daño moral subjetivo, al presenciar a diario cómo su padre y esposo sufre las consecuencias del accidente, la pérdida de su mano y la pérdida de la visión por sus ojos, sin que nada lo pueda remediar";

i) Finalmente expresa el libelista que al momento de producirse el accidente Ramón Alberto Mejía tenía una remuneración aproximada de $ 1.200 mensuales.

III. La sociedad demandada consignó su respuesta en escrito de 10 de octubre de 1977, en el sentido de aceptar unos pocos hechos y de negar los restantes, por lo que culmina con oposición a las súplicas y con la formulación de las excepciones que denominó de "acumulación indebida, pago, prescripción, compensación, cobro de lo no debido, culpa del lesionado, inexistencia de la obligación, inexistencia de culpa de parte de la sociedad demandada, petición antes de tiempo o de modo indebido, ineptitud sustantiva de la personería de la parte demandada y cosa juzgada".

IV. Por desconocerse el domicilio y paradero del demandado Santiago Mejía, éste respondió a través de curador *ad litem*, el cual expresó desconocer la mayoría de los hechos, por lo que también se opuso a la pretensión y alegó como medios excepcivos "falta de causa", "la genérica" y "petición de modo indebido".

V. La primera instancia terminó con sentencia de 22 de noviembre de 1978, pronunciada

por el Juzgado Civil del Circuito de Tiribí, en buena parte favorable a los demandantes. Apelada por las partes, la segunda instancia terminó con fallo de 6 de julio de 1979, adverso a los demandantes, lo que originó que éstos interpusieran el recurso extraordinario de casación, que por estar tramitado, procede la Corte a resolverlo.

La sentencia del Tribunal

El sentenciador *ad quem*, una vez que refiere los antecedentes del litigio, da por existentes en el proceso las condiciones de validez del mismo y enuncia el principio legal de que todo el que haya inferido daño o perjuicio a otro con motivo de una actividad delictuosa o culposa está obligado a indemnizar a la víctima. Entra a continuación a ocuparse de la legitimación en la causa y en procura de determinar quien está legitimado por el aspecto activo, hace una incursión al campo contractual y luego a la culpa aquiliana, y al efecto sienta las reflexiones siguientes:

"Sólo el contratante que ha sido perjudicado por el incumplimiento del negocio celebrado, puede estar facultado para demandar el resarcimiento o indemnización de perjuicios causados por parte del otro contratante. No podría, un tercero ajeno completamente a esa relación contractual solicitar en juicio el resarcimiento y pago de esos perjuicios, ya que los contratos son de efectos relativos —inter partes—, sólo producen efectos entre los que los han celebrado.

"Ahora, si el contratante muere, sus herederos se colocan en la posición de éste, y por transmitírseles el patrimonio del mismo en propiedad y en forma universal, se convierten en contratantes perjudicados, lo que es lo mismo, con legitimación para pretender la indemnización debida.

"En el campo de la responsabilidad extracontractual o culpa aquiliana, ocurre cosa igual: sólo la persona perjudicada, dañada, o cuyo patrimonio, en general, ha sido afectado o deteriorado por la actividad culposa o delictuosa de otra, está facultada para pretender ante la jurisdicción el reconocimiento y pago de los que ha recibido, y de quien con su accionar culposo o mal intencionado los ha causado. Es que en este evento, y al producirse el mal, el desgreño económico de un sujeto dado por obra de otro u otros, también determinados, se establece una relación personalísima entre ellos, de indemnización o saneamiento de perjuicios de uno en favor del otro. Y siendo así, sólo la víctima, el afectado, está facultado legítimamente para reclamar reparación, dada la relación de causa a efecto que en esto debe darse y encontrarse entre el accionar indebido del demandado y el daño resistido por el demandante.

"Entonces, si el perjudicado en cualquier sentido económico, por la actividad desplegada por el otro, se encuentra vivo, sólo él puede pretender reparación, satisfacción a su mal. Es él, el único titular del interés en el reconocimiento de la relación material de indemnización, tal como lo indica el artículo 2311 del Código Civil. Ningún tercero, aunque pariente cercano de la víctima está o puede estar habilitado legítimamente para implorar el resarcimiento de mal sufrido por ésta. La persona víctima es la única titular del interés pretendido del cobro de perjuicios, en tal evento, y como dicho interés es particular y de naturaleza privada, bien puede renunciarlo u olvidarlo, tal como ocurre cuando no los demanda, o solicita su reconocimiento, oportunamente, como lo enseña el artículo 15 del Código Civil, al consignar que los derechos individuales o privados son renunciables por su titular siempre que no esté prohibida la renuncia o vaya contra el orden público o las buenas costumbres. Y esta facultad de renunciar al derecho privado no puede ser interferida por nadie a su titular, como ocurriría si se facultare a los parientes de la víctima de un daño patrimonial para proponer la indemnización de los perjuicios sufridos por ella, dejando de lado, completamente por fuera de cualquier intervención a dicha víctima. Esto sería la negación misma del principio de la autonomía de la voluntad que informa la mayoría de las instituciones del derecho civil, lo mismo que perder de vista la relación de causa a efecto que debe existir en tal caso, entre el daño inferido y el hecho que lo produjo.

"Si se desea reparación por culpa aquiliana o extracontractual, debe la persona afectada, estando viva, proponer en su nombre y en forma directa la correspondiente pretensión. Resultaría absurdo que los hijos y demás parientes de una persona que ha sido perjudicada en su integridad personal —lesiones—, incapacidad permanente para trabajar, etc., y como resultante del cumplimiento de un contrato de trabajo, pero que está viva, propongan en sus propios nombres y directamente el reconocimiento y pago de indemnización por los perjuicios que han afectado a su padre, el extrabajador, y éste permanezca totalmente ajeno a esa reclamación, sin ninguna intervención en la pretensión elevada, pues el único titular del interés en la satisfacción del mal es única y directamente, el extrabajador.

El planteamiento anterior lo repite luego el Tribunal a lo largo de su fallo, de lo cual concluye que estando viva la víctima, sólo ella está habilitada para reclamar la respectiva indemnización, ya la que surge del contrato mismo de trabajo, ya la que está por fuera de esa relación contractual y que deviene de culpa comprobada del patrono.

El recurso de casación

Tres cargos, dentro del ámbito de la causal primera, formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los cuales presentan las mismas deficiencias.

Cargo primero. Acusa la sentencia de quebranto de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, por interpretación errónea y aplicación indebida; artículos 1613 y 1614 del Código Civil, por falta de aplicación y, artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida.

En el desenvolvimiento del cargo, comienza el recurrente por aceptar algunas premisas sentadas por el Tribunal. Empero, luego de citar algunos pasajes del fallo atacado, afirma el censor lo siguiente:

"El entendimiento que se le da en la sentencia a los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, y a las demás disposiciones con ellos concordantes, en orden a desentrañar y precisar quién es el titular de la acción que de ellos nace y del derecho indemnizatorio que esos artículos establecen, es un tremendo error jurídico. Porque con toda claridad aparece que la acción indemnizatoria reconocida por tales normas comprende, en el artículo 2341, a toda aquella persona que a consecuencia de una culpa o delito cometido por alguien, haya derivado un perjuicio, y, en el artículo 2356 se le da personería a todo perjudicado para reclamar indemnización de quien ha ocasionado ese daño.

"Es que no puede olvidarse que los principios contenidos en las disposiciones de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil contiene los dos polos fundamentales sobre los cuales descansa el estatuto de la responsabilidad extracontractual. En el primero, el 2341, se consigna el *principio subjetivo* según el cual se precisa quién está llamado a la indemnización en favor de la víctima; quien ha cometido delito o culpa que ocasione un daño; por su parte, en el artículo 2356, se contiene el *principio objetivo* según el cual quien ha sufrido daño que pueda imputarse a culpa de otro puede reclamar de éste la indemnización correspondiente.

"Desconocerle a la esposa y a los hijos la titularidad de la acción indemnizatoria, limitándola a sólo el trabajador, negándoles el poder de colocarse como terceros a la relación laboral y poder demostrar que *ellos personal y directamente* han sufrido perjuicios que son indemnizables, es interpretar erróneamente tales normas legales *para encontrar en ella una existencia que* NO CONTIENE, *que no es de su espíritu* y que es totalmente ajena a su normación. Claro aparece, entonces, que así se ha violado la norma.

"Y esa violación conduce a una nueva violación: entendiendo que la esposa y los hijos no están titulados por las aludidas disposiciones legales para impetrar la indemnización, en la forma como lo han hecho, se aplican las disposiciones *en una forma recortada, disminuyéndolas en su alcance propio, limitándolas a solo la persona del trabajador pero dejando por fuera de su normatividad, de su alcance natural*, a otras personas que realmente sí están amparadas por la norma: la esposa y los hijos que han acreditado un perjuicio personal y directo que han sufrido a consecuencia de los hechos relacionados en la demanda".

En seguida el censor transcribe lo que considera pertinente de algunas sentencias de la Corte, de lo cual concluye que el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo regula una responsabilidad y, por ende, no debió aplicarse y, si el *ad quem* no hubiera incurrido en el error de exégesis y de aplicación recortada de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, habría accedido a las pretensiones de la demanda.

Cargo segundo. Denuncia quebranto directo de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, por aplicación indebida; 1613 y 1614 del Código Civil, por falta de aplicación; y, 216 y 209 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida.

Comienza el recurrente por expresar que el Tribunal no desconoce las regulaciones de que tratan los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, puesto que cita el primero y enuncia el principio general contenido en el segundo; mas al aplicar estas normas los limita en sus alcances, como quiera que sólo las aplica al trabajador Majía, dejando por fuera otros titulares de la acción indemnizatoria, como son los demandantes. Y viola la normas del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto no son aplicables a la culpa aquiliana sino a la responsabilidad civil contractual.

Cargo tercero. Por éste denuncia quebranto de las mismas normas de que trata el cargo ante-

rior, por igual sentido, a consecuencia de errores de hecho y valoración probatoria.

Este cargo lo sustenta así:

"En la sentencia que es objeto del recurso de casación, el Tribunal Superior de que procede la sentencia sólo le da el carácter de perjudicado en el acontecimiento lesivo del 6 de mayo de 1970 al trabajador Ramón Alberto Mejía G., sin tener en cuenta que en el proceso se ha demostrado plenamente, con prueba válidamente aportada al proceso que demuestra el perjuicio sufrido por los demandantes, por ellos directa y personalmente, conclusión clara y manifiestamente errónea que sólo tiene su explicación en que no se apreció por el Tribunal la prueba aportada al proceso o si se la apreció no le dio la trascendencia probatoria que realmente tiene.

"En efecto:

"A folio 5 del cuaderno número 3 se encuentra el testimonio del señor *Arturo Herrera* quien por ser vecino de los esposos Mejía Taborda y de la familia Taborda Mejía se dio cuenta del estado de pobreza en que fue sumida ésta a consecuencia del accidente sufrido por Alberto Mejía; él nos cuenta cómo los vecinos, ante el estado de necesidad y de pobreza, los ayudaban, y aun implorando la caridad pública para ayudarlos, lo que jamás ocurrecía cuando el trabajador gozaba de su capacidad laboral.

"A folio 6 vto. del mismo cuaderno 3º, se encuentra el testimonio de la señora *Lucinda Tamayo de Arboleda*, quien fue vecina de los demandantes por varios años, nos habla de cómo el trabajador Mejía cumplía con sus obligaciones de esposo y padre a plena cabalidad, lo que no pudo seguir haciendo a consecuencia del accidente sufrido, sumiendo a su familia en la pobreza y en la necesidad. Afirma que le consta que el mencionado Mejía se encuentra ciego y manco, sin poder laborar para ayudar a sus familiares como antes lo hacía, por lo cual su familia y esposa han pasado hambre y sufrimientos.

"A folio 19 vto. del cuaderno número 3, declara *Jairo Humberto Taborda Sánchez*, para relatar cómo Alberto Mejía se encuentra totalmente incapacitado para procurarse algún ingreso, desde cuando sufrió el accidente que lo dejó ciego y manco; afirma que a éste deben valerlo en muchas cosas puesto que no puede valerse por sí mismo. Conoce el estado de pobreza en que quedaron los demandantes y el estado físico del trabajador.

"A folio 20 frte. del mismo cuaderno número 3, aparece la declaración de *Humberto Antonio Pérez García* quien nos relata cómo aun para trasladarse de un lugar a otro el trabajador Mejía ha de ser asistido por su familia, y por su estado físico no le es posible laborar normalmente; le consta que los hijos han de velar por él y por los otros miembros de la familia.

"A folio 20 vto., del mismo cuaderno número 3, se encuentra el testimonio de *Luis Alfredo Taborda Moncada* quien relata el estado físico en que se encuentra Mejía, su incapacidad para laborar y cómo han de velar por él su esposa y sus hijos.

"A folio 21 del cuaderno número 3, se encuentra el testimonio de *Luis Aníbal Gómez Arboleda*, quien, de la misma manera relaciona el estado físico en que se encuentra Alberto Mejía, su incapacidad total para laborar, y cómo por él y por la familia han de velar la esposa y los hijos cuando anteriormente lo hacía Alberto.

"A folio 22 frte. del cuaderno número 3, se encuentra la declaración de *Luis Jairo Taborda Moncada* quien nos afirma que el estado físico en que se encuentra el trabajador Alberto Mejía es sumamente precario pues se mueve si lo mueven, debiendo ayudarlo sus familiares; nos habla de cómo se encuentra ciego y manco razón por la cual no está en condiciones de producir suma alguna mientras a él le atienden en sus necesidades su esposa y sus hijos; afirma que cuando Ramón Alberto no había sufrido el accidente era cumplidor de sus deberes, gran trabajador y todo cuanto ganaba era para atender a la satisfacción de las necesidades de su esposa y de sus hijos.

"En igual sentido declara a folio 26 del cuaderno número 3, el señor *José de Jesús Flórez Castaño* quien nos habla de cómo el trabajador Mejía atendía, antes del accidente, a todas las necesidades de su esposa e hijos, de cómo actualmente se encuentra totalmente inhábil, sin poder laborar para procurarse algún ingreso.

"Finalmente, a folio 135 vto. se encuentra la declaración de *José Taborda* quien expone las circunstancias en que se produjo el accidente y de cómo él se produjo por culpa, negligencia e imprudencia de los demandados.

"Para culminar, a folio 142 el señor *Luis Carlos Vanegas* relaciona la forma como sucedió el accidente y da fe del estado de pobreza en que quedó sumida la familia, esposa e hijos, del trabajador accidentado, de cómo tuvieron que vivir

de la caridad pues el declarante presidió una junta que recogía limosnas para ayudar esa familia, en medio de las mayores necesidades. También afirma que en lugar de aportar algo a su casa, el trabajador Alberto Mejía se convirtió en una pesada carga para ella pues deben mantenerlo.

"De todo lo anteriormente relacionado aparece con claridad de manifiesta evidencia que todos esos sufrimientos, hambres (sic) y penalidades, los sufrieron *los demandantes, directa y personalmente*, independientemente de los perjuicios sufridos, a su vez, por el trabajador lesionado. Y si el Tribunal desconoce esa situación de perjudicados que ostentan, en forma tan notoria, los demandantes, y sólo le reconoce los perjuicios sufridos al trabajador mismo, yerra de una manera ostensible y clara en la apreciación de dicha prueba, única forma de desconocer este hecho. Y si acaso se percató de la existencia de todas estas probanzas y no le dio la trascendencia que ella tiene en orden a demostrar el perjuicio (sic) sufrido por los demandantes, por ellos directamente, también incurrió en un protuberante yerro de apreciación y de valoración probatoria.

"Y si se agrega que tanto la Jurisprudencia como la Doctrina admiten que se presume el dolor moral en la esposa y en los hijos por los acaeceres trágicos padecidos por el esposo y padre, como el padecido por Ramón Alberto Mejía, es de suponer que los acontecimientos del 6 de mayo de 1970 tuvieron que haber alterado dolorosamente a los demandantes, causándoles dolor moral, resarcible".

Se considera

1. Si dentro del ámbito de la causal primera de casación se impugna la sentencia del Tribunal, corre de cargo del recurrente elegir acertadamente el sentido de violación de la ley sustancial, pues constituye una deficiencia técnica en la formulación del recurso no expresar el concepto de la infracción de la ley, como también de haberlo expresado, no acertar con el que en realidad correspondía y debía invocar. No actuar así, dice la doctrina de la Corporación, "equivale a dejar a la Corte en estado de perplejidad respecto de un punto que, como este, es trascendental dentro de la posición del cargo, y cuyo esclarecimiento y definición deja la ley exclusivamente a la iniciativa del recurrente, en ninguno a la Corte. Sabido es que la Corporación no puede cumplir la tarea jurisdiccional en cuanto a órgano de casación le compete, sino dentro del itinerario lógico que al proponer los cargos le trace el recurrente, y que por ello no es dado completar o perfeccionar ese derrotero cuando resulte trunco o defectuoso" (Cas. Civ. 29 de enero de 1970, CXXXIII, 26 y 27).

2. *Cuando el impugnante, situándose dentro de la órbita de la causal primera de casación, acusa la sentencia por quebranto de ley sustancial, es impropio y, por ende, grave falla en la formulación del recurso que respecto de una misma norma aduzca más de una forma de violación, como quiera que tal circunstancia no se puede presentar simultáneamente y, además, porque se trata de fenómenos diferentes que se excluyen, pues la falta de aplicación de la ley sustancial tiene lugar cuando no se hace actuar un precepto que ha debido ser aplicado en el fallo; la aplicación indebida ocurre cuando se aplica una norma que es ajena al asunto que se decide; y, la interpretación errónea consiste en aplicar la disposición correspondiente al caso, pero dándole un sentido y alcance distinto del que tiene.*

En este preciso punto ha sostenido la jurisprudencia de la Corte que es "un imposible lógico que una misma norma haya dejado de ser aplicada debiendo serlo, y a la vez haya sido aplicada no debiendo serlo. Y por lo que hace a la tercera forma de infracción, ésta, como se desprende de lo dicho consiste en que el sentenciador al aplicar la norma correspondiente a la materia, lo haya hecho inadecuadamente, dándole alcance o efecto que no le competen; por lo que al acusarse por aplicación indebida... mal podría situarse esta última ocurrencia dentro del específico caso de la interpretación errónea". (Cas. Civ. 29 de enero de 1970. CXXXIII, 26).

3. *Además, se insiste en que el quebranto de la ley sustancial, por interpretación errónea, presupone que el juzgador ha aplicado al caso que se decide el precepto pertinente, pero ha desacertado en la fijación del verdadero sentido o alcance. "Interpretar erradamente una norma —ha dicho reiteradamente la Corte—, para el efecto de fundar en ese hecho un ataque próspero en el terreno de la causal primera de casación, quiere decir que el sentenciador de instancia hizo actuar, para la composición del litigio, la norma que era la idónea para resolverlo, pero dándole un sentido o alcance de que dicha norma carece en realidad. Con otras palabras, en casación el quebranto por errónea entendimiento del precepto de derecho sustancial sólo se ofrece cuando dicho precepto es aplicado para decidir el litigio porque, en verdad es el pertinente, pero el fallador lo aplica dándole alcance e inteligen-*

cia que no se acomoda a su naturaleza. En este recurso extraordinario, pues, no puede hablarse de interpretación errónea de normas que no fueron aplicadas, *ni de las que no son idóneas para resolver el caso debatido". (Cas. Civ. 25 de mayo de 1976, aún no publicada).*

4. *En este orden de ideas, no se puede acusar la sentencia del Tribunal, dentro del ámbito de la causal primera, de quebrantar una misma disposición, simultáneamente, por interpretación errónea y por aplicación indebida, porque se trata de formas de violación de la ley que no son compatibles o no puede coexistir esa dualidad de infracción. Y, menos se puede presentar este quebranto cuando la norma que se dice desacertadamente interpretada y mal aplicada no tuvo aplicación, como ocurre cuando se pretende por la parte demandante una indemnización por culpa aquiliana y el sentenciador rechaza tal pretensión, pues en este evento no se hicieron actuar las normas que consagran tal derecho. Y, en múltiples casos, la referencia que de determinadas normas haga el sentenciador, es para descartarlas y no para hacerlas actuar en la decisión de la controversia.*

5. *Ahora bien, si dentro del ámbito de la causal primera el censor elige la vía indirecta, se reitera que no es dable, por contrariar la preceptiva técnica del recurso, acusar en un mismo cargo la sentencia del Tribunal por error de hecho y de derecho en la estimación del mismo medio probatorio, puesto que dada su naturaleza se excluyen entre sí, en razón de que si hubo yerro en la valoración de la prueba, no cabe suponer el error de hecho ya que el sentenciador estableció su existencia; y si hubo yerro fáctico, porque se supuso la prueba o no se vio su existencia, no puede haber yerro de valoración.*

Tiene sentado la jurisprudencia de la Corte que "si un medio de convicción, presente en el proceso, no ha sido estimado; o si por el contrario lo ha sido en la creencia de que existe pero no en la realidad, que son las hipótesis dentro de las cuales se contiene el error fáctico, mal puede el juzgador infringir las reglas de valoración, ni acerca de aquella prueba real que no hubo de sopesar el sentenciador porque no la vio, ni respecto de esa otra imaginaria que no era valorable por no existir en el proceso. Es que el yerro específico de derecho o valoración probatoria, supone que el fallador haya previamente acertado en la percepción objetiva del medio, requisito sin el cual no podría éste ser ponderado en la balanza de los valores legales. Lo que en síntesis quiere decir que el ataque por yerro valorativo en la estimación de una prueba, implica en principio, sustracción de censura por error de hecho en la apreciación de la misma, conservando, pues, cada una de estas transgresiones del raciocinio su propia autonomía". (Cas. Civ. 12 de junio de 1969. CXXX, 175).

6. Los cargos que se examinan no se acomodan a las exigencias de la técnica del recurso, pues en todos ellos se acusa de quebranto de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, en la modalidad de aplicación indebida, cuando estos preceptos no fueron aplicados por el sentenciador de segundo grado, como quiera que rechazó la pretensión indemnizatoria por culpa aquiliana contenida en la demanda introductoria.

Por otra parte, en el cargo primero se incurre, además, en la grave falla técnica de acusar la sentencia del *ad quem* de quebrantar los artículos antes mencionados por interpretación y por aplicación indebida, lo cual no es posible y la Corte no puede en tal evento elegir, a su arbitrio, una de esas dos formas de violación, porque sólo puede actuar dentro de los estrictos linderos que le fija el recurrente en el cargo.

Finalmente, en el último cargo, se involucra el error de hecho y de derecho respecto de los mismos medios de prueba, lo cual, como quedó visto, no es procedente, ni debe hacerlo el recurrente, por configurar tal circunstancia una grave falla de técnica en la formulación del recurso.

7. *A pesar de las deficiencias técnicas en la formulación del recurso extraordinario, la Corte, por vía de rectificación doctrinal a los criterios sentados por el sentenciador* ad quem, *hace las precisiones siguientes:*

1ª Atendiendo al campo de expansión del daño originado por culpa aquiliana, éste puede contraerse a una única persona o, por el contrario, puede comprender a muchas, pues suele suceder que un mismo hecho culposo dé lugar a pluralidad de víctimas de tal manera que cada una de ellas experimente su propio perjuicio personal y, por ende, se encuentra legitimada para solicitar su propia indemnización. Tal sucede, según ejemplo elaborado por la doctrina, con el incendio de un inmueble, puesto que este hecho no solo le puede causar perjuicio al propietario, sino además, al usufructuario, usuario, habitador, arrendatario, etc. De ahí que la preceptiva legal, en lo atinente al daño de las cosas, establezca que puede pedir la indemnización "no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el

daño irrogo perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso...". (Artículo 2342 del Código Civil).

3ª Empero, el fenómeno de la pluralidad de víctimas no sólo ocurre en el daño a las cosas cuando en éstas existen igualmente pluralidad de derechos que radican en cabeza de diferentes personas, sino también cuando el daño lo reciben las personas mismas en su existencia o integridad, como si explota una caldera y causa la muerte o lesiones a los circundantes. En este caso, el mismo hecho culposo ha ocasionado la pluralidad de víctimas, cada una de las cuales, por sufrir su propio perjuicio, puede pedir la consiguiente reparación.

3ª También surge la pluralidad de víctimas cuando se presenta lo que la doctrina y jurisprudencia han dado en llamar los daños "de rebote" o "de contragolpe", esto es, los irrogados a todas aquellas que sin haber sido lesionadas en su persona física, sufren también el perjuicio a consecuencia del accidente que otra sufriera, por verse aquéllas privadas de los beneficios económicos que esta última les proporcionaba. En otros términos, el daño producido a la víctima directa, o sea, al muerto o herido repercute en otros, llámense éstos marido o mujer, padres, hijos, alimentario, etc.

Precisamente, la doctrina foránea explica los daños "de rebote" o por "contragolpe" y la pluralidad de víctimas en dicho evento, así: "Casi siempre, cuando hay varias víctimas, el daño sufrido por una no es sino la consecuencia del perjuicio sufrido por las otras. Por ejemplo, la incapacidad de trabajo causada a un padre de familia por un automovilista imprudente, que es en sí misma la causa del daño que soporta el hijo del accidentado, reducido a la miseria, y del perjuicio moral que puede sufrir la mujer de aquél. Los daños sufridos por la mujer y por el hijo no son sino la consecuencia del perjuicio sufrido por el accidentado. Pero no hay que engañarse sobre esto; la mujer y el hijo del accidentado son víctimas con el mismo título que él; y, cuando proceden contra el automovilista en su nombre personal, piden la reparación del daño causado al accidentado; si no sufrieron personalmente ningún daño, no tendrían ninguna acción personal de responsabilidad; las sólo el accidentado podría proceder entonces contra el automovilista. Por lo tanto, hay que cuidarse muy bien de creer que una persona pueda reclamarle el autor de la culpa la reparación del perjuicio causado a otra persona. No cabe proceder por responsabilidad sino por el propio daño.

"Ocurre así en toda una serie de casos en los que se ve precisamente que el perjuicio causado a la primera víctima rebota en cierto modo sobre otras personas por ocasionarles, a su vez, nuevos daños". (Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. T. 2º, Vol. II, pág. 459. Henri y León Mazeaud y André Tunc).

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte, cuando ha tenido la oportunidad de abordar el tema de la pluralidad de víctimas con motivo de los denominados daños por "contragolpe", ha sostenido un criterio semejante al de la doctrina particular, como quiera que ha venido sosteniendo:

"El acto culposo puede causar daño indirectamente, 'por contragolpe'. Causado el perjuicio en el patrimonio o en la persona de la víctima se refleja consecuencialmente en otra persona o en sus intereses patrimoniales. Como sería en el caso de accidente de un familiar, ascendiente por ejemplo, que sustenta a sus parientes y que quedara incapacitado como consecuencia de un insuceso culposo. La víctima sufre perjuicios que puede reclamar ella, pero, además, los familiares a quienes sustenta pueden haber sufrido un daño reflejo con aquel insuceso; entonces, éstos pueden reclamar su indemnización personal, no por el daño inferido directamente a la víctima, sino por el sufrido por ellos personal o individualmente". (Cas. Civ. 5 de diciembre de 1951, LXX, 854 y 855; 18 de octubre de 1967, aún no publicada).

4ª Visto, entonces, en materia de culpa aquiliana, que el acto ilícito puede causar perjuicios "por contragolpe", no sólo se encuentra legitimado para reclamar la correspondiente indemnización, basada en su propio perjuicio, la víctima inmediata o directa que los ha sufrido como el lesionado, sino también, por tener intereses o la suficiente titularidad, puede reclamar indemnización mediata o indirecta, como ocurre con todas aquellas personas que de rebote o por contragolpe se ven privadas de ciertos derechos o ayudas económicas, o sufren un daño moral. Es lo que acontece cuando el padre es lesionado e incapacitado y, con tal hecho, se priva a su esposa e hijos de la adecuada asistencia o protección alimentaria o el mismo hecho les produce un daño moral.

En este evento, en que el hecho ilícito no sólo afecta al físicamente ofendido en su persona sino a otras personas que eran a expensas de éste, se tiene que cada una, dentro de la órbita de su

propio daño, puede reclamar su reparación, pues incuestionablemente todas son víctimas del hecho ilícito. Por tal virtud, la esposa o los hijos del marido o padre accidentado pueden reclamar los propios perjuicios —materiales y morales— que el hecho ilícito les haya causado y, el padre lesionado los propios de él. Empero, por la independencia entre unos y otros, éste no puede reclamar para sí los propios de aquéllos, ni viceversa.

5ª Entonces, no es menester, como equivocadamente lo entendió el Tribunal, que sobreviviendo el padre accidentado el hijo, que por contragolpe ha sufrido su propio perjuicio, no pueda reclamar la consiguiente indemnización, pues ampliamente quedó explicado el fenómeno de la pluralidad de víctimas y la vía expedita que encuentra la esposa del marido accidentado o el hijo de su padre atropellado, para solicitar, por haber experimentado su propio daño, que le sea indemnizado, con independencia de la reparación que puede reclamar la víctima directa, cuando ésta sobreviva.

6ª En el evento de que la víctima directa del daño, o sea, el lesionado falleza posteriormente, tampoco se requiere que la víctima indirecta deba tener la calidad de heredero, a virtud de que ésta generalmente reclama la reparación del perjuicio iure proprio *y no* iure hereditario. *Sólo, excepcionalmente, puede y debe reclamar como heredero la indemnización del perjuicio, la cual ocurre con los que recibe la víctima directa antes de su fallecimiento y que por su deceso posterior le transmitió a su heredero, como el crédito derivado de los gastos de enfermedad —clínicas, médicos, drogas— que hizo la víctima directa antes de producirse su deceso. Estos perjuicios materiales, por ser transmisibles, deben ser reclamados por los respectivos herederos de la víctima que falleció.*

Finalmente, cabe observar que la Corte no aborda en esta oportunidad otros aspectos, como el cúmulo de responsabilidades, especialmente por accidentes de trabajo, por cuanto de ella no se ocupó en particular el sentenciador de segundo grado, pues su decisión se fundó en esencia en que los demandantes no estaban legitimados para solicitar indemnización por las lesiones sufridas por Ramón Alberto Mejía, por sobrevivir éste.

8. Viene de lo dicho que los cargos no se abren paso, pues las graves deficiencias técnicas en su formulación, imponen su rechazo.

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 de 6 de julio de 1979, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Sin costas en el recurso extraordinario (art. 375 inc. 6º Código de Procedimiento Civil).

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Eduardo García Sarmiento, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Nicolás Pájaro Peñaranda
Secretario.

SEPARACION DE CUERPOS

(por mutuo consentimiento de las partes)

Sólo incumbe a los cónyuges pedirla. El curador del cónyuge demente no puede suplir el consentimiento de éste, pues se trata de un acto personalísimo que deberá expresarse directamente o a través de mandatario debidamente autorizado.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Alberto Ospina Botero.

Bogotá, 26 de mayo de 1980.

Procede la Corte a decidir el recurso de apelación propuesto por las partes contra el auto de 1º de marzo de este año, pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en el proceso verbal de separación de cuerpos de Héctor Gabriel Quintana, representado por curador, y Luz Aida Aguirre de Quintana.

Antecedentes

I. Mediante libelo de 18 de febrero del presente año, solicitan Luz Aida Aguirre, como esposa de Héctor Gabriel Quintana y Alicia Jiménez de Quintana, como curadora del interdicto demente Héctor Gabriel, que "por mutuo acuerdo entre las partes" y con sujeción al trámite de un proceso verbal, se decrete la separación de cuerpos.

II. Refieren los libelistas, como elementos de hecho en que apoyan su pretensión, los siguientes:

a) El 28 de noviembre de 1972, en la Parroquia de San José de la ciudad de Armenia, contrajeron matrimonio católico Héctor Gabriel Quintana Jiménez y Luz Aida Aguirre y de dicha unión no ha habido descendencia;

b) Que la sociedad conyugal ya ha sido disuelta por escritura pública; y,

c) Que "este proceso se adelanta con el consentimiento de ambas partes".

III. Por auto de 1º de marzo de este año, que es el impugnado, el sentenciador *a quo* rechazó la demanda, fundado en que a virtud del estado de interdicción por demencia del cónyuge Héctor Gabriel, "lo inhabilita para expresar su consentimiento", pues "éste no puede ser dado por persona distinta, por la naturaleza especial de la relación matrimonial".

IV. Inconformes los libelistas con la resolución precedente, interpusieron contra ella el recurso de reposición y apelación subsidiaria. El primero de los recursos fue resuelto por el *a quo*, por proveído de 12 de marzo, en el sentido de mantener su primitiva decisión, por lo que concedió el de alzada, de que ahora se ocupa la Corte.

Consideraciones

1ª De conformidad con el reciente estatuto atinente al divorcio del matrimonio civil, a la separación de cuerpos y a la separación de bienes en el matrimonio civil y en el canónico, se tiene que "Hay lugar a la separación de cuerpos en los siguientes casos: 1º En los contemplados en el artículo 154 de este Código —el Civil—; y, 2º por el mutuo consentimiento de los cónyuges manifestado ante el juez competente". (Art. 15 Ley 1ª de 1976).

2ª Ahora bien, la separación de cuerpos, cuando es contenciosa, se tramita como proceso abreviado y, cuando es por mutuo acuerdo de las partes, se sustancia con sujeción al rito del proceso verbal, según se desprende del recto alcance de los artículos 26 y 28 de la Ley 1ª de 1976, preceptos que modificaron el Código de Procedimiento en el punto, concretamente los artículos 414 y 442. Es obvio y explicable el diferente trámite establecido para cuando la pre-

tención de separación de cuerpos es contenciosa de cuando es voluntaria o fundada en el mutuo consenso de los cónyuges, pues la una implica un debate más amplio y la otra, que descarta la controversia, sólo requiere de uno más expedito y de mayor celeridad.

3ª Cuando los cónyuges se consideran ubicados, en materia de separación de cuerpos en la última situación referida, por cuanto existe entre ellos común acuerdo, es presupuesto indispensable para el buen suceso de su pretensión, que ellos expresen este consentimiento mutuo por escrito, ante el juzgador competente y precisando otros aspectos conexos y consecuenciales de la pretendida separación. En efecto, el artículo 16 de la Ley 1ª de 1976, dispone: "El juez para decretar la separación de cuerpos no estará sujeto a las restricciones del artículo 155 de este Código. Los cónyuges al expresar su mutuo consentimiento en la separación indicarán el estado en que queda la sociedad conyugal y si la separación es indefinida o temporal y en este caso la duración de la misma, que no puede exceder de un año. Expirado el término de la separación temporal se presumirá que ha habido reconciliación, pero los casados podrán declarar ante el juez que la toman definitiva o que amplían su vigencia. Para que la separación de cuerpos pueda ser decretada por mutuo consenso de los cónyuges, es necesario que éstos la soliciten por escrito al juez competente, determinando en la demanda la manera como atenderán en adelante el cuidado personal de los hijos comunes, la proporción en que contribuirán a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos y, si fuere el caso, al sostenimiento de cada cónyuge. En cuanto a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, responderán solidariamente ante terceros, y entre sí en la forma acordada por ellos. El juez podrá objetar el acuerdo de los cónyuges en interés de los hijos, previo concepto del Ministerio Público".

4ª Según la forma como quedó establecida en la Ley 1ª de 1976 la separación de cuerpos, por mutuo acuerdo de los cónyuges, su consentimiento recíproco debe provenir de éstos, ya lo expresen directamente, ora lo consignen a través de mandatario debidamente autorizado. Este es el verdadero alcance de los varios preceptos que tienen que ver con la separación de cuerpos, fundada en el mutuo consentimiento de los cónyuges, pues, quién, sino únicamente ellos pueden dar un paso tan delicado y de tan vasta repercusión, como que tiene implicaciones extrapatrimoniales y patrimoniales, ya que tiene que ver con los cónyuges mismos, con sus hijos y con la sociedad conyugal.

La separación de cuerpos por el mutuo consenso de los cónyuges, sólo incumbe a éstos pedirla, puesto que únicamente ellos podrán acordar "si la separación es indefinida o temporal" y, en este último caso, "la duración de la misma"; que expirado el término de la separación temporal se presumirá que ha habido reconciliación, "pero los casados podrán declarar ante el juez que la toman definitiva o que amplían su vigencia"; que es necesario que los cónyuges determinen "en la demanda la manera como atenderán en adelante el cuidado personal de los hijos comunes, la proporción en que contribuirán a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos y, si fuere el caso, el sostenimiento de cada cónyuge"; que respecto de los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, responderán "entre sí en la forma acordada por ellos"; que al Juez podrá objetar "el acuerdo de los cónyuges" en interés de los hijos (artículo 16; Ley 1ª de 1976). Que la separación de cuerpos disuelve la sociedad conyugal, salvo que, "fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su deseo de mantenerla vigente" (artículo 17, Ley 1ª de 1976).

Fuera de que la Ley 1ª de 1976 perentoriamente exige, para la procedencia de la separación de cuerpos por mutuo consenso de los cónyuges, "que éstos la soliciten por escrito al juez competente", de todo el contexto del mencionado estatuto se desprende que tal pretensión sólo puede provenir de ellos, sin que otras personas, que no estén autorizadas directamente por los mismos cónyuges puedan emitir el consentimiento en representación de éstos. Se trata pues de un acto personalísimo de voluntad de los cónyuges.

5ª Entonces, si uno de los cónyuges sufre una perturbación en la actividad psíquica, que no le permite expresar su consentimiento para pedir la separación de cuerpos por mutuo consenso, no es óbice para que el otro cónyuge, en proceso abreviado, alegue y demuestre la causal sexta de separación (artículo 4º numeral 6º, Ley 1ª de 1976).

6ª De suerte que como en el presente caso se pretende la separación de cuerpos, fundada en el mutuo consentimiento de los cónyuges, mas uno de ellos no pudo expresar en la demanda su voluntad, por tratarse de un demente en interdicción, ni se espera que lo pueda hacer en la

debida oportunidad procesal, se llega a idéntica conclusión de la del *a quo*, por lo que debe confirmarse el proveído impugnado.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, confirma el auto recurrido, de fecha y procedencia indicadas.

No hay lugar a costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda
Secretario.

REPOSICION

Reposición del auto por medio del cual se revocó el que admitía la demanda de casación y se declaró desierto este recurso extraordinario.

No contiene novedad, jurídicamente hablando, pues lo estudiado en ambas providencias es el mismo punto: si la demanda es o no admisible. Reposición del auto por medio del cual se revocó el que admitía la demanda de casación y se declaró desierto este recurso extraordinario. No contiene novedad, jurídicamente hablando, pues lo estudiado en ambas providencias es el mismo punto: si la demanda es o no admisible. Salvamento de voto del Dr. Germán Giraldo. El auto que resolvió la reposición contiene puntos nuevos y por consiguiente es susceptible de reposición. No hay tal que la materia sea la misma: cuando se admite la demanda de casación que cuando se rechaza. Salvamento de voto de los Dres. Ospina Botero y Esguerra Samper. El auto impugnado contiene puntos nuevos que causan agravio a una de las partes y, por consiguiente, el recurso de reposición interpuesto contra él debió estudiarse y decidirse de fondo.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., 9 de junio de 1980.

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

1. Por auto de 24 de marzo pasado se admitió la demanda de casación formulada en este negocio por la sociedad demandada en el proceso.

Contra dicho auto interpuso reposición el opositor en el recurso extraordinario, buscando que esa providencia se infirmara para que, en su lugar, se declarase desierto el recurso de casación interpuesto.

Durante el traslado que de esa impugnación se dio a la recurrente en casación, ésta se opuso a la revocatoria pedida pues estimó que, si bien no se había consignado en el Barco Popular el valor de los honorarios periciales, éstos sí se habían pagado directamente al perito, procedimiento que también tiene que admitirse como forma válida del cumplimiento de la respectiva carga procesal; que, de otra parte, en este caso esa prueba de pago ya fue aceptada por el Tribunal al conceder el recurso y por la Corte al admitirlo todo ello sin reclamo de la contraparte; y que "ni el Tribunal ni la Corte pueden negar el valor probatorio del recibo ni pueden afirmar que el pago no se realizó, luego la exigencia de la consignación es un exagerado rigorismo que conduce a fomentar el pago doble de los honorarios...".

2. La Corte, al decidir esa reposición mediante su auto de 22 de abril, después de estimar que ciertamente el recurso de casación había sido mal concedido y admitido, revocó el impugnado y en su lugar declaró desierto el citado recurso extraordinario.

Contra esta última providencia de la Corte el casacionista interpone hoy reposición para que ella sea revocada y en su lugar, como es obvio, se mantenga en su alcance el auto que admitió el recurso de casación. Para fundamentar su pretensión, este reposicionista alega ahora iguales o similares razones a las que él esgrimió cuando se opuso a la reposición a que primeramente se ha hecho referencia aquí, pues expresa, en efecto, que la interpretación que la Sala le da al artículo 388 del Código de Procedimiento Civil "lleva a conclusiones equivocadas, porque desconoce cualquier otra forma de pago distinta a la consignación..."; y que "admitir como único medio de pago el título de la consignación es exagerado formulismo que no conduce a objetivo jurídico alguno...".

Consideraciones de la Corte

1ª *Parte integrante del derecho de impugnación de las providencias judiciales es la reposición, conocida en algunos sistemas positivos con el específico nombre de revocatoria. Tiene por finalidad este recurso que el mismo Juez o Tribunal que dictó la resolución impugnada la revoque o la enmiende, dictando en su lugar una nueva por contrario imperio.*

La reposición es recurso consagrado solamente para los autos; razones de humanidad y de política jurídica llevaron al legislador a brindarle al Juez una única oportunidad para reconsiderar un punto ya decidido por él mediante auto y enmendar su error. Para llegar a tal fin la ley autoriza al litigante a interponer en determinado tiempo el recurso de reposición en escrito que, para respetar el principio de la igualdad de las partes en el proceso, tiene que mantenerse "en la secretaría por dos días en traslado a la parte contraria", con el objeto de que ésta pueda oponerse a la reposición y quede por consiguiente vinculada a la providencia que decide el recurso.

Bilateralidad procesal esta que en el presente caso se cumplió, como se dejó dicho en la primera parte de este proveído: el hoy recurrente se opuso a que se revocara el auto admisorio de la demanda de casación, impugnando la impugnación de su contraparte.

2ª *Al decidir el recurso, el Juez puede revocar la providencia anterior, o modificarla o negar la solicitud. Si revoca o confirma, contra este auto no puede proponerse otra vez el mismo recurso. Si el nuevo auto modifica el anterior, e incluye decisiones que no fueron objeto del recurso, se autoriza emplear nuevamente este remedio, pero sólo respecto de aquello que no se hallaba contenido, ni aún implícitamente en él, para evitar que los procesos sean de carácter indefinido.*

3ª *El artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, in fine, consagra la regla general consistente en que "el auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso" (se relieva), o sea que no hay reposición de reposición, prohibición legal cuyo fundamento racional está en el sistema preclusivo, dominante en nuestro procedimiento civil, el cual impide ejercer ciertas actividades con las cuales se alargaría demasiado el procedimiento, lo que iría, en últimas, en desmedro de la seguridad social y por ende del orden público.*

Si la ley permitiera pedir reposición de reposición, en forma indefinida, los procesos civiles se harían interminables, cosa que cada día es menos aceptable dentro del criterio que predomina en el derecho moderno de buscar, sin sacrificio por supuesto del derecho de defensa, la más rápida y más eficaz por consiguiente administración de justicia.

4ª *El apuntado principio no es sin embargo absoluto. La misma norma transcrita lo salva para los supuestos en que el auto que decide la reposición "contenga puntos no decididos en el anterior".*

Como lo ha entendido la doctrina, por "puntos no decididos", que para estos efectos también se les califica de "nuevos", son los que por primera vez aparecen en la parte resolutiva del auto que resuelve la reposición, pero no en sus considerandos; es decir, que los nuevos argumentaciones que esgrima el Juez, las razones complementarias o sustitutivas que tenga en cuenta para confirmar o alterar las conclusiones del primer auto, no pueden considerarse como puntos no decididos o nuevos.

Cuando el resultado de la primera reposición es la revocatoria total del auto impugnado, no hay novedad jurídicamente hablando; es claro que gramaticalmente el contexto de la providencia es distinto al de la primera y que su decisión es la contraria: el auto que admite una demanda y el que revoca eso, son, en su contenido, antitéticos; opuestos. Pero no puede en rigor jurídico decirse que el último contiene puntos no decididos en el anterior, pues en verdad que lo estudiado y decidido en ambas providencias es el mismo punto: si la demanda es o no admisible.

Sobre esta materia conceptúa Hernando Morales: "...; obviamente, la decisión u orden que reemplaza la revocada no es punto nuevo. Sólo tiene este carácter un pronunciamiento extraño al que ha sido objeto del recurso...". (Parte General, pág. 518/19, edición 1973). Y Hernando Devis Echandía también sostiene el mismo criterio, al afirmar que "cuando el auto que falla la reposición se limita a revocar total o parcialmente el anterior, no puede alegarse punto nuevo para la nueva reposición...". (Tomo I, pág. 457/58, edición 1972).

5ª En el caso presente cree la Sala que se está en presencia de la prohibición contenida en el precitado artículo 349, y por ello tiene que concluir en que la reposición hoy interpuesta es legalmente improcedente.

Porque es indiscutible que el punto o tema decidido en los autos de 24 de marzo y 22 de abril del presente año es el mismo: si la demanda de casación es o no admisible. La Sala, en esa primera oportunidad estimó que sí lo era y por consiguiente la admitió; en la segunda, consideró en cambio, apoyada en nuevos argumentos, que no; y por ello infirmó su auto anterior. Y si bien en este último se declaró desierto el recurso de casación, esta decisión, que era ciertamente innecesario hacer en forma expresa por llevar a implícita la revocatoria del auto que admitió la demanda de casación, no le puede dar el carácter de punto nuevo a la providencia que ahora se impugna, pues el recurso objeta directamente el rechazo de la demanda de casación que se hizo en la providencia que decidió la reposición interpuesta anteriormente.

6ª La providencia del 22 de abril, luego de revocar el auto de 24 de marzo anterior, en forma innecesaria y sólo con el propósito de aclarar en debida forma las consecuencias de su determinación, declaró evidentemente desierto el recurso extraordinario. Sin embargo, y según lo atrás expuesto, no puede afirmarse válidamente que ello signifique que se está en presencia de un asunto o punto nuevo no comprendido en el auto que lo admitió y que de consiguiente, deba estudiarse en el fondo el que nuevamente interpone ahora el casacionista.

En efecto, el auto que revoca el que admitió el recurso de casación es de la misma naturaleza del que lo ha infirmado e, implícitamente, declara la deserción del recurso extraordinario. Por eso no es posible estudiar de nuevo la reposición que hoy se ha propuesto.

Reversada la situación como efecto de la revocatoria, restaurada o restablecida la que se configuró con la sentencia de segundo grado, no es permitido iniciar otra vez el camino del recurso extraordinario porque la respectiva etapa ha precluido. Estudiar en el fondo el nuevo recurso de reposición implicaría reabrir lo que está clausurado en forma definitiva.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, *rechaza*, por ser legalmente improcedente, el recurso de reposición aquí propuesto contra el auto del 22 de abril del presente año.

Cópiese, notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, salvó el voto; *Germán Giraldo Zuluaga*, salvó el voto; *Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero*, salvó el voto; *Ricardo Uribe Holguín, Pablo Cárdenas Pérez*, Conjuez.

Nicolás Pájaro Peñaranda
Secretario General.

Salvamento de voto

He salvado el voto, no obstante los importantes planteamientos de la providencia acogida por mayoría, porque observo que, con la tesis acogida hoy, el agravio que se irrogó a la parte recurrente al inadmitirse su demanda, se deja sin medio de impugnación. Un agravio trascendental, inferido al declararse desierto el recurso de casación, ha sido sustraído del poder de impugnación.

Y no hay tal que sea una misma la materia decidida cuando se admite una demanda que cuando se rechaza. En efecto: cuando la demanda de casación se admite, sólo puede irrogarse agravio al opositor en el recurso, en tanto que cuando se rechaza, el agravio se infiere al demandante.

Creo, sin dubitaciones, que cuando se revoca el auto admisorio de la demanda de casación y, en su lugar, se inadmite y se declara desierto el recurso extraordinario, esta última providencia resuelve puntos no decididos en la primera, por lo cual, y de conformidad con el artículo 348 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente agraviado puede impugnarlo mediante el recurso de reposición.

Si la situación fáctica planteada se traslada a lo que ocurriría si el auto admisorio de la demanda introductoria del proceso fuera luego revocado para rechazar la demanda, en tal caso resulta exhorbitante afirmar que el demandante ya no puede impugnar el auto que inadmite su libelo por la mera circunstancia de que tal decisión se pronunció al desatar un recurso de reposición.

Como estimo que en la hipótesis de esta litis, el auto que resolvió la reposición, contiene indiscutiblemente puntos nuevos, ha debido resolverse el recurso propuesto por el demandante y no declarársele improcedente.

Fecha *ut supra*.

Salvamento de voto

Expongo a continuación los motivos que me llevaron a no compartir, ni las motivaciones esenciales ni la parte resolutiva del auto anterior:

1. Como norma general, las providencias judiciales que tengan el carácter de autos, son susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso de reposición, pues al efecto dispone la ley que tal recurso "procede contra los autos que dicte el Juez, contra los de trámite que dicte el Magistrado ponente y contra los interlocutorios de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema", como también, aunque la norma no lo diga, tal medio de impugnación procede contra los autos de trámite que dicte la Corte, pues todo indica que no fue criterio del legislador dejar estos proveídos sin recurso alguno, como sí lo dijo respecto de otras providencias, por ejemplo, el que decreta pruebas de oficio (artículo 179 Código de Procedimiento Civil), el que deniega la aclaración o la adición de la sentencias (arts. 309 y 311), el que decide el recurso de súplica (artículo 331); y, así mismo, el que decide la reposición (artículo 318 Código de Procedimiento Civil).

2. Con relación a este último auto, o sea, el que resuelve el recurso de reposición, se debe tener en cuenta que la ley consagra dos hipótesis: que el auto que decide el recurso no contenga puntos nuevos; y, que el proveído que decide el referido recurso contenga puntos no decididos en el anterior. En el primer evento, no procede, como lo dice la ley, "ningún recurso"; en el segundo, por el contrario, para no dejar en indefensión a la parte que le causa agravio los puntos no contemplados en el proveído anterior, encuentra la vía expedita para impugnar, a través de los medios o recursos pertinentes, los puntos nuevos o extraños a la resolución precedente.

3. De suerte que si bien es cierto que la ley no faculta la reposición de reposición, también lo es que en procura de la garantía constitucional del derecho de defensa autoriza los recursos pertinentes cuando al decidirse un recurso de reposición se contemplen puntos no decididos en la primera providencia.

4. Considero que el auto de 22 abril del año en curso, por contener puntos nuevos no decididos en el auto anterior, es susceptible del recurso de reposición que contra él ha propuesto oportunamente la parte que recibió agravio.

Y reitero que contempla puntos no decididos en el proveído anterior, puesto que por el de 24 de marzo se decidió admitir la demanda de casación y por el de 22 de abril se tomaron, fuera de la revocatoria, las decisiones siguientes:

a) Disponer que el auto de 21 de enero, "por ser ilegal, no produce efectos jurídicos";

b) Declarar desierto el recurso de casación propuesto por la sociedad demandada contra la sentencia de 27 de agosto de 1979.

Con relación a las resoluciones precedentes, no queda duda de que contempla puntos nuevos, pues no sólo se declaró desierto el recurso sino que se dejó sin efectos decisiones tomadas en auto muy anterior (de 21 de enero), que no decidió el recurso de reposición y que contra él las partes no formularon, en la debida oportunidad, los recursos pertinentes.

5. Lo dicho es suficiente para concluir que el auto de 22 de abril, al contener puntos nuevos, que le causan agravio a una de las partes, ésta podía impugnarlo, en ese específico campo, mediante el recurso de reposición y, por ende, considero que debió estudiarse y decidirse de fondo el mencionado medio de impugnación y no rechazarse por improcedente.

Alberto Ospina Botero.

Fecha *ut supra*.

Adhiero al anterior salvamento de voto,

José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS

Cuando la demanda de separación se apoya en el no cumplimiento de uno de los cónyuges de los deberes propios de su estado de casado, sin concreción ni precisión algunas, no se está ante una negativa, de carácter indefinido que exima a la parte actora de probar los supuestos en que el incumplimiento se traduce. La negativa es de mera forma gramatical que se convierte en la afirmación de hechos contrarios, los cuales deben ser probados para el éxito de la pretensión.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

Bogotá, D. E., 17 de junio de 1980.

Procede hoy la Corte a decidir lo pertinente en la consulta que para su sentencia de 17 de marzo de 1980, ordenó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Antecedentes

1. Mediante escrito que fue presentado el 25 de octubre de 1978 ante el referido Tribunal Superior, *Amparo Perdomo de Strusberg* demandó a su cónyuge *Napoleón Strusberg Gonzáles*, a efecto de que, previa la tramitación del proceso abreviado, se decrétase la separación definitiva de cuerpos en el matrimonio canónico contraído por ellos; se declarase, consecuencialmente, disuelta y en estado de liquidación la correspondiente sociedad conyugal; se dispusiese que la patria potestad, lo mismo que la guarda y el cuidado personal sobre los menores hijos del matrimonio, corresponden exclusivamente a su madre legítima; y, en fin, se tomasen las demás disposiciones inherentes a la pretensión principalmente deducida.

2. En su libelo la demandante invocó, como hechos constitutivos de la *causa petendi*, los que sustancialmente quedan comprendidos en las siguientes afirmaciones:

Que ella contrajo matrimonio católico con el citado Napoleón Strusberg el 11 de diciembre de 1969, en la Iglesia Parroquial de Nuestra Señora de Las Nieves de Bogotá; que dentro de dicha unión connubial los contrayentes procrearon a Rasmil, Faustо Xiova y Janna Amparo Strausberg Perdomo, cuyos nacimientos ocurrieron en la ciudad tolimense de Natagaima el 28 de diciembre de 1970, 15 de diciembre de 1973 y 14 de junio de 1978, respectivamente; que el demandado, con su conducta, ha incurrido en la causal 2ª que para la separación de cuerpos determina la Ley 1ª de 1976, puesto que, explica la demandante, "ha dejado de cumplir grave e injustificadamente sus deberes de padre y de esposo...".

Bajo la gravedad del juramento aseveró la actora en su libelo que el demandado se encuentre "actualmente ausente de su domicilio" y que desconocía "su paradero"; con base en tal aserción depreció el llamamiento de éste al proceso en la forma edictal prevista por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.

3. Muy a pesar del emplazamiento público que se le hizo, el demandado no compareció al proceso y por tal razón se le designó curador *ad litem*, a quien, una vez posesionado del cargo, se le notificó personalmente el auto admisorio de la demanda y se le corrió ésta en traslado.

Dentro del respectivo término el citado curador contestó la demanda, expresando no constarle los hechos en ella invocados; exigiendo que éstos fuesen probados; y no oponerse a la pretensión "si los hechos en que se fundan son ciertos y valederos".

4. El Tribunal *a quo*, una vez contestada la demanda y previo el intento de realizar las audiencias de conciliación, que se frustraron por la no comparecencia de "las partes", decretó las

pruebas pedidas por la demandante y para su práctica comisionó al Juzgado Civil Municipal de Natagaima de donde, según la demanda, son vecinos los testigos cuyas declaraciones se pidieron.

Para la correspondiente recepción el juzgado comisionado señaló una primera fecha, en la cual no se pudo evacuar la prueba porque el apoderado de quien la pidió, quien anunció que oralmente formularía el interrogatorio respectivo, solicitó aplazamiento; y en la nueva fecha señalada al efecto tampoco se pudieron recibir los testimonios porque "no se presentó el apoderado de la parte actora, quien debe formular el interrogatorio".

Y surtida que fue pues toda la tramitación de la primera instancia el Tribunal de Ibagué le puso fin con su sentencia del 17 de marzo pasado, mediante la cual, al encontrar probada la causal invocada como fundamento para la separación de cuerpos suplicada, acogió las peticiones de la demanda e impuso al demandado las costas procesales.

5. Dicha sentencia ha venido en consulta a la Corte, la que, para decidir, formula las siguientes

Consideraciones

1ª En el caso que aquí se estudia los presupuestos del proceso se encuentran presentes. Y como, de otra parte, la Sala no advierte causal de nulidad que invalide la actuación surtida, así en la primera como en la segunda instancias, es pertinente entonces proferir sentencia de mérito.

2ª La legitimación en la causa, tanto activa como pasiva, se halla realmente configurada en este caso y por tanto corresponde estudiar la pretensión en el fondo para dirimir la controversia con sentencia que haga tránsito a cosa juzgada material, pues con el certificado expedido por el Notario 16 del Círculo de Bogotá, oportuna y legalmente incorporado al proceso, se acredita idónea y suficientemente el matrimonio católico contraído entre ellos por la demandante y el demandado, el 11 de diciembre de 1969.

Y está acreditado también, con los certificados expedidos por el Notario de Natagaima, que Rasmil, Fausto Xiova y Jarina Amparo Stensberg Perdomo nacieron dentro del matrimonio atrás referido, que son hijos legítimos de las partes de este proceso y que según las fechas de sus nacimientos son hoy menores de edad.

3ª *Como ya lo ha dicho la Corte, la vida del matrimonio debe en general desarrollarse compartiendo los cónyuges una misma mesa y un mismo lugar. De ahí que una de las obligaciones que adquieren los consortes es la de vivir juntos y ayudarse recíprocamente. Ello no obstante, en ciertas circunstancias que por sí mismas llevan al rompimiento de la unidad familiar e impiden alcanzar el propósito de los consortes de lograr su mutua complementación y el bien de los hijos, el legislador ha establecido como remedio temporal de tal estado de cosas, la separación de cuerpos por tiempo indefinido.*

Los hechos a los que la ley ha concedido poder suficiente para que, invocados por el cónyuge inocente, sirvan de base sólida para aceptar una demanda de separación de cuerpos, son los señalados taxativamente por el artículo 154 del Código Civil. Dentro de ellos se enlista, ciertamente, "el grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de sus deberes de marido o de padre y de esposa o de madre", que es justamente el que, referido al demandado, se invoca en el presente caso.

Pero es lógico que quien aspira a tener éxito en su pretensión de separación de cuerpos, demandada con apoyo en una o algunas de las causales taxativamente consagradas por la ley para ello, tenga que demostrar los hechos que las estructuran, pues así lo exige el principio de la carga probatoria consagrado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

4ª *Cabe observar, sin embargo, que no son infrecuentes los casos en que el demandante, al elaborar la demanda inicial del proceso, consigna en ella afirmaciones de hecho positivas y negativas como supuestos fácticos del derecho cuya tutela reclama. Y si en relación con las primeras es claro que corre siempre con el deber de probarlas, no acontece lo propio con las segundas, puesto que éstas en algunos cuentos son de imposible demostración. De ahí que el artículo 177 citado, en su última parte, consagre una excepción a la carga de la prueba, al estatuir que "las afirmaciones o negaciones indefinidos no requieren prueba".*

Mas como no todas las negaciones contenidas en una demanda son de igual naturaleza, ni producen tampoco idénticos efectos jurídicos en materia de prueba judicial, es preciso recordar al efecto que la doctrina las ha dividido en defi

nidas e indefinidas. *Y ha dicho que corresponden las primeras a los que tienen por objeto la afirmación de hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho opuesto de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente; y que las segundas, es decir las indefinidas, son aquéllas negaciones que no implican, ni explícita ni indirectamente, la afirmación de hecho contrario alguno. De ahí que, como desde vieja data lo tiene aceptado la jurisprudencia de la Corte, estas negaciones "no pueden demostrarse, no por negativas sino por indefinidas". (LXXV, 23).*

Hase dicho igualmente que "bien está que las negaciones no se demuestren, pero si en todos los casos, o en la mayoría de ellos, las negaciones se reducen a la afirmación de hechos positivos, cuya existencia puede comprobarse por apoyarse en resultados de éstos, es claro que debe correr de cuenta del actor la plena demostración de tales hechos positivos con que ha fundado su acción y en que se basan las negaciones para el éxito judicial instaurado". (XLVIII, 400).

3ª En el caso de este proceso estimó el Tribunal de Ibagué que no obstante que la demandante no aportó prueba alguna que justifique el alegado por ella incumplimiento de los deberes de esposa y padre de su demandado, tal abandono debía darse por probado por implicar su afirmación una negativa indefinida. Apoyó su aserción en doctrina de la Corte, que así lo presumió, contenida en sentencia de 31 de enero de 1971 y que en lo pertinente transcribe.

Ocurre, empero, que posteriormente la Corte, luego de aquilatar con mayor detenimiento la cuestión, llegó a conclusión contraria y por ende recogió su doctrina anterior. En su sentencia de 24 de julio de 1978, proferida en el proceso de separación de cuerpos de Alirio Vargas Ansola contra Etelvina García de Vargas, dijo en efecto:

"Por cuanto la afirmación del abandono del hogar que el demandante le enrostra a la demandada, implica una aserción general y abstracta de que ésta ha incumplido voluntariamente todo el conjunto de las obligaciones que surgen del matrimonio, sin concretarla específicamente a hecho o hechos algunos limitados en el tiempo, no puede jurídicamente atribuírsele el carácter de negativa indefinida para que, como tal, se exonere de la carga de la prueba de los supuestos en que tal negativa se traduce. Cuando sin concreción ni precisión algunas se afirma que un cónyuge ha incumplido sus deberes de tal, o que su conducta al respecto no es legítima, la negativa es de mera forma gramatical, que se convierte en la afirmación de hechos contrarios, los cuales sí pueden y deben justificarse para el éxito de la pretensión.

"Pero es más. Aun dando por aceptado que tal negativa fuera suficiente para dar por demostrado el abandono del hogar que el demandante le enrostra a la demandada, esa afirmación estaría lejos de acreditar que el incumplimiento de los deberes referidos fue 'grave e injustificado', requisitos éstos que son justamente los exigidos por la Ley 1ª de 1976 para que se estructure la segunda de las causales de separación de cuerpos". (Sentencia inédita).

6ª Como la Sala no encuentra ahora razones que la impulsen a rectificar su última doctrina en el punto, debe hoy reiterarla.

En estas circunstancias tiene que concluir por imperativo de la lógica que la sentencia que se revisa no se aviene o se acompasa con las pertinentes normas de derecho objetivo, y que por lo consiguiente debe infirmarse; desde luego que como la demandante fue absolutamente incuriosa o negligente en su deber de activar la práctica de las pruebas por ella pedidas, le resulta a la Corte inane ejercer, como Tribunal de instancia, actividad oficiosa en punto de pruebas.

7ª Cabe observar, finalmente, que, como se deduce claramente de la actuación procesal referida en el numeral 4 de la primera parte de esta providencia, el abogado que apoderó a la demandante en la primera instancia del proceso no colaboró con la justicia para la práctica de las pruebas, como era su deber según lo preceptúa el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil.

A términos del artículo 55 del Decreto número 196 de 1971, el abogado que sin justa causa desatiende el asunto de que se ha encargado, o deje de hacer oportunamente las diligencias propias incurre en falta a la debida diligencia profesional. Su conducta negligente lo llevó a incumplir su deber de "atender con celosa diligencia su encargo profesional" (artículo 47-6º *ibidem*), por lo que la Corte, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 70 del mismo estatuto legal, tiene que ordenar la correspondiente investigación disciplinaria.

Decisión

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. REVÓCASE la sentencia materia de esta consulta, o sea la proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el diecisiete (17) de marzo pasado.

Segundo. DENIÉGANSE, en su lugar, las súplicas deducidas en la demanda con la cual se inició el proceso.

Tercero. CONDÉNASE a la demandante en las costas causadas en la primera instancia, las cuales serán liquidadas por el Tribunal *a quo*.

Cuarto. SIN COSTAS en la consulta; y

Quinto. POR EL TRIBUNAL *a quo* súquese copia de lo pertinente para que se investigue la conducta del abogado que apoderó a la demandante.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda
Secretario General.

REIVINDICACION

Sólo el actual poseedor, y excepcionalmente el que fue poseedor y dejó de serlo, pueden ser sujeto pasivo de la demanda reivindicatoria; jamás quien es mero tenedor de la cosa cuya restitución se pretende.

La entrega de la cosa por virtud del cumplimiento anticipado de la obligación de entrega correspondiente al contrato prometido, no origina posesión material en cabeza del futuro comprador. Para que tal cosa suceda es indispensable que en la promesa se estipule expresamente que el prometiente vendedor entrega al futuro comprador, la posesión material de la cosa sobre la cual versa la promesa.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

Bogotá, D. E., 24 de junio de 1980.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 15 de noviembre de 1979, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en este proceso ordinario instaurado por *Eugenio Gutiérrez Sandoval* en frente de *Eugenio Gutiérrez Romero.*

I

El litigio

1. Mediante escrito que fue repartido el 24 de febrero de 1978 al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, el citado Gutiérrez Sandoval demandó al mentado Gutiérrez Romero en procura de que, previa la tramitación propia del proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieran los siguientes pronunciamientos:

a) Que el demandante es el dueño absoluto del predio rural denominado "El Recreo", ubicado en la vereda de Piri del Municipio cundinamarqués de Medina, de una extensión aproximada de 120 hectáreas y comprendido dentro de las especiales alinderaciones que la demanda consigna;

b) Que, consecuencialmente, se condene al demandado a restituir al demandante, seis días después de la ejecutoria de la sentencia que así lo disponga, el citado predio, "junto con todas sus anexidades, usos, costumbres y servidumbres";

c) Que el mismo demandado, como poseedor de mala fe que es, "carece de derecho a reclamar mejoras o indemnizaciones" y está obligado, en cambio, a pagar al demandante el valor de los frutos naturales y civiles producidos por el fundo durante todo el tiempo que lo ha ocupado, y no solamente los percibidos sino los que su dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad; y

d) Que se condene igualmente al demandado al pago de las costas procesales.

2. Los hechos que el demandante invocó como fundamento de sus pretensiones, quedan sustancialmente comprendidos en las siguientes afirmaciones:

a) Que por Resolución número 34 de 20 de enero de 1958, inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Círculo de Gachetá el 9 de julio siguiente, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, adjudicó a favor de Francisco Solano Gutiérrez Romero el ya referido inmueble "El Recreo", inmueble comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el costado Sur, partiendo de un mojón marcado con una 'A' situado a la margen izquierda del caño 'Piri' y siguiendo por

diena margen izquierda el curso del río, aguas abajo, 71° 00' DE, 416 metros a dar a una estaca; 64° 00' NE, 287 metros hay una estaca; 30° 30', NE, 898 metros estaca; 61° 00' NO; 320 metros mojón 'G'; 55° 00' SO ... metros mojón 'D'; 38° 40' NO, 320 metros mojón 'E'; 49° 10' NE, 50 metros mojón 'PE'; de este mojón 40° 20' NO, 235 metros, lindando con el trayecto comprendido del mojón 'E' al final de éste 235 metros con predios de Jorge Martínez, de este sitio, siguiendo el mismo rumbo (40° 20' NO), 585 metros a dar al mojón 'G', lindando en este trayecto con predio de Manuel Martínez; por el Oeste, partiendo del mojón 'G' en línea recta con rumbo 16° 00' SO, 1.430 metros a dar al mojón 'A' punto de partida lindando en este costado con predios de Rosendo Rojas y Luis Cárdenas y encierra";

b) Que desde antes de la adjudicación el citado adjudicatario había ya entrado a poseer el predio, posesión que continuó luego en forma pública, pacífica e ininterrumpida mediante el ejercicio de diversos y continuos actos positivos de dueño;

c) Que ocurrido el óbito del adjudicatario Francisco Solano Gutiérrez se adelantó su mortuoria en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio, proceso en el cual se adjudicó a Gutiérrez Sandoval el referido inmueble;

d) Que el trabajo de partición y la sentencia aprobatoria del mismo, proferida por el citado Juzgado el 23 de marzo de 1967, se registraron el 18 de junio siguiente en la Oficina de Registro del Círculo de Gachetá, inscripción ésta que no se ha cancelado pues el dueño de la finca no la ha enajenado todavía;

e) Que aun desde antes de que le fuera adjudicado en el proceso sucesoral referido, el adjudicatario Gutiérrez Sandoval venía ejerciendo sobre dicho predio actos de explotación como verdadero dueño, sin reconocer dominio a otra persona y por tanto poseyéndolo en forma tranquila, pública e ininterrumpida;

f) Que el demandado Eugenio Gutiérrez Romero, hijo del demandante, aprovechándose de los quebrantos de salud que padecía su anciano padre "y el hecho de que su padre lo había encargado de ayudarle en la administración del predio..., se ha adueñado del mismo en forma violenta, sin título, ni autorización, ni derecho alguno y en esta forma ha perturbado y continúa perturbando, privándolo de ella, la legítima propiedad..." que el demandante tiene; y

g) Que en tales circunstancias Eugenio Gutiérrez Romero resulta ser poseedor de mala fe de dicho fundo, lo ocupa desde hace menos de 20 años y por tanto no ha ganado por prescripción el dominio del inmueble.

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a las súplicas del demandante; y en cuanto a los hechos, aceptó algunos pero negó otros.

En ese mismo escrito expresó el demandado, y en tales asertos ha edificado cardinalmente su defensa, que él no ha ejercido posesión alguna sobre el predio "El Mercey", del cual dice que es apenas mero tenedor a nombre del demandante, en virtud del contrato de promesa de compraventa celebrado con éste en relación con dicho predio el 20 de febrero de 1968, "tal como aparece del documento suscrito en esa fecha ante testigos" y que posteriormente refrendaron por el de 19 de febrero de 1974, cuyas firmas fueron autenticadas. Agrega el demandado que él entró a detentar el bien por entrega que le hizo el demandante a título precario y anticipadamente a la venta que prometió hacerle en forma onerosa..."; que es por tanto un mero tenedor de la finca, sobre la cual siempre ha reconocido el dominio del demandante y que los actos que ha venido realizando en el predio los ha realizado en aquella calidad, o sea sin ánimo de dueño y no como poseedor sino "*tenedor legítimo*".

Y apoyado en tales afirmaciones el demandado propuso, en esa misma oportunidad, la excepción de mérito que llamó "*inepta demanda sustantiva*, o cualquiera fuese su denominación o fuese innominada", defensa que resulta, dice el excepcionante, "de no configurarse el presupuesto básico de la Acción de Dominio o Acción Reivindicatoria de ser el demandado *poseedor* del predio, en su legal acepción...".

4. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de las pruebas solicitadas por ambas partes se adelantó la primera instancia del proceso, a la que el Juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 23 de abril de 1979, mediante la cual, al estimar que el demandado no es poseedor sino mero tenedor del fundo litigado, lo absolvió de los cargos formulados e impuso al demandante las costas procesales.

5. Por virtud de la apelación interpuesta por el demandante contra lo así resuelto, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, el que, después de haber rituado la instancia, profirió su sentencia de 15 de

noviembre de 1979, mediante la cual, después de confirmar la apelada, hizo la declaración de dominio solicitada en la demanda; condenó en consecuencia al demandado a restituir el inmueble reivindicado, junto con los frutos naturales producidos a "partir de la notificación de la demanda", pues lo consideró como poseedor de buena fe; y condenó al demandante al pago de las expensas necesarias y mejoras útiles.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigada y de relacionar el desarrollo del proceso y todas las pruebas en él practicadas, el Tribunal de Villavicencio emprende las consideraciones para proferir sentencia de mérito.

Y al efecto, delanteramente observa que, según la demanda, la acción principalmente deducida es la reivindicatoria, de la que dice que para su prosperidad reclama la concurrencia de los cuatro elementos que doctrinaria y jurisprudencialmente se han indicado tradicionalmente como esenciales en ella.

2. Estima que el primero de tales presupuestos, o sea el derecho de dominio en el demandante, está demostrado con la copia de la Escritura número 810 de 7 de septiembre de 1977, otorgada en la Notaría Segunda de Villavicencio, en la cual aparece la adjudicación del predio que en la mortuoria de Francisco Solano Gutiérrez se hizo al aquí demandante.

Añade el sentenciador que además de dicho documento también se aportó al proceso el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, en el cual consta "que la finca 'El Recreo', fue adquirida por Resolución número 34 de fecha 20 de febrero de 1958, por adjudicación del INCORA, en favor de Francisco Solano Romero".

3. En lo que respecta al factor de la posesión material del inmueble por parte del demandado, lo da por establecido el Tribunal, en primer lugar, con las manifestaciones del demandado al contestar la demanda en las cuales dice éste que lo recibió en virtud del contrato de promesa de compraventa celebrado con el demandante, manteniéndolo desde entonces "como *tenedor legítimo*"; en segundo, con los documentos de 20 de febrero de 1968 y 19 de enero de 1974, correctivos del contrato de promesa de compraventa ajustado y su rectificación, en cuyo tenor expresaron los contratantes que "ya se hizo la entrega material al comprador del inmueble vendido, con las acciones y derechos consiguientes"; en tercero, con la diligencia de inspección judicial practicada en la cual el demandado por conducto de su apoderado expresó, dice el sentenciador, "que es ocupante del inmueble y que tiene plantaciones de su propiedad en un 98%"; y finalmente, con los testimonios allí recibidos quienes afirman que Gutiérrez Romero ocupa el bien desde hace 12 años "con el consentimiento de su padre y que no saben si entre ellos ha habido algún negocio".

4. Estima además el sentenciador *ad quem* que la finca "El Recreo", que es objeto de este litigio, es cosa singular reivindicable y en lo atinente al presupuesto de la identidad entre el bien especificado en la demanda y el que es poseído por el demandado, lo da también por establecido con la inspección judicial practicada en la primera instancia del proceso.

Conclusión de esta primera parte de su exposición es, pues, para el Tribunal de Villavicencio, la de que por reunirse todos los presupuestos esenciales de la acción reivindicatoria en este caso, las pretensiones de la demanda tienen que prosperar, tanto más, agrega, si se tiene en cuenta que "el demandado no ostenta ningún título de propiedad y solamente señala un documento privado de adquisición (alude al contrato de promesa de compraventa) que no es un modo de probar el dominio sobre bienes inmuebles".

5. En punto a prestaciones mutuas, el Tribunal *ad quem* califica al demandado como poseedor de buena fe, puesto que, explica, él "ostenta un documento privado sobre la negociación del inmueble"; y que en tal carácter tiene derecho a que el demandante le pague "las expensas necesarias y mejoras útiles que haya invertido en la conservación del inmueble, antes de la notificación de la demanda, de acuerdo con los artículos 965 y 966 del Código Civil".

III

El recurso extraordinario

Como ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación el demandado. En la correspondiente demanda y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente formula contra dicho fallo tres cargos, de los cuales se despacha el segundo que a juicio de la Corte viene fundado en razones suficientes para casar la sentencia combatida.

Cargo segundo

1. En su planteamiento se denuncia el quebranto directo, por aplicación indebida, de los artículos 669, 762, 946, 947, 950, 952, 961, 962, 963, 964, 965 y 969 del Código Civil; y de los textos 777, 780 inciso 2º; 1602 de la misma codificación y 89 de la Ley 153 de 1887, éstos por falta de aplicación.

2. En desarrollo del cargo el casacionista, después de recordar y precisar cuál fue la posición asumida por el demandado desde el momento mismo de la contestación a la demanda, en la cual claramente se planteó su defensa con fundamento en la existencia de un contrato de promesa de compraventa ajustado con su demandante, en virtud del cual éste le hizo entrega del inmueble materia de ese convenio, y de advertir que allegó al proceso los documentos de 20 de febrero de 1968 y 19 de febrero de 1964 para justificar sus asertos, pasa a desenvolver la censura así:

"No obstante haber percatado (el Tribunal) la presencia en el proceso de los documentos contentivos de la promesa de venta celebrada entre demandante y demandado; a pesar de haber tomado atenta nota de que la defensa del demandado se cimentó por modo exclusivo en el hecho de haberle sido entregado el inmueble que se reivindica en virtud de un acuerdo de voluntades con el demandante, que lo imposibilitaba legal y jurídicamente para exigir su restitución mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria; y a pesar de haber visto la cláusula contractual mediante la cual acordaron demandante y demandado que aquél le entrega el inmueble materia de la promesa de venta, el Tribunal hizo caso omiso de la existencia de la promesa y de las alegaciones del demandado, limitándose a afirmar que como del proceso aparecía que estaba poseyendo materialmente el inmueble reivindicado y se cumplían los demás elementos axiológicos de la acción, la restitución suplicada tenía que prosperar".

A renglón seguido recuerda el impugnador que según el contenido del artículo 946 del Código Civil, la acción reivindicatoria se ha consagrado a favor del dueño para protegerlo su derecho frente a quien arbitrariamente lo ha despojado del bien que le pertenece; que, por consiguiente, "no procede cuando quien lo ocupa tiene el bien, no contra la voluntad del dueño, sino por un acuerdo de voluntades entre los dos, acuerdo que es una ley para ellos según el artículo 1602 del Código Civil, cuyos derechos y obligaciones se regulan por las estipulaciones convenidas"; y que en tales eventos la restitución del bien "sólo puede reclamarla el dueño cuando de acuerdo con el contrato surge en el ocupante la obligación de entregarlo, o cuando se le ha impuesto ésta por decisión judicial".

3. Continuando en el desenvolvimiento del cargo cita el recurrente algunas doctrinas y jurisprudencias, entre éstas singularmente la sentada por la Corte el 4 de octubre de 1971, atinentes a la improcedencia de la acción reivindicatoria cuando el demandado ha entrado en la tenencia de la cosa que se pretende reivindicar por virtud de un acto jurídico celebrado con el demandante.

Y concretando el error de juzgamiento que le enrostra al sentenciador de segundo grado, expresa el casacionista que en el presente caso "la verdad procesal irrefragable, y así la reconoce el Tribunal", la constituye la existencia del contrato de promesa de venta celebrado entre demandante y demandado, en virtud del cual aquél le entregó a éste el fundo "El Recreo", o sea el que es materia de este litigio; que habiendo visto el *ad quem* ese vínculo contractual en todas sus cláusulas, consideró sin embargo al demandado como poseedor, cuando "ha debido llegar a la conclusión de que no puede el prometiente vendedor ejercitar la acción de dominio para obtener la restitución del inmueble que le entregó al prometiente comprador", puesto que media un contrato entre las partes el cual es necesario resolver o terminar primeramente.

"Mientras esto no suceda —expresa el censor—, mientras esté vigente el contrato de promesa, como acontece en el caso que se examina, no puede el prometiente vendedor desconocer la eficacia del acuerdo mediante el cual entregó el inmueble al demandado, so pretexto del ejercicio de una acción de dominio como la aquí ejercitada.

4. Pasa luego el acusador a puntualizar las violaciones de la ley sustancial que denuncia. En esta tarea estima que los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 962, 964, 965 y 969 del Código Civil fueron quebrantados al aplicarlos, pues que por disciplinar ellos la acción reivindicatoria y las prestaciones mutuas no pueden hacerse actuar en frente de quien no es poseedor.

Que la sentencia infringió al no hacerlos actuar en ella los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, que señala los requisitos para que la promesa de contrato sea válida, y el 1602 del Código Civil, "que consagra el principio de la imperatividad de las convenciones, puesto que de haberlos apli-

cado había llegado a la conclusión de que por estar vigente el contrato de promesa celebrado entre demandante y demandado, la estipulación en virtud de la cual aquél entregó a éste el inmueble cuya restitución pretende tiene fuerza obligatoria, y, por lo mismo, no puede ser desconocida por el prometiente vendedor so pretexto del ejercicio de una acción reivindicatoria a todas luces improcedente".

IV

Consideraciones de la Corte

1ª *Según los principios que informan la legislación civil en Colombia, la propiedad, la posesión y la tenencia forman una trilogía de derechos, cada uno de los cuales se halla estructurado por singulares y muy especiales elementos, que a la vez que impiden confundirlos permiten distinguirlos fácilmente.*

Consecuencia lógica de la naturaleza bien distinta que el legislador infundió a cada uno de estos tres derechos es la diferencia, por ser igualmente distintos los elementos axiológicos de cada una, de las acciones que para su protección consagra la ley positiva, a tal punto que no es dado buscar la tutela directa del dominio al través de una acción posesoria o de tenencia; ni pretender la protección judicial de la posesión o de la mera tenencia por los procedimientos establecidos para amparar la una o la otra, o por los consagrados para la eficacia de la propiedad.

2ª *Hase dicho ya que el dominio, como derecho real que es, se caracteriza por otorgar a su titular el poder de persecución, que como su nombre lo indica, lo habilita para perseguir la cosa sobre la cual recae, en manos de quien se encuentre.*

Por ello el Código Civil, después de definir el derecho real de propiedad como el que se tiene "en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno" (artículo 665), se ocupa, en el Título 12 de su libro 2º, de la acción reivindicatoria, consagrándola como el medio eficaz para hacer efectivo el atributo de persecución que es consustancial al dominio, y obtener la consecuencial restitución de la cosa a su dueño.

Por definición, la acción reivindicatoria debe dirigirse contra el poseedor, que es quien puede restituir la cosa al reivindicador (artículo 946). Por eso el artículo 952 estatuye que "la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor".

De acuerdo con el texto de estas normas legales, por regla general sólo el actual poseedor de la cosa puede ser sujeto pasivo de la demanda reivindicatoria; excepcionalmente ésta podrá dirigirse contra el que fue poseedor y dejó de serlo, pero jamás contra quien es mero tenedor de la cosa cuya restitución así se busca.

3ª *Mas como el ánimo de señor y dueño, elemento que junto con la tenencia configura la posesión, es un hecho interno y por ende no susceptible de apreciación a primera vista, el reivindicador puede, cuando ignora el carácter en el que la cosa es tenida por otra persona, dirigir la acción contra ese tenedor. Demandado en esa calidad, el mero tenedor de la cosa debe declarar que no la tiene a su nombre y expresar el de la persona a cuyo nombre la detenta y el domicilio o residencia de ésta, puesto que él, precisamente por no ser poseedor, no es legítimo contradictor en el proceso; y si oculta su situación y afronta la litis con la aparente categoría de poseedor, exponiendo con su conducta al demandante a que pierda el dominio por la prescripción que seguirá corriendo en favor del poseedor verdadero, ejecuta un hecho ilícito que lo hace responsable de los perjuicios que de él resulten para el actor.*

Tal es la preceptiva contenida en los artículos 953 y 954 del Código Civil, en concomitancia con el 59 del de Procedimiento Civil. De dicha preceptiva se infiere que no es que el legislador haya exceptuado el principio considerando al tenedor como posible sujeto pasivo de la reivindicación, sino que, justamente para determinar la persona del poseedor verdadero, le impone a aquél ciertas y determinadas obligaciones según sea la conducta que asuma en el proceso quien ha sido demandado como poseedor sin serlo realmente. De ahí que, como lo ha dicho la Corte interpretando el sentido y el alcance de los artículos 952, 953 y 954 citados, "todo esto reafirma que ese Código establece al definir la acción reivindicatoria y al precisar contra quien procede, fijando al poseedor como sujeto responsable. De otro modo, no sólo incurriría en grave contradicción, sino que desnaturalizaría la acción de dominio. Este es un conflicto entre el ocupante que a su tenencia material agrega el ánimo de señor —corpus et animus— y que por eso es poseedor y cuenta con el favor legal de presumirlo dueño, y el que sostiene serlo y que, si lo demuestra, destruirá esa presunción y lo dejará vencido". (LVIII, 172).

Y si bien es cierto que el artículo 972 ibídem, que es norma integrante del conjunto de las que

en dicha codificación regulan la reivindicación, establece que esas reglas "se aplicarán contra el que, poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haya sin ánimo de señor", no lo es menos que, como en varias oportunidades lo han pregonado jurisprudencia y doctrina, dicho texto legal no consagra ni puede consagrar una excepción a la regla fundamental de que la acción reivindicatoria se dirige contra el poseedor para obligarlo a restituir la cosa a su dueño. "No puede entenderse —ha dicho la Corte— el artículo 971 en forma tal que infirmara todo lo que claramente ha establecido respecto de posesión el mismo título que él encierra, identificando con ella la mera tenencia a efecto o hasta el extremo de hacer responsable de esa acción al mero tenedor en tesis general e indiscriminadamente". (LVIII, 172; LXXVIII, 141; LXXXII, 305; XC, 74 y CXXXIX, 163).

4º *El principio de que la acción reivindicatoria debe dirigirse contra el actual poseedor de la cosa, como ya se insinuó atrás, no es sin embargo absoluto: encuentra, consagrados positivamente, dos excepciones a virtud de las cuales puede incoarse en frente de quien habiendo sido poseedor ha dejado de serlo, así:*

a) El artículo 957 la hace extensiva contra el que "poseía de mala fe y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, como si actualmente poseyese". Y se ha dicho que es éste entonces un caso de ficta posesión en el cual la misma acción reivindicatoria es figurada, porque en el fondo, donde que se dirige contra quien ha dejado de ser poseedor, no persigue la cosa y su acción simplemente personal, que sólo se reviste del carácter de la reivindicación para hacer más ventajosa la posición del dueño, víctima de un adversario doloso; y

b) Mediante el artículo 955 ejusdem, cuando se haya hecho imposible o difícil la persecución del bien, puede dirigirse la acción reivindicatoria "contra el que enajenó la cosa", a efecto de obtener la restitución de lo que haya recibido por ella, si la enajenó de buena fe, o para la indemnización de todos los perjuicios causados si el falso irradente procedió a sabiendas de que era ajena. Pero también en esta hipótesis, como sucede en la anterior, se trata de una acción reivindicatoria figurada, porque se funda en el concepto de la subrogación real, esto es, en la sustitución, por virtud de una ficción de la ley, de una cosa por otra como objeto del derecho.

No puede olvidarse que la reivindicación es acción eminentemente real, como que nace de un derecho que tiene ese indiscutible carácter, cual es el de dominio. Y que es este el rasgo peculiar que especialmente la distingue de otras acciones de restitución que, por fundarse en un vínculo contractual entre demandante y demandado, son de naturaleza personal, las cuales por tanto pueden instaurarse por quien está ligado con éste, sea o no dueño de la cosa cuya restitución busca, puesto que en tal evento se puede ser acreedor a la entrega de un bien a pesar de que no se tenga la categoría de propietario del mismo.

5ª *En conformidad con los principios que en Colombia informan el Código Civil, los términos posesión y tenencia corresponden a dos instituciones jurídicas no solamente disímiles sino excluyentes.*

Dicho estatuto, en efecto, destaca y relieva en la posesión no sólo la relación de hecho de la persona con la cosa, sino un elemento intelectual o psicológico. Así, mediante el artículo 762 establece que "la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño", con lo cual reclama para su tipificación la concurrencia de dos elementos con fisonomía propia e independiente: el corpus, o sea el elemento material u objetivo; y el animus, *elemento intencional o subjetivo.*

Como característica esencial atribuye en cambio a la mera tenencia la falta de ánimo de señor o dueño; para ella apenas sí requiere uno de los elementos de la posesión, el corpus: de ahí que el artículo 775, sentando una regla general, preceptúe que es mero tenedor quien "tiene una cosa reconociendo dominio ajeno".

Según la teoría subjetiva o clásica, que fue la acogida en el punto por los redactores de nuestro estatuto civil, de los dos elementos que la integran es el animus *el característico y relevante de la posesión y por tanto el que tiene la virtud de trocar en posesión la mera tenencia. Para que ésta exista es bastante la detentación material; aquélla, en cambio, exige no sólo la tenencia sino el ánimo de tener para sí la cosa (*animus rem sibi habendi*), o sea el de tenerla como señor o dueño (*animus domini*).*

Infiérese entonces de lo dicho que la tenencia material de una cosa no basta por sí sola para diferenciar al poseedor del tenedor, y de ahí que a primera vista, tomando en consideración exclusivamente el comportamiento externo de quien tiene la cosa, puedan confundirse fenómenos de suyo diferentes como son la posesión y la mera tenencia. Es realmente el factor psicológico

apunlado el que permite determinar en un caso dado si se está en frente a un poseedor o a un mero tenedor: si detenta la cosa con ánimo de señor o dueño, sin reconocer dominio ajeno, se tratará de un poseedor; si la tiene pero reconociendo sobre ella el dominio de otra persona, será entonces un simple tenedor.

"Ciertos actos —dijo la Corte en sentencia de 27 de octubre de 1945 — como el de arrendar y percibir los cánones, sembrar y recoger las cosechas, cercar, hacer y limpiar desagües, atender a las reparaciones de una casa o terreno dados, no implican de suyo posesión, pues pueden corresponder a mera tenencia, ya que para aquélla han de ser complementados con el ánimo de señor o dueño, exigido, como base o razón de ser de la posesión, por la definición misma que de ésta da el artículo 762 del Código Civil...". (LIX, 733).

6ª Si por definición la posesión supone la concurrencia en el mismo individuo del corpus y del animus, lógico es que ella no se adquiera, por regla general, sino desde el instante en que se unan esos dos presupuestos frente a una cosa determinada en la misma persona. Pero si para adquirirla se requiere, en principio, la unión de esos dos elementos, para conservar la posesión basta, generalmente, mantener su elemento subjetivo. Tal es lo que se infiere de la preceptiva contenida en los artículos que integran el Capítulo 2º del Título 7º del Libro 2º del Código Civil.

Y si bien es verdad que, como lo predica la doctrina, en principio depende de la voluntad de la persona el que haya posesión o tenencia, también lo es que cuando se alega algún título para justificar la primera, tal ánimo de señor o dueño no solamente debe existir en el fuero interno del sedicente poseedor, sino que además debe aparecer del título mismo en virtud del cual se detenta. De ahí que, en cada caso, la determinación de la adquisición de la posesión varíe según el antecedente que se invoque.

Al efecto la doctrina del derecho ha distinguido, así:

a) Si se invoca el simple apoderamiento de la cosa como antecedente único de la posesión, ese simple hecho basta para adquirirla, puesto que, como lo dispone el artículo 787 ibídem, "se deja de poseer una casa desde que otro se apodera de ella, con ánimo de hacerla suya; y

b) Cuando se alega título como antecedente para poseer la cosa, es preciso distinguir si dicho título es o no traslaticio de dominio. Si lo primero, es claro que mediante él el enajenante se desprenda del animus domini, *el cual por consiguiente pasa al adquirente; si lo segundo, resulta evidente que el elemento intencional o psicológico de la posesión, salvo expresa estipulación en contrario, tiene que continuar y en efecto continúa en quien entrega la cosa, desde luego que el otorgamiento del título de esa clase no permite inferir, contra lo que ese título de por sí significa, que el dador de la cosa se ha desprendido de su dominio sobre ésta.*

Cuando el prometiente comprador de un inmueble lo recibe por virtud del cumplimiento anticipado de la obligación de entrega que corresponde al contrato prometido, toma conciencia de que el dominio de la cosa no le corresponde aún; que de este derecho no se ha desprendido todavía el prometiente vendedor, a quien por tanto el detentador considera dueño, a tal punto que lo requiere para que le transmita la propiedad ofrecida. Para que la entrega de un bien prometido en venta pueda originar posesión material, sería indispensable entonces que en la promesa se estipulara clara y expresamente que el prometiente vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa, pues sólo así se manifestaría el desprendimiento del ánimo de señor o dueño en el prometiente vendedor, y la voluntad de adquirirlo por parte del futuro comprador.

7ª En el caso de este proceso, como lo aceptan ambas partes contendientes y lo reconoció el Tribunal en su sentencia, Gutiérrez Sandoval prometió vender a su hijo Eugenio Gutiérrez Romero el predio litigado, mediante contrato por ellos ajustado inicialmente el 20 de febrero de 1965 y refrendado posteriormente en documento de 19 de enero de 1974, comprometiéndose los otorgantes a otorgar la escritura pública respectiva "en el término de seis meses, o una vez que el comprador se provea de la libreta de servicio militar"; no hay en el documento contentivo del contrato prometido estipulación expresa o implícita alguna que indique que el primero se desprendió desde entonces de su dominio sobre la cosa, no obstante que ésta le fue entregada al prometiente comprador, quien entonces la recibió como mero tenedor, calegoría ésta que invocó reiteradamente para sustentar su defensa, tanto en la contestación a la demanda como en todas sus alegaciones posteriores.

Corrobora esta conclusión de la Sala el hecho de que el propio demandante manifiesta, en la afirmación 5ª de su libelo, que cuando entregó el inmueble a su hijo lo hizo sin desprenderse de

su ánimo de señor o dueño, pues allí expresa que el origen de la posesión que a éste atribuye está en que el demandado se aprovechó "del hecho de que su padre lo había encargado de ayudarlo en la administración del predio 'El Recreo'...".

8ª La verdad procesal que en el presente caso brilla con luz propia, y cuya evidencia aceptan las partes y con ellas el Tribunal, es la existencia de un contrato de promesa de compraventa ajustado entre demandante y demandado desde 1968, en virtud del cual aquél le entregó a éste el predio "El Recreo", materia de dicho pacto y de esta reivindicación. Así las cosas, la tenencia material del fundo que ahora ostenta Gutiérrez Romero forma parte integrante de un acuerdo de voluntades que los contratantes deben respetar, por constituir un imperativo legal para ellos al tenor del artículo 1602 del Código Civil.

Si en estas singulares circunstancias, Gutiérrez Sandoval pretende que su hijo le restituya el bien que aquél le entregó en ejecución de una convención jurídica por ellos acordada, tendrá que proceder previamente a demandar la resolución de ese pacto o a pedir la declaración de nulidad. Mientras ello no suceda, mientras el contrato se halle vigente no es jurídico que el prometiente vendedor, por la vía de una acción reivindicatoria improcedente, le desconozca por sí y ante sí eficacia jurídica a un pacto del cual surgen para él determinadas obligaciones.

9ª En sentencia de 4 de octubre de 1971, proferida en el proceso ordinario de Matilde Restrepo de Rivera contra Augusto Restrepo, publicada en el tomo CXXXIX de la *Gaceta Judicial*, precisando el alcance del artículo 971 del Código Civil, dijo la Corte que dicha norma establece una "acción de restitución de carácter personal y no real, puesto que se consagra contra el detentador indebido, en la cual, por tanto, es innecesaria la prueba del dominio, debiéndose en cambio acreditar el vínculo contractual existente entre demandante y demandado en virtud del cual éste tiene la cosa".

En ese mismo fallo la Corte sentó la siguiente doctrina, cuya vigencia reclama su aplicación en el presente caso para advertir la improcedencia de la acción reivindicatoria instaurada: "...El injusto detentador puede haber entrado en la tenencia de la cosa, ora en virtud de un acto jurídico celebrado con el demandante y que le imponía la obligación de restituírsela al vencimiento de un plazo o al cumplirse una condición, o ya por razón de un contrato acordado con el causante del derecho del actor. En ambas hipótesis el demandante, para obtener la restitución del bien y por cuanto pretende hacer valer un derecho de crédito y no un derecho real, tiene a su favor la acción que emana del contrato, que es por tanto la que debe instaurar; en tal evento al demandado se le aplican las reglas que respecto de deterioros, frutos y mejoras establece el título de la reivindicación, por mandato del artículo 971 citado. No puede por consiguiente ejercitarse en estos supuestos la acción reivindicatoria, no sólo porque media un contrato entre las partes cuyos términos son los que rigen las relaciones que el acto crea entre ellas, sino también porque para tutelar jurisdiccionalmente un derecho es menester, a más de la plena demostración de su existencia, que el reconocimiento se suplique por los trámites consagrados por la ley al respecto, desde luego que las normas procesales son de orden público y por ende de obligatorio cumplimiento".

10. Dedujo el Tribunal, y sobre tal conclusión edificó principalmente su sentencia, que el demandado Gutiérrez Romero es poseedor del predio "El Recreo", por haberlo recibido de manos de su padre en virtud de un contrato de promesa por ellos ajustado desde 1968.

No obstante, pues, haber encontrado la preexistencia de una relación contractual entre las partes, origen de la tenencia material del predio por el demandado el *ad quem* estimó a éste como poseedor de ese fundo y consiguientemente decretó la reivindicación que en su favor suplicó el demandante. Al decidir así el Tribunal quebrantó con su fallo, por aplicación indebida, los artículos 762, 946 y 952 del Código Civil al acoger la pretensión reivindicatoria en ausencia de uno de sus presupuestos esenciales; y al desconocerle efectos al contrato de promesa de compraventa, sin que tal cuestión se hubiera aducido como extremo o parte integrante del *thema decidendum*, quebrantó por inaplicación los artículos 1602 de la misma codificación y 89 de la Ley 153 de 1887.

11. Corolario obligado de todo lo expuesto es entonces el de que el fallo impugnado extraordinariamente tiene que ser casado.

V

Sentencia sustitutiva

Por todas las razones consignadas en el Despacho del cargo que encontró prosperidad, se impone deducir, pues, que es legalmente improcedente en este caso la acción reivindicatoria

deducida en la demanda con la cual se inició el proceso. Y como así lo decidió la sentencia de primera instancia, por lo que absolvió al demandado, este fallo tiene que ser entonces confirmado.

Se debe condenar al demandante en las costas de las dos instancias del proceso, en acato a lo preceptuado por el numeral 4º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

VI

Decisión

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de quince (15) de noviembre de mil novecientos setenta y nueve (1979), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en este proceso ordinario, y actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve:

Primero. CONFÍRMASE la sentencia de primer grado, proferida en este mismo proceso por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio el veintitrés (23) de abril de mil novecientos setenta y nueve (1979).

Segundo. CONDÉNASE al demandado al pago de las costas causadas en las dos instancias del proceso; y

Tercero SIN COSTAS en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda
Secretario General.

REIVINDICACION

No incurre en incongruencia el fallador cuando habiéndosele pedido la restitución de todo el bien de cuyo dominio es titular el demandante, encuentra que sólo una parte de él es poseída por el demandado y, en consecuencia, ordena la devolución de dicha parte.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Horacio Montoya Gil.

Bogotá, junio 30 de 1980.

Se decide el recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de 16 de noviembre de 1979, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario promovido por *José Alirio Vega* y *Griselda Villamil G.*, frente a *Luis Enrique Peláez Ruiz.*

I

Antecedentes

1. Mediante libelo repartido el 19 de agosto de 1978 al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué, José Alirio Vega y Griselda Villamil demandaron a Luis Enrique Peláez a fin de que, previa la tramitación prevista para el proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que son propietarios del predio rural denominado "San José", situado en la fracción de Bermellón, jurisdicción del Municipio de Cajamarca y comprendido dentro de los linderos que en la misma demanda consignan;

b) Que el demandado Luis Enrique Peláez debe restituirles dicho inmueble a la ejecutoria de la sentencia;

c) Que se condene al demandado a pagarles el valor de los frutos civiles o naturales dejados de percibir desde el día en que se hicieron dueños del bien; y

d) Que se condene igualmente al demandado al pago de las costas procesales.

2. Los hechos señalados por los demandantes como constitutivos de la *causa petendi*, se sintetizan así:

a) Por compra hecha a Victoriano Arias Giraldo, mediante Escritura pública número 829 de 6 de marzo de 1978 de la Notaría Segunda del Círculo de Cali, registrada el 17 del mismo mes y año, en el libro número 1º, Tomo 1º, folio 340, partida 54 de la Oficina de Cajamarca, los demandantes adquirieron el dominio sobre la finca rural denominada "San José", situada en la fracción de Bermellón, comprensión territorial del Municipio de Cajamarca y demarcada por los siguientes linderos:

"Partiendo de la desembocadura de la quebrada de La Plata, en el río Bermellón, por dicha quebrada aguas arriba, hasta encontrar el mojón de piedra clavado al pie de dos palos santos en la margen de dicha quebrada; de este punto y siguiendo de travesía, hasta encontrar un tercer mojón de piedra clavado en la margen izquierda de la quebrada de La Guala, por el curso de esta quebrada aguas arriba, hasta desembocar en la quebrada llamada Zanjón Hondo, ésta aguas arriba, a dar al cuarto mojón de piedra clavado en la cuchilla de El Potosí por el filo de dicha cuchilla abajo hasta dar con el cerco más alto que se encuentra en la misma cuchilla de Helechal; hasta su término, de éste punto y siguiendo por las mangas del vendedor (Jesús R. Muñoz) hasta llegar a un árbol llamado Saca Ojo, al pie del cual existe un mojón de piedra de maní blanco, de este mojón en línea recta, a dar al sexto mojón de piedra clavado en la margen izquierda de la quebrada La Toma, ésta aguas abajo, hasta el desagüe en el río Bermellón y éste aguas arriba hasta encontrar la boca de la quebrada La Plata, primer punto de partida".

b) Luis Enrique Peláez "viene ocupando dicha finca y ejecutando actos posesorios en vía

de adquirir por prescripción dicha finca y se ha negado reiteradamente, a hacer entrega material" a sus dueños;

c) El señor Peláez Ruiz fue requerido judicialmente, a petición de los demandantes, para que les entregara la finca "San José". Igualmente fue citado por los mismos a la Oficina del Trabajo y Seguridad Social de Ibagué, pero no concurrió el día y hora señalados, todo lo cual, sumado al hecho de que "ha plantado matas de arracacha y especialmente pastos", hace que se le deba considerar como poseedor de mala fe.

3. Oportunamente el demandado dio respuesta al libelo oponiéndose a las pretensiones de los actores; y, en cuanto a los hechos, dijo no constarle algunos, aceptó parcialmente otros y negó los demás.

Al referirse a la aseveración de los demandantes de que venía "ocupando dicha finca y ejecutando actos posesorios en vía de adquirir por prescripción dicha finca", acepta que es ello cierto pero negó que tal posesión se extendiese a todo el inmueble identificado en el hecho primero, pues "sólo posee una franja longitudinal de Oriente a Occidente y en la parte más septentrional de la finca, ...dicha franja, precisa, tiene una superficie aproximada de veintiuna (21) hectáreas, está totalmente sembrada en cultivos de pan coger de la región y tiene los siguientes linderos generales:

"Por el Sur, el Occidente y el Norte, con terrenos de la misma finca 'San José', poseídos por el actor José Alirio Vega y la señora, también actora, Griselda Villamil García; y, por el Oriente, con propiedades de Leonidas Jiménez". Igualmente acepta haberse negado a la entrega para la cual se le requirió por cuanto ha tenido una posesión "quieta, pacífica, ininterrumpida y concretada por actos positivos de posesión" que data de unos 24 años atrás.

4. En el mismo escrito de réplica, el demandado alegó la excepción de prescripción extintiva, invocando como fundamento, fuera de las disposiciones contenidas en los artículos 2512 y siguientes del Código Civil, lo dicho anteriormente y, además, los hechos que precisa así: La finca "San José", cuyos linderos generales se incluyen en la demanda, está dividida en tres secciones principales: a) En el extremo Sur-Oriental un lote de tres o cuatro hectáreas, con casa de habitación ocupado por Darío Cuenca y su familia; b) Otro en la parte Sur-Oriental poseído por los demandantes; y c) El formado por la franja longitudinal de Oriente a Occidente, descrito anteriormente y que es el poseído por él. De tales circunstancias resulta dice, finalmente, el demandado: "a) Que no esté obligado a restituir los lotes o sectores a) y b) de que se habló en el punto segundo, porque no los posee. b) Que no esté obligado a restituir el lote, y c) que sí posee por el fenómeno de la prescripción".

5. Trabada en estos términos la relación procesal, y agotada la tramitación prevista por el código, el Juzgado de conocimiento puso término a la instancia mediante sentencia de 27 de junio de 1979, en la cual, al tiempo que desestimó la excepción de prescripción, acogió las súplicas de la demanda y condenó al demandado a restituir a los actores el lote por él poseído, según la identificación hecha en la contestación de la demanda; así mismo lo condenó a pagar *in genere* el valor de los frutos como poseedor de mala fe, le impuso las costas del proceso y, en cuanto a mejoras, le reconoció el derecho consagrado en el inciso final del artículo 966 del Código Civil.

6. En razón de la apelación propuesta por el demandado contra la decisión de primera instancia, conoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, quien, al decidir el mérito del recurso, en sentencia de 16 de noviembre de 1979 revocó el fallo impugnado y, en su lugar, negó las súplicas de la demanda e impuso las costas de ambas instancias a los demandantes.

7. Inconformes los demandantes con la decisión anterior, en la debida oportunidad interpusieron el recurso extraordinario de casación, el que por estar debidamente tramitado procede la Corte a resolver.

II

Sentencia del Tribunal

1. Hecha una relación de los antecedentes del litigio y la forma como fueron agotadas las diferentes etapas procesales, el Tribunal inicia sus consideraciones con el estudio de la excepción de prescripción extintiva de la acción propuesta por el demandado, con fundamento en el hecho de que desde hacía 25 años aproximadamente venía poseyendo el bien que se pretende reivindicar. Después de referirse a los testimonios de Enrique Pineda, José del Carmen Preciado y Eduardo Coriés, quienes hablaron de una posesión de parte del demandado de más de 20 años, los dos primeros, y el último de sólo 15 y destacar que el mismo demandado, en consonancia con lo expuesto por el último de los testigos, manifestó ante el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Cajamarca, cuando fue

requerido para la entrega, que sólo llevaba 15 o 16 años de posesión de dicho lote, procedió el fallador de segundo grado a desechar esa defensa de mérito, cuya improcedencia, dice, había admitido el mismo excepcionante en su alegación de primera instancia.

2. Emprende luego el sentenciador de segunda instancia el análisis de fondo del litigio, no sin precisar antes que con arreglo a los términos del libelo que dio origen al proceso, los demandantes "instauraron la acción reivindicatoria o de dominio de todo el inmueble denominado 'San José' ubicado en el Municipio de Cajamarca, vereda de Bermellón, cuya ubicación y linderos se encuentran precisados en el hecho primero (1º) de la demanda (sic), por tanto es desacertado el criterio del Juez del conocimiento al afirmar que 'los demandantes como propietarios del inmueble (San José) ubicado en la región de Bermellón, Municipio de Cajamarca, solicitan o ejercen la acción de dominio, *para pedir la restitución de un lote que hace parte del predio mencionado, y que ocupa el demandado Luis Enrique Peláez*'".

3. Puntualizada así la realidad procesal y probatoria del caso a estudio, con transcripción de otra providencia de ese mismo Tribunal, en la cual se citan conceptos doctrinarios y también jurisprudencias de la Corte sobre el punto, dice el fallador de segundo grado que el litigio ha de decidirse siguiendo la preceptiva del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

En apoyo de esta segunda conclusión, el Tribunal apunta que según reiterada jurisprudencia de la Corte "al juzgador corresponde aplicar la ley, aunque ésta no se señale en la demanda o se invoque la que no encuadre exactamente con los hechos que sirvan de base a la acción ejercitada, pero también ha sido reiterada dicha jurisprudencia en el sentido de que, al juzgador no le es permitido en forma alguna alterar los términos de la relación jurídico-procesal, por cuanto uno de los efectos de ésta es la facultad que la ley otorga al demandado para impedir que se modifique o se cambie la acción escogida y sus fundamentos de hecho. Por ello el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil impone que: 'La sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla'".

Y continúa transcribiendo el fallador *ad quem*: "El procesalista Chiovenda refiriéndose al punto en estudio expresa: 'La actividad del Juez no tiene límites' 'jura novit curia' (sic) y como ya hemos observado no precisa ninguna petición especial de la parte, ni el acuerdo de las partes puede, en modo alguno impedirla, pero en cuanto a la determinación y declaración de los hechos la posición del Juez es muy distinta. El Juez no puede sustituir el hecho constitutivo hecho valer por la parte por un hecho constitutivo diferente, tal que haga diferente la demanda. (Derecho Procesal Civil, Tomo II, págs. 201 y 202) se subraya".

4. Finalmente, volviendo otra vez al litigio promovido al señor Luis Enrique Peláez por José Alirio Vega y Griselda Villamil García, recuerda el Tribunal que para la prosperidad de la acción reivindicatoria se requiere de la concurrencia de los cuatro elementos que doctrinaria y jurisprudencialmente se han indicado tradicionalmente como esenciales a ella.

Concretando su actividad al análisis del presupuesto de la identidad que debe existir entre el bien objeto de la reivindicación y el poseído por el demandado, anota el sentenciador que "en el presente caso, *se encuentra establecido que los demandantes pretenden la reivindicación de todo el inmueble denominado* San José, *pero sucede que consta en los autos (Contestación de la demanda, Inspección judicial y Dictamen pericial), que el demandado no posee todo el inmueble sino un lote de terreno que hace parte del mismo*".

De lo expuesto en el aparte que se acaba de transcribir, infiere el Tribunal que en el caso litigado no quedó establecida la identidad que debe existir entre el bien de que son titulares los demandantes y el poseído por el demandado.

III

El recurso extraordinario

Con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente formula contra la sentencia que se dejó extractada dos cargos, de los cuales se despachará el primero por cuanto a juicio de la Corte está llamado a prosperar.

Cargo primero. 1. Al plantearlo el casacionista denuncia el quebranto directo de los artículos 669, 762, 946, 947, 952, 961, 962, 963, 964 y 969 del Código Civil y 305 inciso 3º del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación al caso litigado.

2. En desarrollo del cargo, el recurrente empieza por destacar, con transcripción de los apartes pertinentes del fallo, cómo el Tribunal, después de precisar que se trata de la acción de

dominio que consagra el artículo 946 del Código Civil y de señalar sus elementos axiológicos, se detiene en el análisis del requisito de la identidad que debe existir entre el bien objeto de la reivindicación y el poseído por el demandado, para concluir luego que no quedó establecida tal identidad.

Basta la sola lectura de los apartes en que el fallo se refiere al elemento identidad del bien objeto de la pretensión del reivindicador con el poseído por el demandado, dice el censor, para advertir "no sólo la forma superficial como el Tribunal examinó el caso litigado, sino la confusión en que incurrió acerca de dos cuestiones fundamentales distintas, como son la falta de determinación o de identidad del inmueble que se reivindica y el fenómeno procesal de la *plus petitio*. Una cosa, en efecto, es que el demandante pretenda o reivindique un globo de terreno debidamente determinado por su ubicación y linderos, pero no demuestre su derecho de dominio sobre la totalidad del mismo sino sobre una parte, o no pruebe la posesión del demandado sobre todo el globo sino sobre una porción de éste, caso en el cual el sentenciador debe limitar el reconocimiento de la pretensión del demandante a lo que realmente tiene derecho.

"Si el demandante, continúa el recurrente ya citando a la Corte, impetró la declaración de propiedad sobre zonas de terreno cuyo contenido espacial determinó en su demanda, y el fallador, al estimar probado el derecho alegado *pero solamente sobre parte de esa extensión*, limita a ésta su reconocimiento, se está entonces en presencia de un fallo *infra petita* que, por corresponder al fenómeno de la *plus petitio*, se distancia totalmente del defecto de incongruencia. No se trata, en tal supuesto, de que el Juez omita decidir, en todo o en parte, acerca de las pretensiones deducidas en la demanda (*mínima petita*); sino de que al resolver acoge en parte esas súplicas y en parte las deniega" (CLVII, 216).

3. Más adelante, al referirse a la doctrina de la Corte citada por el Tribunal en el fallo impugnado, dice el censor que siendo evidente que "el proceso civil contiene una relación jurídica que se denomina relación jurídica procesal, la que, debido a tal carácter ata y vincula a las partes y al Juez mientras subsista, y que constituida dicha relación, queda establecido el ámbito en que ha de desenvolverse el proceso, según los términos de la demanda y su contestación y delimitado el campo de la decisión del Juez", también lo es que "la limitación que el *petitum* de la demanda impone al Juez sólo le impide reconocer un derecho superior o distinto del reclamado en ella, pero no reducir la pretensión cuando se prueba en el proceso que el demandante tiene derecho a menos de lo pedido".

En apoyo de este planteamiento, el impugnante en casación arguye que ese es el contenido normativo del artículo 210 del anterior Código Judicial al decir que "si el demandante pide más de lo que se le debe, el Juez sólo le declarará el derecho a lo que pruebe que se le adeuda" y es también la razón de ser de la norma consignada en el artículo 305 del actual ordenamiento procesal, el cual, después de decir que la sentencia debe ser congruente con las pretensiones aducidas en la demanda y con las excepciones, estatuye que no podrá, en consecuencia, condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, y que "si *lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último*".

Precisando más los alcances de los citados artículos 210 y 305, el impugnante cita y transcribe conceptos doctrinarios y también importantes jurisprudencias de la Corte (Devis Echandía, Tratado de Derecho Procesal Civil, T. III, pág. 358 y *Gaceta Judicial*, XLV, 307; LXIV, 234).

4. Concretando el error de juzgamiento que imputa al sentenciador de segundo grado, expresa el casacionista que "el Tribunal vio que en la demanda introductoria del proceso se pretendía la reivindicación del globo de terreno denominado 'San José', debidamente determinado por sus linderos, como lo pone de presente la transcripción que hace del hecho primero del libelo; vio, así mismo, la afirmación contenida en el hecho tercero, transcrito en la sentencia, de que el demandado posee la totalidad del globo que se reivindica; y se dio cuenta, igualmente, de que en el proceso se halla establecido que el demandado sólo se halla en posesión de parte del inmueble que se pretende reivindicar, o sea la determinada por aquél tanto al contestar el hecho tercero de la demanda como al exponer los fundamentos de la excepción alegada, a la cual se refiere explícitamente el sentenciador para declararla no probada.

"De ahí que al estudiar la pretensión del demandante hubiera dicho: 'En el presente caso, *se encuentra establecido que los demandantes pretenden la reivindicación de todo el inmueble denominado* San José, pero sucede *que consta en los autos (contestación de la demanda, inspección judicial y dictamen pericial)*, que el demandado no posee todo el inmueble *sino un lote de terreno que hace parte del mismo*' ".

Y agrega, finalmente el censor, que "si se hallaba establecido en el proceso, como realmente lo está, que los demandantes reivindican la totalidad del predio 'San José', de que son dueños, y que el demandado sólo está en posesión *'de un lote de terreno que hace parte del mismo'*, en lugar de negar la pretensión reivindicatoria, so pretexto de que no existe identidad entre el todo y la parte, ha debido, dando aplicación al artículo 305, inciso 3º del Código de Procedimiento Civil, reconocer el derecho de aquéllos sobre la parte poseída por el demandado. Como el demandante no demostró que el demandado poseía la totalidad del predio 'San José', sino una parte del mismo, que el propio demandado determinó en la contestación de la demanda y que se verificó con la inspección judicial y el dictamen pericial a que alude el sentenciador, llegó éste a la conclusión de que había que negar la demanda de reivindicación. Conclusión que la Corte calificó de absurda en la sentencia a que me refiero en el número 4, pues que realmente es absurdo decidir adversamente la pretensión del demandante 'desde que no demuestre el derecho a la totalidad de lo que pide, *aunque resulte fehacientemente acreditado respecto de parte de lo que demanda*', como acontece en el caso sub lite".

5. Ya en el último aparte de la fundamentación, concluye el recurrente, de lo dicho se sigue que el Tribunal violó el precepto del artículo 305 inciso 3º del Código de Procedimiento Civil que de manera terminante, sin salvedades, dispone que "si lo pedido por el demandante excede *de lo probado*, se le reconocerá lo último" y quebrantó los preceptos "señalados en el encabezamiento del cargo, que consagran el derecho del dueño a que el poseedor le restituya el bien o la parte del bien de que está en posesión, con sus frutos naturales y civiles a partir de la ocupación del mismo, como en el caso *sub lite* se trata de poseedor de mala fe. Incurrió de esta suerte el Tribunal en un evidente error *iuris in judicando* que se debe corregir".

IV

Consideraciones de la Corte

1ª *El Código Civil, en el tratado de las cosas incorporales, se refiere al derecho* real *como aquél que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona; y, entre los derechos de esa naturaleza, enumera el de* dominio o propiedad *que define en su artículo 669 diciendo que "es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno".*

2ª *Dada la manera especial de ser de este derecho, es posible que en un momento dado se encuentren disgregados la titularidad y el poder de hecho sobre la cosa, esto es, que una persona sea la titular de la propiedad y otra distinta la poseedora. Mas, como tal hipótesis resulta ser contraria a la normalidad jurídica, al igual que en todas aquellas situaciones en que la propiedad y la relación posesoria no concurran en una misma persona, como medio de protección judicial del derecho de señorío, la ley confiere al propietario la acción reivindicatoria cuyo objeto principal es, justamente, obtener la recuperación de la cosa que se halle en poder de persona diferente.*

Puede acontecer, sin embargo, que la privación del poder de hecho o posesión de que llegue a ser víctima el propietario de la cosa no recaiga sobre su totalidad como, cuando, tratándose de inmuebles, tal privación sea sólo de una parte, y no sobre la integridad. También en este caso el titular del derecho de dominio puede invocar de la jurisdicción la tutela de su derecho parcialmente vulnerado o desconocido por detentador con ánimo de señor y dueño.

Cuando el cercenamiento del derecho de dominio es parcial, frente a las normas positivas y la doctrina de la Corte, no se remite a duda que es viable la tutela judicial a través de la acción reivindicatoria. Mas, es claro que en tal eventualidad, si el propietario demanda la restitución de todo el bien de que es titular, sólo se le podrá reconocer derecho a recuperar lo que ciertamente posea el demandado. Tal era el contenido normativo del artículo 210 de la Ley 105 de 1931, que era igual al 273 del anterior ordenamiento ritual y así lo establece también el artículo 305 del actual Código cuando, después de prohibir los fallos ultra y extra petita, dice en su inciso 3º que "si lo pedido por el demandante excede lo probado, se le reconocerá solamente lo último".

3ª En armonía con los anteriores principios y relevando su finalidad esencial, el Código Civil en su artículo 946 define la reivindicación, llamándola también acción de dominio, como "la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla"; definición de la cual se infiere, además, quienes, en caso de controversia, se hallan legitimados tanto por el aspecto activo como por el pasivo.

De la transcrita definición de la acción de dominio, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han señalado como condiciones de éxito de la pretensión restitutoria del reivindicante, las siguientes: a) Cosa *singular* reivindicable o *cuota determinada* de cosa singular; b) *Derecho de dominio* en el demandante; c) Posesión material en el demandado; y d) Identidad entre la cosa que se pretende y la poseída.

En el caso de este proceso, los demandantes solicitaron en el libelo que lo motivó, que el demandado fuese condenado a restituirles, juntamente con sus frutos, el inmueble que habían adquirido en virtud del contrato de compraventa de que da cuenta el título que para acreditar el dominio presentaron como anexo a la demanda. La prueba incorporada legalmente al plenario dio como resultado, tal como lo aceptan las partes y lo destacan tanto el fallador de primera instancia como el Tribunal, que el demandado sólo posee una parte del bien definido del inmueble identificado por los linderos generales en el libelo; porción que tiene una cabida de veintiuna (21) hectáreas y que fue claramente determinado por sus linderos.

Ese análisis de la realidad procesal fue el que llevó al sentenciador de segundo grado a decir que "en el presente caso, se encuentra establecido que los demandantes pretenden la reivindicación de todo el inmueble denominado 'San José', pero sucede que consta en los autos (contestación de la demanda, inspección judicial y dictamen pericial), que el demandado no posee todo el inmueble sino un lote de terreno que hace parte del mismo".

4ª No obstante, pues, la concurrencia de las condiciones de éxito de las pretensiones de los reivindicantes, así fuere relativamente a parte del globo general, sostuvo el Tribunal que no estaba establecido el presupuesto de la identidad, ya que "una cosa es el inmueble 'San José', a que se refiere el título escriturario relacionado en la demanda y la súplica primera de la misma, que es el objeto material del litigio según ésta, y otra muy distinta la porción del dicho inmueble poseída materialmente por el demandado según las pruebas" allegadas al proceso. Fue precisamente este desacertado razonamiento, el de querer establecer identidad del todo con la parte, el que llevó al sentenciador de segundo grado a desestimar las súplicas de los demandantes, incurriendo así en error *iuris in iudicando*, como que dejó de hacer actuar las normas indicadas por el casacionista como infringidas. Estando subsumidos en ellas, como en realidad lo están, los hechos constitutivos de la *causa petendi*, resulta evidente que procedía el decreto de la reivindicación del lote que posee el demandado y que se halla enclavado en el globo general de terreno de que son titulares los demandantes.

De lo expuesto tiene que seguirse que la sentencia recurrida en casación debe quebrarse y así lo hará la Corte en la parte resolutiva de este fallo, para, en su lugar y como Tribunal de instancia, dictar la que deba reemplazarla.

V

Sentencia sustitutiva

1. Por todas las razones expuestas en el Despacho del cargo hallado procedente, fluye la conclusión que por estar reunidas las condiciones de éxito de la reivindicación se impone el acogimiento de las súplicas de los demandantes.

En efecto, con las copias registradas de los títulos de adquisición de los demandantes, quedó establecido tanto el dominio de los actores sobre todo el globo de terreno que conforma la finca "San José" como respecto del lote que viene ocupando el demandado. Y, con la confesión del demandado, las declaraciones de Enrique Pineda, José del Carmen Preciado y Edmundo Cortés, lo constatado por el Juez *a quo* dentro de la inspección judicial y lo dicho por los peritos, quedaron demostrados los restantes presupuestos de la reivindicación del lote poseído por el demandado.

Para dar por establecidas en el caso *sub judice* las condiciones de éxito de los reivindicantes, relativamente al lote poseído por el demandado, dada la circunstancia de que éste alegó como excepción la prescripción extintiva, basta anotar que, conforme a jurisprudencia reiterada de la Corte, por ese solo hecho se han de dar por acreditados tres de los elementos de la acción consagrada por el artículo 946 del Código Civil.

"La alegación hecha por el apoderado de una prescripción adquisitiva, como excepción en la contestación de la demanda, y como acción en la contrademanda, dentro de un proceso reivindicatorio de cuerpo cierto, ha dicho la Corte, conlleva el reconocimiento de tres de los elementos de la acción de dominio: posesión en el demandado, singularidad o identidad de la cosa. Tal manifestación implica confesión de tales hechos, según el artículo 607 del Código Judicial". (*Gaceta Judicial*, Tomo XCV, número 2239, pág. 443).

2. Así que, procediendo la reivindicación, y no habiendo exhibido el demandado título algu-

no, se le considerará, para efectos de las prestaciones mutuas, como poseedor de mala fe. A más de ello, fue requerido judicialmente por los demandantes para la entrega de lo poseído y también citado ante los funcionarios del trabajo, a todo lo cual se mostró renuente.

De otro lado, si como dice el título de propiedad de los demandantes, el demandado fuese alguno de los que genéricamente se enuncian como arrendatarios en la finca, esa sola circunstancia sería suficiente para considerarlo como poseedor de mala fe conforme a lo previsto por el artículo 2531 del Código Civil.

3. Finalmente, como según lo expresado por el demandado, primero cuando fue requerido judicialmente para la entrega y luego en su alegato presentado ante el Juez de primera instancia, y lo dicho por el testigo Eduardo Cortés, la posesión no copó el término exigido por el Código, la excepción de prescripción extintiva de la acción de dominio no puede prosperar.

Como las conclusiones anteriores son las mismas a que arribó la falladora de primera instancia, su decisión será confirmada con costas de la segunda a cargo del demandado en acato a lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

VI

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA la sentencia de 16 de noviembre de 1979, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario, y actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve:

Primero. CONFÍRMASE la sentencia de primer grado, proferida en este mismo proceso por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué, de junio veintisiete de mil novecientos setenta y nueve.

Segundo. CONDÉNASE al demandado al pago de las costas de la segunda instancia del proceso; y

Tercero. SIN COSTAS en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda
Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA

Elementos que configuran la cosa juzgada: identidad de objeto de causa y de partes. El error de hecho en la interpretación de la demanda debe ser manifiesto, evidente, para la procedencia del recurso.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Alberto Ospina Botero.

Bogotá, junio 30 de 1980.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 9 de julio de 1979, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario adelantado por María Yolanda Alzate de Agudelo contra Jaime y William Berrío Tamayo.

Antecedentes

I. Por demanda de 26 de mayo de 1976, pidió la mencionada María Yolanda Alzate que, con citación de los demandados, se le declárase dueña del bien raíz descrito en el hecho primero del libelo y se condénase a los últimos a restituirle el inmueble de que da cuenta la demanda, junto con sus frutos civiles y naturales a partir de la contestación del libelo o desde la época en que iniciaron la detentación.

II. Los hechos fundamentales de la demanda pueden resumirse así:

a) Que por Escritura pública número 6560 de 29 de diciembre de 1972, de la Notaría Tercera del Círculo de Medellín, debidamente registrada, la demandante adquirió de María de Jesús, Gilberto y Guillermo Jaramillo Arango el derecho de dominio que éstos tenían sobre un lote de terreno, situado en el barrio "Las Granjas" del Municipio de Bello y distinguido por los linderos siguientes:

"Por el frente, con la calle 51, antes carrera 7 Vélez; por un costado, en parte con propiedad que Timoteo Jaramillo vendió a María Lilia Restrepo M., por Escritura número 3551 de 21 de agosto de 1952 de la Notaría Tercera de Medellín; por atrás o centro, con propiedad de sucesión de Timoteo, Guillermo y Gilberto Jaramillo; y por el otro costado con propiedades que son o fueron de Pablo Castro, que obtuvo por Escritura número 1148 de 28 de marzo de 1951 de la Notaría Tercera de Medellín, y de Carmelina Moreno de Ochoa, quien adquirió por Escritura número 2416 de 2 de diciembre de 1942 de la Notaría Tercera de Medellín";

b) Que con antelación, el anterior inmueble fue objeto de una acción reivindicatoria instaurada por la sucesión de Ernestina Arango de J., contra Pablo Castro, según lo exteriorizan las sentencias de primera y segunda instancias, favorables a la parte demandante, dictadas por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fechas 1º de septiembre de 1961 y 24 de agosto de 1962, respectivamente, fallos éstos cuyo cumplimiento o ejecución se verificó el 3 de agosto de 1968;

c) Que a pesar de la claridad del derecho de dominio que sobre el predio tiene la demandante María Yolanda Alzate, los demandados Jaime y William Berrío "se han dado a la tarea de atentar contra" el derecho de la demandante, "hasta el punto que hoy poseen la propiedad materialmente, ya que aquélla ha sido privada del uso, goce y posesión material de lo que justamente le pertenece".

III. La parte demandada descorrió el traslado mediante escrito de 7 de julio de 1976, en el sentido de atenerse a la prueba documental de algunos hechos y de negar el tercero, para finalizar con oposición a las súplicas y con la formulación de las excepciones de "prescripción, ineptа demanda y la ecuménica".

IV. Por escrito de 12 de julio de 1976, la misma parte demandada, con fundamento en los artículos 54 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, le denunció el pleito a Ana Francisca Barrera viuda de Castro, Amparo de Jesús, Néstor Jairo y Raúl Castro Barrera, alegando aquélla haber adquirido de éstos el bien raíz que se controvierte, según da fe la Escritura pública 1741 de 27 de noviembre de 1973.

V. Los denunciados respondieron en el sentido de manifestar haberle cumplido a los demandados todas las obligaciones derivadas del contrato de compraventa con ellos celebrado, agregando que estos últimos "fueron denunciados por el delito de estafa y falsedad en documentos públicos..., estuvieron detenidos y llamados a juicio por autoridad competente".

VI. Adelantado en esas condiciones el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 21 de julio de 1977, en buena parte favorable a la demandante, pues se rechazaron las excepciones propuestas, se declaró el señorío sobre el bien en favor de aquélla, se condenó a los demandados Berrío Tamayo a la restitución del bien, junto con los frutos y, al pago de los deterioros sufridos en el inmueble. De otro lado condenó a la demandante a pagar a los demandados el valor de las mejoras útiles y necesarias y, además, condenó a los denunciados en el pleito al saneamiento por evicción en favor de William y Jaime Berrío Tamayo.

VII. Por apelación interpuesta por la parte demandante y por los demandados Jaime y William Berrío Tamayo, se suscitó la segunda instancia, la que culminó con fallo de 9 de julio de 1979, confirmatorio del pronunciado por el *a quo*.

VIII. Contra la anterior resolución, interpusieron recurso de casación los demandados William y Jaime Berrío Tamayo, recurso que por estar tramitado procede la Corte a decidirlo.

La sentencia del Tribunal

Luego de que el *ad quem* refiere los antecedentes del litigio, deteniéndose en el examen del elemento referente al dominio en la parte demandante, afirma en el punto que ésta tiene a su favor la Escritura número 6560 de 29 de diciembre de 1972 de la Notaría 3ª del Círculo de Medellín, mediante la cual se desprende que a título de compraventa adquirió el inmueble de María Jesús, Gilberto y Guillermo Jaramillo Arango, sin que la compradora hubiera transferido su señorío a otra persona, tal como lo exterioriza el certificado expedido por la Oficina de Registro, conforme al cual también se desprende que en la sucesión de Ernestina Arango se adjudicó el objeto controvertido al cónyuge sobreviviente Timoteo Jaramillo, Gilberto y Guillermo Jaramillo Arango y que al fallecer el primero, su derecho se adjudicó a María Jesús, Guillermo y Gilberto Jaramillo y de éstos, lo adquirió la demandante.

Más adelante se ocupa el Tribunal de la comparación de títulos y en el examen de esta situación expresa que "los demandados arguyen haber adquirido la heredad por compra que de ella hicieron a Ana Francisca Barrera viuda de Castro, Amparo de Jesús, Néstor Jairo y Raúl de Jesús Castro Barrera conforme a Escritura número 1741 de 27 de noviembre de 1973 otorgada en la Notaría Única de Bello, registrada en la Oficina correspondiente de Medellín. En esa escritura que se ve en el folio 15 del cuaderno número 5 se anota que los vendedores adquirieron por adjudicación que se les hizo en el sucesorio de Pablo Castro Valencia, y del certificado de registro que aparece en el folio 70 del cuaderno principal, se ve que el causante Castro Valencia había adquirido en mayor extensión por compra que hizo a Timoteo Jaramillo según Escritura número 1148 de 28 de marzo de 1951 de la Notaría Tercera de Medellín.

"Interesa, pues, parangonar la titulación de una y otra parte con el fin de deducir a cual debe atribuírsele mérito.

"Con tal fin debe anotarse que el cónyuge sobreviviente de Ernestina Arango, señor Timoteo Jaramillo y los herederos de la fallecida instauraron proceso reivindicatorio contra Pablo Castro, antecesor de los demandados, el cual finalizó con fallo de primera instancia proferido el 1º de septiembre de 1961 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito, confirmado luego por el honorable Tribunal Superior en fallo que pronunció el 24 de agosto de 1962, donde se concedió la razón a los demandantes y se decretó la restitución contra los demandados. (Cuaderno principal, folios 16, 28 y 37).

"Como la parte vencida no hizo voluntariamente la restitución que se le ordenó en el fallo, hubo de cumplirla forzosamente el Inspector General Municipal de Bello el 3 de agosto de 1965, y como para esa época ya se había producido el fallecimiento del demandado Pablo Castro, se opuso a la entrega la cónyuge sobreviviente Ana Barrera viuda de Castro, pero su resistencia no le fue oída y el bien le recibió

Guillermo Jaramillo A., en representación de todos los demandantes. (Cuaderno principal, folio 98).

"Síguese de lo expuesto que la Escritura número 1741 (cuaderno número 5, folio 15), traída por los demandados como título de dominio, carece de preponderancia frente a la titulación que aduce la demandante, pues tal escritura es posterior a los fallos dichos y a la diligencia de entrega, y aunque en la referida escritura se cita como antecedente la adjudicación que se hizo en la sucesión de Pablo Castro Valencia, cuya sentencia aprobatoria la pronunció el Juzgado Primero Civil Municipal de Bello, el 9 de agosto de 1957 o sea con antelación a la entrega que se había hecho en el reivindicatorio, esa adjudicación tampoco vale como antetítulo oponible a la demandante, pues el causante había sido vencido en juicio.

"A más de lo anterior, pudo incorporarse al proceso en la segunda instancia copia, en lo pertinente de las hijuelas en la sucesión de Ernestina Arango y en la de Timoteo Jaramillo, lo cual era indispensable para establecer la cadena de títulos hasta llegar a los demandantes".

Más adelante aborda el Tribunal el punto de las excepciones alegadas, ocupándose con prioridad de la de prescripción, de la cual dice que no se configura si se tiene en cuenta que el bien raíz, en razón del fallo condenatorio y de restitución del inmueble que se ordenó en el proceso ordinario reivindicatorio de los Jaramillo Arango contra Pablo Castro y en donde se verificó la entrega a los demandantes el 3 de agosto de 1968, desde esta fecha a la presentación de la demanda del presente proceso (29 de mayo de 1976), "no van corridos ni siquiera diez años que es el tiempo mínimo exigido para la prescripción ordinaria". Añade el sentenciador que "aun suponiendo no haberse cumplido la entrega y no ser verdad el acta recogida por la Inspección General Municipal de Bello el 3 de agosto de 1968, tal circunstancia tampoco traería ningún beneficio a los demandados, por haberse configurado un fenómeno de interrupción civil, perdiéndose la posesión anterior y, por tanto, impidiendo a éstos que puedan agregar la de sus antecesores".

A continuación el sentenciador de segundo grado, respondiendo un planteamiento de los demandados, dice que otro argumento traído por éstos es el de que la demandante "Alzate de Agudelo y sus antecesores no han entrado nunca en posesión del predio y por ende carecen de legitimación para reivindicar. A ese argumento se responde, como ya se ha dicho, que el cónyuge sobreviviente de Ernestina Arango y los herederos de ésta sí entraron en posesión con la entrega" que se verificó el 3 de agosto de 1968.

Posteriormente analiza el Tribunal la excepción de inepta demanda y de ella dice que "aunque ya fueron desatadas las excepciones previas en su oportunidad, el abogado inconforme relieva de nuevo en esta instancia la circunstancia de que el demandante debió iniciar un proceso abreviado para obtener la entrega del tradente al adquirente y no la reivindicación. A ello se responde que tal proceso sí puede iniciarse contra el vendedor cuando haya lugar a ello, pero que si hay un tercero poseyendo la cosa comprada, el adquirente a quien el vendedor le ha traditado puede bien instaurar la reivindicación contra el tercero que posee, dado que se cumplen todas las previsiones de los artículos 946 y siguientes del Código Civil".

Remata el Tribunal diciendo que respecto de la condena que se hizo en contra de los denunciados en el pleito, como éstos no formularon recurso alguno, nada hay que agregar.

El recurso de casación

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, ambos dentro del ámbito de la causal primera, los cuales serán estudiados en el orden propuesto.

Cargo primero. Denuncia quebranto de los artículos 332 del Código de Procedimiento Civil, 11, 17, 26, 758, 765, 789 y 1519 del Código Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

En el desenvolvimiento del cargo sostiene el censor que el sentenciador *ad quem* erró de hecho al no tener en cuenta las sentencias de primera y segunda instancias, de 1º de septiembre de 1961 y 24 de agosto de 1962, pronunciadas por el Juzgado Tercero Civil del Circuito y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario reivindicatorio iniciado por los representantes de la sociedad conyugal ilíquida y la sucesión de Ernestina Arango contra Pablo Castro, y al no haber visto en tales fallos la excepción de cosa juzgada, pues concretamente afirma el casacionista: "Tenemos, pues, que el fallador sí decidió sobre las excepciones —las específicas— y en globo, en masa la genérica y no razonó ni aplicó dentro de ésta la cosa juzgada comprobada en el proceso, alegada

con esfuerzo titánico... y de ahí que la acusación sea por errores de hecho... apoyado en la causal primera... y no en la causal de inconsonancia... El Tribunal no razonó en la sentencia los fundamentos para aislar *la prueba del hecho exceptivo* 'la cosa juzgada como excepción alegada' como excepción —alegada— y extraerla de la genérica sino que dejó ésta atrapada y sumisa en masa o sea —subsumida— en la genérica, en turbulencia, y, consiguientemente en obra negra, es decir, que no sacó de la fórmula genérica 'el contenido efectivo de la voluntad' —artículo 306—, el hecho específico de la excepción de cosa juzada, y el fallo en globo —en abstracto—, cuando el artículo 26 del Código Civil, en armonía con el 17 ibídem, le mandaba fallarla en concreto, pero cayó en hipótesis, sueño anormal".

Se considera

1. A través de la institución procesal de la cosa juzgada procura la ley eliminar toda incertidumbre en frente de litigios ya decididos por sentencia de fondo, pues una de las características de tal institución es la de impedir todo ataque ulterior destinado a revisar la misma materia ya decidida, o en otros términos, elimina la posibilidad de que las mismas partes o sus causahabientes puedan de nuevo volver a plantear la controversia. Por consiguiente, la autoridad de la cosa juzgada pone orden y certidumbre en los debates litigiosos, pues de no haber revestido a aquella de postulados tan trascendentales, no habría forma de poner fin a los litigios, como quiera que la parte desfavorecida no se resignaría, a través de un sólo litigio, a darse por vencida.

Por tal virtud, la jurisprudencia nacional ha afirmado que "la cosa juzgada tiene por objeto alcanzar la certeza en el resultado de los litigios, definir concretamente las situaciones de derecho, hacer efectivas las decisiones jurisdiccionales y evitar que las controversias se reabran indefinidamente con perjuicio de la seguridad jurídica de las personas y del orden social del estado. Si la función jurisdiccional busca el fin —tanto dentro del campo del derecho privado como en el del público— de dirimir con autoridad los conflictos que suscita la actividad de los particulares o de los funcionarios de la administración, es claro que aquel objeto no se alcanza sino mediante la desaparición de la materia contenciosa —el litigio— que es un fenómeno anormal dentro de la organización jurídica de la sociedad. De ahí que decida la cuestión conflictiva con la plenitud de las formalidades procedimentales y el ejercicio de los recursos establecidos por la ley, con el propósito de garantizar la mayor certeza en las determinaciones de los Jueces, se repute que la manifestación de voluntad de éstos en ejercicio de la competencia que el derecho positivo del estado le ha conferido es la verdad misma y como tal lleva en sí la fuerza legal necesaria para imponerse obligatoriamente, ya dentro del grupo de personas que intervienen en la querella, o bien en todos los miembros de la colectividad, según la naturaleza del litigio y de la decisión que le pone término. Agotados los trámites procesales y dilucidada la contención por el empleo de los recursos que en forma ordinaria o extraordinaria haya previsto la ley, no puede provocarse de nuevo la competencia jurisdiccional pretendiendo un nuevo fallo porque ello equivaldría a prolongar ilimitadamente la subsistencia de la cuestión litigiosa y a destruir el carácter de certeza que comporta el contenido de las providencias judiciales. Contra esta pretensión, contraria a las reglas que gobiernan la actividad funcional de la jurisdicción, puede oponerse el medio jurídico de la cosa juzgada para impedir que el nuevo debate prospere o que se dicte una nueva resolución contraria a la anteriormente proferida". (*Gaceta Judicial*, LIX, 593).

2. Como la institución de la cosa juzgada es compleja, por cuanto depende de la concurrencia de varios elementos, la ley tradicionalmente la ha edificado sobre la identidad de tres factores, que son: de objeto, de causa y de partes. En efecto, el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, acogiendo el criterio denominado "de las tres identidades", establece que "la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes".

3. En materia de cosa juzgada, cuando la ley habla de la identidad de objeto, con ello indica que en el nuevo proceso se controvierta sobre el mismo bien jurídico disputado en el proceso anterior.

Cuando el derecho alude a la identidad de causa, está afirmando que la demanda del nuevo litigio exterioriza, como fundamento de la pretensión, la misma razón de hecho que se alegó en el proceso anterior. Empero conviene aclarar que no se desnaturaliza el factor *eadem causa*

petendi por el simple hecho de que se introduzcan variaciones accidentales, ni porque se enuncien diferentes fundamentos de derecho. En cambio, deja de haber identidad de causa cuando a pesar de promoverse la misma acción, varían sustancialmente los supuestos de hecho de la *causa petendi* lo cual ocurre, como lo tiene declarado la doctrina de los procesalistas y de la Corte, cuando el demandante en el primer litigio, el cual pierde, reivindica un bien con fundamento en que su propiedad la deriva de una donación, y en el segundo reivindica el mismo bien, respecto de la misma parte, con respaldo en que su adquisición la deriva de un contrato de compraventa. "No habrá identidad de causa —ha dicho la Corte—, cuando aquél que en un juicio de reivindicación ha sucumbido por no haber demostrado la existencia de la donación como fundamento jurídico de su propiedad, intenta un nuevo juicio con el mismo objeto, si bien alegando una compraventa, un legado, etc. Así también, si en un juicio de nulidad de un contrato por error sucumbe el demandante, podrá demandar de nuevo la nulidad por otro vicio del consentimiento, como la violencia o dolo..." (Cas. Civ. de 27 de septiembre de 1945 número 2022, página 438). Tampoco puede darse identidad de causa, como se sostiene por la doctrina de los procesalistas, cuando se trata de hechos fundamentales sobrevinientes u ocurridos con posterioridad al primer litigio, puesto que el segundo proceso resulta apoyado sobre una razón que no fue objeto de debate en el anterior, máxime que por tratarse de presupuestos de hecho de ocurrencia posterior, no podían ser materia del primer proceso. Entonces, cuando quiere que la demanda del segundo proceso funde su pretensión en supuestos de hecho cuya ocurrencia histórica fue posterior al litigio inicial, por no presentarse en este evento la identidad de causa, no encuentra el titular del derecho que lo reclama, en esas condiciones, el óbice de la cosa juzgada.

Ahora bien, cuando la cosa juzgada exige que se presente, además, la identidad de partes, no reclama la identidad física, sino la identidad jurídica. Por consiguiente, dice expresamente la ley que se entiende que se configura el presupuesto de la identidad jurídica de partes, cuando las que figuran en el segundo proceso son sucesores mortis causa de las que figuraron en el primer litigio o son causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad a la inscripción de la demanda o al secuestro en los demás casos (art. 332 inc. 2º Código de Procedimiento Civil).

4. Aunque pudiera asistirle razón al recurrente en el sentido de que el sentenciador de segundo grado no se refirió específicamente a la excepción de cosa juzgada, el yerro fáctico, con carácter de evidente, que le imputa, no se abre paso y, además, sería intrascendente, como pasa a explicarse.

a) El Tribunal sí vio las copias de las sentencias de primera y segunda instancias, de fechas 1º de septiembre de 1961 y 24 de agosto de 1962, pronunciadas por el Juzgado Tercero Civil del Circuito y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, pues en un pasaje del fallo alude a dichas copias;

b) Que uno de los soportes que tuvo en cuenta el Tribunal para despachar favorablemente la pretensión de reivindicación consistió en que la demandante resultó privada de su posesión con posterioridad a los fallos antes descritos y, por esa misma circunstancia, los demandados entraron en posesión con posterioridad al pronunciamiento y cumplimiento de los mismos fallos. Esto indica que se alteraron fundamentalmente los hechos y, por ende, el segundo proceso se apoya en una *causa petendi* que no es idéntica a la del primer proceso. Por tanto, el yerro, de existir, sería intrascendente, porque se llegaría al mismo resultado del fallo atacado.

Se rechaza, pues, el cargo.

Cargo segundo. Acusa la sentencia del Tribunal de infringir los artículos 946, 950, 952, 963 inc. 2º, 964 inc. 3º, 1904, 2522, 2524 y 2529 del Código Civil, por aplicación indebida, a consecuencia del desacierto cometido en la interpretación de la demanda y en la contestación a ésta.

En el desarrollo del cargo el casacionista sostiene:

"a) En el hecho 2º de la demanda, después de expresar en el hecho 1º ser dueña la demandante del inmueble allí particularizado, por su extensión territorial, ubicación y linderos, dominio que deriva de los gananciosos en la acción reivindicatoria que fallaron en 1961 y 1962 el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín y el honorable Tribunal Superior de Medellín, respectivamente, la demandante Alzate de Agudelo, afirma:

"'2º El inmueble comprendido en el hecho anterior, fue objeto de *reivindicación* —subrayo— en proceso de sucesión de Ernestina Arango de J., o sea sociedad conyugal de Timoteo Jaramillo y Ernestina Arango de J., contra Pablo Castro, como se deduce de las sentencias

de primera y segunda instancia, fechadas el 1º de noviembre (sic) de 1961 del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, confirmada por el honorable Tribunal Superior, en providencia calendada en agosto 24 de 1962, complementadas con la diligencia de entrega practicada por la Inspección General Municipal de Bello, el día 3 de agosto de 1963, *todo esto en favor de la parte actora*' —subrayo—.

"Y el honorable Tribunal Superior, razona en la siguiente forma, en la sentencia que se acusa:

"'Esta heredad fue reivindicada por los herederos y el cónyuge sobreviviente de la finada Ernestina Arango de J., contra Pablo Castro, según puede verse en la sentencia de primera instancia que dictó el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín el 1º de septiembre de 1961, confirmada por el honorable Tribunal Superior el 24 de agosto de 1962, decisiones que dieron origen a la entrega material cumplida el 3 de agosto de 1963'.

"Y sigue la misma sentencia que se acusa por esta demanda:

"'A pesar de todo lo anterior, los demandados iniciaron *actos de perturbación contra la posesión de la demandante*, —subrayo— y finalmente se introdujeron al predio y actualmente actúan como señores de ello'.

"El honorable Tribunal Superior reconoce —como lo reconoce la demanda— que sobre una sentencia en acción reivindicatoria, entre las mismas partes, se propone una nueva demanda también en acción reivindicatoria o sea *reivindicación sobre reivindicación*. Ese es el fundamento básico de la demanda a la cual recayó la nueva sentencia en esta otra acción reivindicatoria, que se acusa aquí.

"Pero cosa irrisoria y estrafalaria, hablando en buen ambiente jurídico y en sana ley, habiéndose consumado todo el cumplimiento de aquellos fallos del anterior proceso reivindicatorio, en el hecho *tercero* de esta nueva demanda, para incoarla se trae como presupuesto fundamental que los demandados William y Jaime Berrío Tamayo, iniciaron actos perturbatorios contra la posesión material de la demandante María Yolanda Alzate de Agudelo.

"Los demandados Berrío Tamayo, quienes derivan el título de los perdidosos doña Ana Francisca Barrera viuda de Castro y de los herederos de don Pablo Castro, estaban obligados a respetar aquellos fallos, y la demandante Alzate de Agudelo, debió proseguir en sus actividades para hacerlos respetar, cuando creyeron que estaban en lo cierto por ese camino para protegerlos y hacerlos acatar de todos, y, entonces, buscaron escurrirse por este nuevo proceso contencioso, cuando ya se había prestado la protección jurisdiccional, y que por este camino estaba extinguida.

Afirma la demandante en el hecho *tercero:*

"'No obstante la claridad del derecho de posesión inscrita, como dueña del predio citado, los señores *Jaime y William Berrío Tamayo*, ambos mayores de edad y de este vecindario, se han dado a la tarea de atentar cons (sic) mis derechos, no habiendo valido incluso una conminación que se les hizo en la Inspección Central Municipal, para que se *abstuvieran* de *perturbarme* —subrayo— en el libre disfrute de mi propiedad, hasta el punto de que hoy la poseen materialmente, perjudicándome ostensiblemente, ya que he sido privada del uso, goce y *posesión material* —subrayo— de lo que justamente me pertenece'.

"Estos hechos que expresa la demanda, y que acepta la sentencia del honorable Tribunal, son el espejo que ilumina las razones de la *contraevidencia*".

Se considera:

1. Copiosa es la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que cuando la demanda se resiente de cierta vaguedad, por cuanto en su estructuración no se utilizó la precisión y claridad deseables (artículo 75, Código de Procedimiento Civil), le corresponde al juzgador interpretarle en conjunto, con criterio razonado y lógico, con el fin de no sacrificar el derecho suplicado, "puesto que la torpe expresión de las ideas no puede ser motivo de repudiación del derecho cuando este alcanza a percibirse en su intención y en la exposición del demandante". (Cas. Civ. 12 de diciembre de 1935, XLVII, 483).

2. Situado en estos el juzgador en el campo de la hermenéutica del libelo, especialmente cuando éste adolece de oscuridad o confusión, en pos de desentrañar su inteligencia y alcance, debe acudir al criterio antes esbozado, porque su texto no puede mirarse tan inflexible como para que le impida buscar y obtener su verdadera naturaleza e intención jurídica, sobre todo, en el campo de los hechos. No existe en nuestra legislación procedimental, dice la Corte, "un

sistema rígido y sacramental que obligue al demandante a señalar en determinada parte de la demanda o con fórmulas especiales su intención, sino que basta que aquella aparezca claramente del libelo, ya de manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en el conjunto de la demanda". (Cas. Civ. 16 de diciembre de 1969, CXXXII, 241). "Son los hechos la voz del derecho y la causa eficiente de la acción. Si están probados incumbe al Juez calificarlos jurídicamente en la sentencia y proveer en conformidad, no obstante los errores de la súplica". (Cas. Civ. 17 de octubre de 1962. C, 137).

3. Ahora bien, en cumplimiento de la labor de interpretación que le corresponde al fallador, bien puede incurrir en desaciertos de tal entidad que configure un error evidente de hecho, cómo cuando tergiversa de modo ostensible el texto de la demanda, o le hace decir lo que ella no expresa o, también cuando le cercena su real contenido. En cualquiera de estas hipótesis el sentenciador incurre en yerro de facto, pues no se puede olvidar que la demanda con la cual se inicia un proceso constituye un medio de convicción y, como tal, so pretexto de interpretarla, se puede caer en falencia, pues así lo consagra la ley cuando expresa que "si la infracción proviene de errónea interpretación de la demanda... es necesario que el recurrente así lo alegue y demuestre que el Tribunal incurrió en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto...". (Artículo 368, numeral 1º del Código de Procedimiento Civil).

4. El cargo, por interpretación errónea del libelo, en síntesis lo concreta el censor a lo siguiente: que el Tribunal, al aludir a la demanda y resumirla, no vio que los presupuestos de hecho del libelo no permitían la iniciación y fallo de una pretensión reivindicatoria, ya que la demandante, según los hechos de la demanda, debió insistir en que se le respetara las decisiones o sentencia pronunciadas con antelación, o sea, en los años de 1961 y 1962 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito y por el Tribunal Superior de Medellín, respectivamente.

5. No se ve el yerro evidente de hecho en que pudo haber incurrido el fallador de segundo grado al interpretar la demanda en el sentido de contener ella una pretensión reivindicatoria, pues los presupuestos fácticos del libelo es eso lo que revelan y, por demás, al despachar el cargo anterior, se analizó ampliamente la procedencia de la acción propuesta por la demandante María Yolanda Alzate de Agudelo y a tales consideraciones se remite la Corte.

Por tanto, 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 de 9 de julio de 1979, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

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

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda
Secretario.

FILIACION NATURAL

Quién es el Juez competente para conocer de las cuestiones litigiosas que nacen de la sucesión mientras ésta se halle en estado de liquidación.

Principios que gobiernan la prueba judicial, sin cuya observancia no merece eficacia jurídica.

Aseguramiento o defensa de la prueba. Prueba anticipada. Prueba procesal y extraprocesal. Valor jurídico de los testimonios recibidos fuera de audiencia, para fines procesales. Su ratificación. El régimen probatorio en lo atinente a la investigación de la paternidad no puede ser tan severo que haga prácticamente irrealizable su comprobación judicial.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

Bogotá, D. E., 21 de julio de 1980.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 17 de diciembre de 1979, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en este proceso ordinario instaurado por *Luis Hernando y Hugo Alberto Guarnizo* contra los herederos de *Napoleón Escalante*.

1

El litigio

1. Mediante escrito presentado al Juzgado Civil del Circuito (Reparto) de Cartago el 3 de mayo de 1978, y que le 8 siguiente correspondió en repartimiento al Primero de dichas categoría y naturaleza de allí, los citados Luis Hernando y Hugo Alberto Guarnizo, representados por su madre Isabel Guarnizo Vargas, demandaron a Ramiro, Elio Fabio y Jairo Escalante Rojas, como herederos de Napoleón Escalante, en procura de las siguientes declaraciones y condenas:

Que los demandantes, hijos naturales de Isabel Guarnizo Vargas, lo son también de Napoleón Escalante; que como tales tienen derecho a la herencia de éste, en concurrencia con los demandados y en la proporción que legalmente corresponda; que, en consecuencia, se condene a los demandados a restituir a aquéllos "la cuota parte de bienes" que les corresponde legalmente, "junto con los frutos naturales y civiles causados desde la muerte del causante hasta la fecha en que se efectúe" la restitución; que se tome nota del reconocimiento en las actas de nacimiento de los dos demandantes; y que, si ello fuere necesario por haberse liquidado ya la herencia, se ordene rehacer la partición y adjudicación de los bienes del causante.

2. Los hechos que los demandantes invocaron como constitutivos de la *causa petendi*, quedan sustancialmente sintetizados en las siguientes afirmaciones:

Que a partir del año de 1964 Isabel Guarnizo Vargas, que a la sazón vivía en compañía de su madre en la casa que ésta tenía en el corregimiento de San José del Municipio de La Victoria, mantuvo relaciones sexuales con Napoleón Escalante, quien a principios de dicho año la sacó de su hogar y la llevó a convivir con él en una casa de la ciudad de Zarzal que al efecto tomó en arrendamiento; que fruto de esa convivencia que se prolongó hasta el año de 1966 fue la procreación de Luis Hernando Guarnizo, cuyo nacimiento ocurrió el 13 de mayo de 1965; que antes de que ocurriera dicho nacimiento Napoleón regresó con Isabel a la casa de la madre de ésta en el poblado de La Victoria, donde se produjo el parto; y que en éste y durante todo el tiempo del embarazo aquél atendió a ésta cubriendo los gastos que las circunstancias requerían, incluso pagando a la partera Mercedes Restrepo el valor de sus servicios.

Que con posterioridad a la ocurrencia del nacimiento referido Isabel y su hijo Luis Her-

unando permanecieron en la casa de la madre de aquélla, a donde continuó yendo Napoleón "con el mismo afecto y cariño de siempre" y los amantes reanudaron sus relaciones íntimas, de las cuales quedó nuevamente embarazada Isabel; que en diciembre de 1968, los concubinos y su primer crío trasladaron su residencia a la ciudad de Andalucía, en donde vivieron bajo un mismo techo hasta el mes de mayo siguiente, fecha en que regresaron a La Victoria, en donde el 18 de junio de 1969 nació Hugo Alberto; y que en ese parto también atendió a Isabel, por petición y cuenta de su concubinario, la precitada partera Mercedes Restrepo.

Añaden los demandantes que desde cuando ellos nacieron y hasta cuando murió Napoleón Escalante, óbito que tuvo lugar el 29 de mayo de 1977 en el mismo poblado de La Victoria, éste los trató como hijos suyos, atendió a su crianza, educación y los presentó en esa calidad "ante propios y extraños"; y que, por su parte, recibía de los menores el correlativo tratamiento paterno.

Aseveran además los demandantes que después de muerto el mentado Napoleón Escalante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago, mediante auto de 7 de junio de 1977, a instancia de los tres demandados declaró abierto allí el correspondiente proceso sucesorio, en el cual reconoció como herederos del causante, en su categoría de hijos naturales suyos, a los citados Ramiro, Elio Fabio y Jairo Escalante Rojas.

3. En su oportuna contestación a la demanda los tres demandados se opusieron a las súplicas en ella deducidas; y en cuanto a los hechos, salvo los atinentes a la muerte del causante y al trámite de su sucesorio, los cuales sí aceptaron, negaron los demás.

4. Así trabada pues la relación jurídico-procesal, se continuó luego la ritualidad de la primera instancia con la práctica de las pruebas pedidas por los demandantes.

Más tarde el Juzgado del conocimiento, que como se ha dicho lo fue el Primero Civil del Circuito de Cartago, dictó su sentencia de 16 de diciembre de 1978, mediante la cual declaró a los demandantes como hijos naturales del finado Napoleón Escalante; dispuso, en consecuencia, que aquéllos tienen derecho a recibir la herencia de su padre en la proporción legal que les corresponda y en concurrencia con los demandados; ordenó inscribir en el registro del estado civil el reconocimiento de paternidad natural hecho; y por último condenó a los demandados en las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación interpuesta contra esa providencia por todos los demandados, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el que, por sentencia proferida el 17 de diciembre de 1979, confirmó la apelada e impuso a los vencidos en la alzada las correspondientes costas.

II

Los fundamentos de la sentencia de segunda instancia

1. Luego de relatar los antecedentes del litigio y de resumir el trámite del proceso, capítulo en el cual relaciona todas las pruebas pedidas por las partes, inicia el Tribunal de Buga las motivaciones de su fallo observando que no advierte causal de nulidad alguna que invalide la actuación surtida.

Refiérese particularmente a la circunstancia de haberse tramitado este proceso, en primera instancia, ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago y no ante el Segundo de los mismos grado y naturaleza de esa ciudad, en el cual se adelante el sucesorio de Napoleón Escalante, para advertir que si en razón de tal acontecer "alguna vez existió nulidad", esa irregularidad "está saneada" porque, en primer lugar, los demandados no impugnaron el auto admisorio de la demanda; y, en segundo término, porque no propusieron excepción previa.

2. Asentado por él el anterior postulado, aconcie en seguida el *ad quem* el análisis de la pretensión de paternidad natural que es la que encuentra principalmente deducida en la demanda inicial del proceso; estima que al efecto los demandantes invocan tres de las presunciones que consagra el artículo 6º de la Ley 75 de 1968: las relaciones sexuales habidas entre el presunto padre y la madre de los peticionantes, por la época de la concepción de éstos; el trato personal y social dado por aquél a ésta durante el embarazo y parto; y la posesión notoria del estado de hijo.

Aludiendo a la primera dice el sentenciador de segundo grado, luego de concretar los principios doctrinarios y jurisprudenciales que han regido la prueba de las relaciones sexuales, que los peticionarios adujeron para demostrar los hechos que fundamentan esta causal de paternidad las declaraciones de María Elisa Marmolejo, Héctor Fabio Llanes, Carlos Rómulo Victoria,

Lucidia Murillo, José Ramón García Varela y Juan de los Santos Guarnizo, cuyo contenido resume en su sentencia.

Y apoyándose en estos testimonios, de los cuales dice que emanan todos de personas "jurídicamente capaces para declarar", sin parentesco con los litigantes, ni interés alguno "que afecte su credibilidad o imparcialidad, ni que tengan antecedentes de deshonestidad", el Tribunal *ad quem* concluye que "está establecida con certeza una vida marital entre" Napoleón Escalante e Isabel Guarnizo, la cual, añade, se inició en agosto de 1964 "y se prolongó cuando menos hasta mayo de 1969", convivencia que dio como fruto la concepción de los dos demandantes.

3. Con fundamento en la prueba testifical referida, a la cual agrega ahora la declaración de Mercedes Restrepo Mejía, persona que como partera atendió a Isabel Guarnizo en los partos de los dos demandantes, asevera el juzgador de segundo grado que también está probado el trato personal y social que a ésta le dio el citado Napoleón Escalante y que, por consiguiente, procede así mismo hacer la declaración de paternidad natural suplicada, con base en "los hechos contemplados" en el ordinal 5º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, puesto que, afirma el sentenciador, "en ningún estado puede encontrarse con más claridad que en una vida marital, los supuestos de hecho que la constituyen, por estar ya probado con prueba documental que Isabel Guarnizo fue la madre de Luis Hernando y Hugo Alberto".

4. Finalmente, como razón corroborativa de la conclusión a que llega en su sentencia positiva, expresa el Tribunal que en este caso también está probada, con los testimonios ya dichos y además con los de Joel Restrepo Castaño y Aurora Arias de Llanos, la posesión notoria de hijos suyos que por un período mayor de cinco años dio Napoleón Escalante a los dos demandantes.

Explanando esta aserción, afirma el *ad quem* que según tales declaraciones es evidente que el mentado Napoleón "proveyó a la subsistencia" de los dos demandantes, "no solamente en el tiempo en que hizo vida marital con Isabel Guarnizo, sino en una época posterior que llega hasta su muerte"; y que examinada en conjunto la prueba testimonial, de ella tiene que inferirse que "esos hechos probados para establecer la posesión notoria de hijo natural de Luis Hernando y Hugo Alberto Guarnizo respecto a Napoleón Escalante, duraron más tiempo que el mínimo legal si se tiene en cuenta que uno nació el 13 de mayo de 1965 y el otro el 18 de junio de 1969, y que Napoleón murió el 29 de mayo de 1977".

III

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Como ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada interpusieron casación los demandados. En su respectiva demanda los recurrentes formulan contra dicho fallo cuatro cargos: el primero con fundamento en la causal quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; y los tres restantes dentro de la órbita de la primera, censuras que la Corte procede a examinar y despachar en el orden en que vienen propuestas porque ese es el que impone la lógica.

Cargo primero

1. Mediante éste los impugnadores acusan la sentencia del Tribunal de Buga de haber sido pronunciada en un proceso viciado de nulidad, por falta de competencia del juzgado *a quo* para conocer de él y de la demanda con la cual se inició, al tenor del numeral 15 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil. Solicitan en consecuencia que la Corte, luego de quebrar la sentencia recurrida en casación, declare la nulidad de todo lo actuado en este proceso, desde el auto admisorio de la demanda inclusive.

2. Desenvolviendo esta censura expresa el abogado casacionista que según la antecitada norma legal, la que califica de orden público, es al Juez que conoce del proceso de sucesión, mientras dure éste, al que corresponde tramitar y decidir los que "se promuevan contra los asignatarios, el cónyuge o los administradores de la herencia, por causa o en razón de ésta, siempre que lo sea por razón de la cuantía"; que se trata entonces de una competencia privativa, la que por consiguiente "no puede ser alterada ni siquiera por acuerdo de las partes y la bendición del Juez"; y que el quebranto de tal ordenación estructura nulidad, la que no pueden sanear "el silencio de las partes y el error del Juez e inclusive la voluntad expresa de aquéllas y de éste".

Añade la impugnación que si bien es verdad que según el artículo 156 del Código de Procedimiento Civil no puede sanearse "la nulidad proveniente de falta de jurisdicción", ello no

significa que allí se esté consagrando el único caso de insanabilidad de nulidades, "pues ni por su redacción, ni por su contenido jurídico esa norma tiene el carácter de determinación taxativa"; que, contrariamente, "es la naturaleza del vicio lo que determina el carácter de sanable o insanable de la nulidad y con este criterio resultan insanables todas las que se produzcan por violación de normas procesales de orden público sin que la misma ley procesal consagre su saneamiento".

3. Avanzando en el desarrollo del cargo, asevera el casacionista que el legislador quiso concretar los procesos sobre la herencia, dirigidos contra los herederos o el cónyuge sobreviviente, "precisa y exclusivamente, en el mismo y determinado Juez que conoce del proceso de sucesión por muerte del causante"; que no es entonces "un caso de simple competencia territorial" no obstante que se lo ubique en el capítulo del Código que la reglamenta, pues que además del factor territorial tiene "otro de naturaleza funcional, puesto que aún dentro de la misma circunscripción territorial (como el respectivo circuito) la norma en cuestión le asigna tal competencia excluyente a aquél de los varios del mismo ramo que existan allí".

Rematando la fundamentación de la censura, expresa el recurso que es cierto, como aquí ha ocurrido, que el quebranto de dicho precepto "no viola el derecho de defensa"; pero que el quebranto da tal derecho "no es el único factor que determina el carácter insanable de una nulidad; también lo es el criterio imperativo, de orden público, del legislador, respecto a la manera como debe organizarse y distribuirse y reglarse la Justicia Judicial, salvo que él mismo disponga otra cosa".

Se considera

1. *Atendiendo al factor territorial determinante de la competencia, para conocer del proceso sucesorio la regla 14 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, como también lo hacía la ley anterior, establece un fuero privativo para el Juez del último domicilio del causante en el territorio nacional; y en caso de que a su muerte lo hubiere tenido en distintos municipios, el que corresponde al asiento principal de sus negocios.*

El forum successionis o hereditatis *corresponde pues a una competencia privativa, desde luego que solamente la puede ejercer, con exclusión de los demás, el Juez del lugar que corresponde al último domicilio del difunto.*

2. *La regla 15 de aquella misma disposición, salvando el principio general del* forum domicilii rei, *consagra una especie de competencia accesoria o por atracción, al establecer que el mismo Juez que conoce del proceso de sucesión es competente para el conocimiento, mientras dure dicho proceso, de los que se promuevan contra la herencia y los relativos a controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o ab intestato.*

Se trata aquí entonces de un fuero, aunque eminentemente temporario, también de carácter privativo y que, sin prescindir del factor territorial sino en consideración a él, obedece a la clara conveniencia que para los interesados en tales procesos trae el hecho de que todas las cuestiones litigiosas que nacen de una sucesión, y mientras ésta se halle en estado de liquidación judicial, sean resueltas por el mismo Juez que está conociendo de ella.

Más, cree la Sala que cuando la ley habla del "Juez que conozca del proceso de sucesión", no se está refiriendo exclusivamente al único de aquellos de igual jerarquía y atribuciones que pueden existir en el municipio o circuito y que por competencia preventiva le haya correspondido el proceso mortuorio, sino a cualquiera de éstos que integran la respectiva circunscripción territorial: no puede olvidarse, como ya está dicho, que se trata de una competencia determinada principalmente por el factor territorial; y que la conveniencia que se busca con la atracción, se alcanza también cuando el proceso sucesorio y el declarativo sobre derechos a la herencia se tramitan simultáneamente en el mismo municipio o circuito, que es en verdad lo que la ley requiere.

Por lo demás, esta es justamente la interpretación que la Corte ha dado al mandato legal en comento, jurisprudencia que esta Sala reitera hoy pues no encuentra razones que la conduzcan a rectificarla. En sentencia de 14 de julio de 1954 dijo, en el caso: "...cuando en el Circuito correspondiente al último domicilio del causante existen varios Jueces de una misma jerarquía, se entiende que todos ellos son competentes para conocer de los juicios a que se refiere el ordinal 5º del artículo 152 del Código Judicial. De tal suerte que el Juez competente para el conocimiento de las acciones a que se refiere la segunda parte de este ordinal es, en general, el del último domicilio del causante y no únicamente determinado Juez del respectivo Circuito a quien le haya correspondido, como consecuencia de un repartimiento, conocer del juicio de suce-

sión. Por tanto, la demanda que en tal caso se promueva contra una sucesión, puede ser repartida, y el Juez a quien le corresponda es competente para conocer de ella aunque no sea el mismo que conoce de la causa mortuoria". (LXXVIII, 78).

Se desestima por consiguiente esta censura.

Cargo segundo

1. Con él se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1º, 5º, 6º, 8º, 22, 23 y 24 de la Ley 45 de 1936; 6º (ordinales 4º, 5º y 6º), 10, 12, 19 y 20 de la Ley 75 de 1968; y 1321 a 1326 del Código Civil, como consecuencia del error de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de la prueba testimonial que tomó en apoyo de su decisión.

El impugnante señala, como violación medio, la de los artículos 229, 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil.

2. A intento de demostrar el cargo que formula comienza el casacionista por transcribir lo que, en punto a los alcances de los artículos 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil, ha expuesto él en conferencias dictadas y textos escritos. Pregona allí que el legislador colombiano de 1970, "con el deseo de evitar en lo posible la insinuación y el factor psicológico muy importante que se produce en el testimonio como consecuencia de una primera declaración", puso algunas "cortapisas para la recepción anticipada de los testimonios"; que, para alcanzar ese cometido estableció un sistema en el cual distingue los "testimonios para fines judiciales, y los que se reciben para fines judiciales, y los que se reciben para fines no judiciales".

Expresa más adelante que para recibir anticipadamente los primeros el artículo 298 citado exige, como regla general, "la citación de la futura parte contraria", haciendo la salvedad para los supuestos en que el peticionario exprese bajo juramento "que el testigo es persona de edad avanzada que constituya un peligro para su vida, o gravemente enferma, *pues son los únicos casos en que se autoriza a prescindir de la citación*, en los demás, es decir cuando no se presentan esos dos motivos, sólo se autoriza la recepción anticipada del testimonio con previa citación de la futura contraparte, de manera que *es indispensable esperar a que llegue la oportunidad procesal para presentar los testigos dentro del proceso*. Así se le da más espontaneidad y más garantía a la declaración". Y refiriéndose al testimonio como prueba sumaria, expresa el impugnante que "como el artículo 299 dice que es innecesaria la audiencia sólo cuando el testimonio tiene fines distintos de su presentación al proceso, literalmente se concluye que no comprende los que deban servir de prueba sumaria. Con esta interpretación literal —continúa— habría que exigir que cuando se van a presentar al proceso estos testimonios porque la ley (los) exija, sería necesario cumplir el requisito especial de la citación de la parte contraria"; pero que ese es "otro caso de excepción, aunque no esté contemplado en el artículo 299, porque si la ley exige la presentación de prueba sumaria testimonial debe entenderse que está permitiendo su recepción anticipada, pues no se puede exigir la prueba y cerrar la vía procesal para recibirla".

3. Continuando en el desarrollo de la censura el casacionista, después de afirmar que su tesis no implica restricción de la actividad probatoria, asevera que lo cierto es que se ha abusado de la recepción anticipada de testimonios, "que si bien persiguen asegurar la prueba, sirven también como medio para comprometer a los testigos a que sostengan determinada versión, sea o no cierta".

Asevera luego el casacionista que ese fue el criterio del legislador: el de "impedir que se viciara la recepción de la prueba de testimonio de terceros, ya por su naturaleza endeble y peligrosa, permitiendo la recepción anticipada de ellos, sin citación de la futura parte contraria, para hacerlos valer en proceso posterior, con tremenda ventaja para esa parte, permitiéndole amañar los testimonios, violar su espontaneidad, desconocer el fundamental principio de la inmediación, menguar el no menos trascendental de la contradicción oportuna y eficaz de la parte contra quien luego se aducen y que con las solas repreguntas cuando se 'ratifiquen' no tiene igual defensa, que si interviene durante la primera declaración".

Por contera dice el censor que no tratándose de los casos de excepción previstos por las normas referidas, el testimonio recibido anticipadamente sin citación de la parte contraria es nulo, nulidad que no se convalida por la circunstancia de pedirse y practicarse su ratificación, "porque ésta es únicamente para los testimonios válidamente practicados o recibidos; jamás para sanear los inicialmente nulos por violación de los artículos 298 y 299".

4. Proyectando su tesis al caso presente, dice finalmente la impugnación:

"...el Tribunal de Buga la dio pleno valor probatorio a los siguientes testimonios recibidos anticipadamente sin cumplir los requisitos legales, pues no estando en los únicos tres casos en que se autoriza por los artículos... para recibirlos sin previa citación de la futura parte contraria, *fueron practicados sin dicha citación:* el de María Elisa Marmolejo...; el de Héctor Fabio Llano Marmolejo...; el de Carlos Rómulo Victoria, el de Lucila Murillo...; el de José Ramón Varela; el de Juan de Jesús Santos Guarnizo...; el de Mercedes Restrepo Mejía...".

Y termina su demanda el casacionista requiriéndole a la Corte una jurisprudencia "que ponga fin a la mala costumbre permitida por muchos Jueces y tolerada por muchos Tribunales, de darle valor y mérito a esos testimonios anticipados, pese a que con ellos se burla el trascendental fin perseguido con el sistema restrictivo creado en los artículos 298 y 299".

Se considera

1. *Según los principios generales de procedimiento, cuando una persona quiere hacer valer ante un Juez un derecho suyo, no puede limitarse a someterle su pretensión a fin de que éste decida si ello se concilia con las normas de derecho objetivo, sino que es preciso, además que le narre los hechos constitutivos de su pretensión misma y le proporcione la prueba de que ellos realmente han ocurrido. El Juez, al fallar, sólo puede declarar la existencia de un hecho sobre la base de la certeza que tenga de él, o si está legalmente presumido a la ley, lo exime de prueba y no se demostró el hecho contrario.*

El fin de la prueba es, entonces, llevar a la inteligencia del juzgador la convicción suficiente para que pueda decidir con certeza sobre el asunto materia del proceso, como se infiere de lo preceptuado por los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil.

Tal es el interés que para el proceso tienen las probanzas, que aun en los sistemas legales que se inspiran en un moderado principio inquisitivo, si bien se considera que aportar el material probatorio es misión reservada a los litigantes, no se priva sin embargo al Juez de los medios precisos para procurárselo. Si al amparo de un sistema rígidamente dispositivo el juzgador tiene que limitarse a esperar el resultado de las pruebas, y rendirse ante la carencia o deficiencia de las practicadas; en los países que como Colombia han adoptado el sistema inquisitivo, en cambio, no se priva al órgano jurisdiccional de facultades para que, a fin de formar su convicción, pueda proporcionarse las pruebas que falten, o suplir o perfeccionar de su propio motivo las incompletas o deficientemente aducidas por las partes (artículos 37-4, 179, 180, 183-1 y 240 Código de Procedimiento Civil).

2. *Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos que estructuran la relación material que se controvierte en el proceso, en forma que la sentencia que se profiera sí corresponda a la realidad de lo acontecido, es indispensable otorgar libertad para que así las partes como el juzgador puedan obtener todas las que sean necesarias y pertinentes.*

Las legislaciones positivas que, como ocurre hoy en Colombia (artículo 175 ib.), obedecen a la necesidad referida, consagran entonces el sistema llamado de la prueba libre, *el cual contempla dos aspectos básicos: la libertad de medios de prueba y libertad de objeto. Significa el primero que la ley no debe limitar los medios admisibles, sino dejar al Juez tal calificación; implica el segundo que pueda probarse todo hecho que de alguna manera incida en la decisión del litigio.*

3. *Para que la institución de la prueba judicial pueda cumplir cabalmente su trascendental función social, tiene que corresponder inexorablemente a ciertos y determinados principios, sin cuya observancia no puede merecer eficacia jurídica. Dentro de ellos, por ser relevantes en la controversia que aquí se estudia, pueden citarse los atinentes a la publicidad, contradicción, igualdad, probidad y formalidad de la prueba.*

No sin razón sostienen los expositores del derecho procesal que el diligenciamiento de la prueba, entendido como el conjunto de actos que es necesario cumplir para su incorporación al proceso, no es sino una manifestación particular del contradictorio, desde luego que un elemento de convicción judicial no puede, en principio, oponerse al litigante que no lo conoció y no tuvo injerencia en su producción. El principio de la publicidad de la prueba *significa que debe permitirse a las partes conocerla, objetarla, discutirla y analizarla para patentizar ante el Juez el valor que tiene; pero significa también que las conclusiones del fallador sobre la prueba deban ser conocidas por las partes, para, si es el caso, impugnarlas.*

Consecuencia obvia del anterior es el principio de la contradicción de la prueba, *pues éste reclama que la parte contra quien se opone, luego de conocerla, pueda intervenir en su prác-*

tica. A la contraparte le asiste el derecho de fiscalizar la prueba de su adversario en el litigio. Y esta facultad se cumple y tiene que cumplirse a todo lo largo del período que dure la incorporación de ella al proceso, ya que, conforme al principio dominante en la materia, formulada la petición y decretada la prueba el auto respectivo se notifica a la contraparte; contémira su intervención antes y durante la práctica, como cuando tacha los testigos o contrainterroga a los declarantes (artículos 218 y 228-4 Código de Procedimiento Civil); y se prolonga aún después, como acontece, verbi gratia, cuando objeta el dictamen pericial. Mediante el cumplimiento de la publicidad y contradicción de la prueba se produce en el proceso el llamado diálogo probatorio, cuya utilidad es manifiesta para los intereses de la justicia pues permite a cada parte completar, aclarar y desvirtuar las pruebas presentadas por la otra y al Juez ordenar la práctica de las que estime útiles y convenientes para los mismos fines, evitándose o eliminándose así las pruebas secretas u ocultas.

Intimamente relacionado con los anteriores, aunquando no se identifica plenamente con ninguno de ellos, está el principio de la igualdad de oportunidad que las partes deben tener para presentar o pedir la práctica de pruebas y para contradecir las aducidas por el adversario. Corresponde, en suma, a una proyección en concreto del general principio de igualdad de las partes ante la ley procesal.

Si, como lo pregona la doctrina universal, la prueba es común, si tiene su unidad y su función de interés general, no debe ella usarse jamás para ocultar o deformar la realidad, o para inducir al Juez a engaño, sino que debe siempre incorporarse al proceso al amparo del principio de lealtad o probidad, ya sea que provenga de la iniciativa de las partes, o de la actividad inquisitiva del Juez (artículos 37-3, 71 y 74 ibídem).

Complemento indispensable de los anteriores, es el principio de la formalidad de la prueba. Implica éste que la prueba se revista de ciertos y determinados requisitos extrínsecos e intrínsecos, sin los cuales queda demeritada en su valor probatorio y menguada en eficacia jurídica. Amén de la ausencia de vicios de fondo, como dolo, error o violencia, el testimonio, por ejemplo, debe rendirse con observancia de formalidades referentes al tiempo, modo y lugar (artículos 174, 183, 219, 220, 227, 228, 299, 299 y 301).

4. Hase entendido por procedimiento probatorio el conjunto de actos que, ora realizados por las partes o ya por el Juez, son indispensables para producir u obtener la prueba, practicarla y valorarla o ponderarla.

Fase importante en la primera etapa de la actividad probatoria, o sea en lo atinente a su producción, es el aseguramiento o defensa de la prueba, que se relaciona íntimamente con su investigación y alude a las medidas encaminadas a impedir que se desvirtúe o se pierda, o que su práctica se haga imposible por otras causas, y en ciertos casos a conservar las cosas y las circunstancias de hecho que posteriormente deben ser probados en el proceso.

Justamente, rindiendo tributo a esta especial necesidad el Código de Procedimiento Civil (artículos 229, 294, 298, 299, 300 y 301) autoriza la recepción de "pruebas anticipadas", como testimonios, interrogatorio de parte o inspección judicial para futura memoria.

5. Desde el punto de vista de su valor de convicción la ley implícitamente distingue entre pruebas plenas o perfectas e incompletas o imperfectas, según que lleven al Juez una convicción plena del hecho o que sólo lo establezcan como susceptible de ser verosímil.

Y como ya se ha insinuado, por razón del momento en que se producen, las pruebas se llaman procesales o extraprocesales: tienen el primer carácter cuando se aducen o practican en el curso de un proceso; y el segundo cuando su origen se sitúa fuera de éste, como las declaraciones de mudo hecho, las cuales ocasionalmente pueden ser luego llevadas al proceso.

El carácter de sumaria de una prueba, dice relación no tanto a su poder demostrativo sino a la circunstancia de no haber sido contradicha. Se opone, por tanto, a la controvertida; es decir, a la que ha sido practicada con citación y audiencia de la parte contra la cual se pretende hacer valer. De lo cual tiene que seguirse que las pruebas sumarias son siempre extraproceso; pero que éstas no tienen siempre aquel carácter, pues las hay con valor de plena prueba como ocurre con las anticipadas, cuando se practican con citación de la futura parte contraria.

6. De acuerdo con la preceptiva que contienen los artículos 229, 298, 299 y 301 del Código de Procedimiento Civil, cabe afirmar que el testimonio puede recibirse anticipadamente sin audiencia de la contraparte en los siguientes casos:

a) Cuando quien ha de rendirlo es persona de edad avanzada o gravemente enferma, siem-

pre que el peticionante jure que ignora el lugar donde se encuentre la persona contra quien pretender hacer valer la prueba;

b) Cuando, tratándose de aquellos deponentes, el interesado en la prueba exprese bajo juramento que en futura contraparte reside fuera de la sede del juzgado que deba recibir el testimonio;

c) En los supuestos en que, por disposición de la ley, como ocurre en los procesos de lanzamiento o posesorios, por ejemplo, para la admisión de la demanda se requiera acompañar la prueba sumaria; y

d) En todos los casos en que, ya para fines procesales o extraprocesales, necesite o quiera anticipar esta prueba.

Puesto que si el artículo 225 citado, en forma genérica y sin salvedad alguna, exige la ratificación "para que puedan apreciarse en un proceso declaraciones de testigos rendidas fuera de él sin audiencia de la contraparte"; y si el artículo 299 ibidem, también sin discriminación expresa ni implícita, permite pedir "la recepción de testimonios fuera de audiencia, para fines procesales o extraprocesales", agregando que en tal caso esas declaraciones así recibidas "tendrán el alcance de prueba sumaria", no parece acertado ni resulta congruente con el contenido de estas normas restringir el testimonio anticipado, como aquí lo hace el recurrente, para los tres primeros casos de los cuatro determinados anteriormente y dejar al margen de dicha facultad la última hipótesis. Además, el artículo 301 ejusdem impide la interpretación restringida, pues dicho precepto indica el procedimiento a seguir para la práctica de "las pruebas anticipadas de que trata" ese capítulo; por otra parte, cabría observar que el mentado artículo 299 no dice cuándo se puede pedir el testimonio como prueba sumaria, sino que los recibidos fuera de audiencia, ya sea para fines procesales o ya extraprocesales, tendrán el alcance de prueba sumaria, *lo que ciertamente es cosa distinta.*

Contra lo que la censura asevera, cree la Corte que la interpretación que ésta ensaya aquí es la correcta, no solamente porque ninguno de los preceptos legales citados prohíbe anticipar la prueba testimonial en alguno o algunos procesos, sino porque más bien ella se aviene y armoniza con la necesidad de aseguramiento y guarda de la prueba, a más de que su práctica anticipada puede determinar su utilidad para el proceso, evitando de paso el desgaste de actividad en la evacuación de testimonios que a la postre pueden resultar absolutamente inanes o inútiles.

7. Mas, como el testimonio rendido anticipadamente y sin audiencia de la contraparte es prueba no controvertida, tiene apenas "el alcance de prueba sumaria" según expresión de la ley, es preciso entonces, para ameritarla en su eficacia, hacerla pública y brindarle a la contraparte la oportunidad de fiscalizarla, objetarla, discutirla y analizarla posteriormente dentro del proceso al cual se ha llevado. Lo cual se logra con la ratificación, que consiste en llamar al testigo que declaró antes para que bajo juramento declare nuevamente, sometiéndole de nuevo las preguntas y adicionando éstas como el Juez y las partes los deseen, sin leerle ni dejarle leer su anterior declaración.

A través entonces de un riguroso contrainterrogatorio puede la parte a la cual se opone el testimonio desbaratar "el que es amañado", menguarle su mérito demostrativo y aun anularlo si triunfa con éxito al declarante. Ejercida la fiscalización con severidad pero sin éxito, la prueba sale purificada y por virtud de su inmaculación reclama la eficacia que legalmente le corresponde.

8. Aplicando los anteriores principios legales y doctrinarios al caso presente, se tiene:

a) Fundándose en la facultad legal que, como quedó dicho, le confiere la ley, la aquí demandante solicitó y fueron recibidos anticipadamente los testimonios de María Elisa Marmolejo, Rómulo Victoria Varela, José Ramón García, Imeidia Murillo de García, Aurora Arias de Llanos, Mercedes Restrepo Mejía, Héctor Fabio Llanos y Juan de los Santos Guarnizo, todos los cuales anexó a su demanda mediante la cual depreció que se la declarara hija natural del finado Napoleón Escalante;

b) En esa misma demanda la actora, a más de pedir nuevos testimonios, solicitó que se citara a los anteriores declarantes para que ratificasen sus declaraciones anteriormente rendidas, súplica que el juzgado de la causa la aceptó y así lo dispuso por auto de 19 de agosto de 1968, que se notificó legalmente a los interesados y en el cual además se señalaron las horas y los días en que se practicarían las audiencias respectivas;

c) Llegadas que fueron las horas de los días señalados, el Juez del conocimiento, en presencia de los testigos y con la asistencia de los apoderados de ambas partes, procedió, según se lee en las actas respectivas, a constituirse "en audiencia pública en el recinto del juzgado con el objeto de recibir las declaraciones a los testigos citados por la parte demandante y decretadas

como prueba...". Y luego de tomarles el juramento los interrogó "sobre sus condiciones civiles"; sobre "el cuestionario que figura al folio..."; les someríó las nuevas preguntas que a ellos hizo entonces el apoderado de la parte demandante; y muy especialmente el amplísimo contrainterrogatorio que sobre múltiples aspectos de la cuestión controvertida les formuló "el apoderado de los demandados"; y

d) Importa relievar, pues, que en estas diligencias, en las que ni siquiera se habló de ratificación, sino de "audiencia pública para la recepción de las declaraciones...", previas las preguntas los declarantes repitieron su declaración anterior y contestaron los interrogatorios adicionales que las partes desearon, especialísimamente las nuevas preguntas que en número múltiple y a la casi totalidad de ellos les hiciera "el señor apoderado de los demandados", a tal punto que en determinado momento éste expresó "no tener más preguntas para formularle al testigo".

9. Todo lo atrás discurrido, y muy particularmente la relación de actos que relativamente a la recepción de los testimonios dentro del proceso se ha hecho, impulsa ahora a la Corte, como condujo a los juzgadores de instancia, a reconocerle eficacia probatoria plena a la prueba así practicada, por haberlo sido con observancia de todas las formalidades que la ley establece al efecto y no tratarse, por ende, de pruebas secretas, ocultas o subrepticiamente evacuadas.

Por cuanto en la incorporación de dichas probanzas al proceso se acataron todos los preceptos legales atinentes a su aportación y práctica, tales medios se tornan ahora plenamente eficaces y su inmaculación le impone al Juez la obligación de estimarla en su mérito demostrativo: si este deber no se cumpliera, se incurriría, entonces sí, en indiscutible y gravísimo error de derecho.

10. Quizás no sobra agregar, para rebatir la tesis del casacionista, que si según ésta no es dable anticipar, sin citación de la parte contraria, la recepción de testimonios en los procesos de filiación natural, obrando ya ellos materialmente en los autos le correspondería entonces al Juez oficiosamente ordenar su práctica, según la facultad irrenunciable que al respecto le imponen los artículos 37-4 y 179 de la codificación citada.

Facultad que conlleva, como es apenas obvio, la obligación de disponer los trámites indispensables para completar o perfeccionar las pruebas que estime mal practicadas, pues en pos de obtener su convencimiento sobre la certeza de los hechos, como supuesto indispensable para proferir una sentencia *secundum jus*, no puede tener limitaciones para tornar en inmaculadas pruebas que han sido practicadas irregularmente.

11. Corolario obligado de todo lo expuesto es, entonces, el de que el Tribunal de Buga, al atribuirle pleno mérito demostrativo a la prueba testimonial solicitada por la demandante, no infringió los artículos 229, 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil, ni, por lo consiguiente, aplicó indebidamente los preceptos sustanciales que en este cargo la censura señala como violados indirectamente.

Cargo tercero

1. Con éste los recurrentes acusan el fallo del Tribunal de ser indirectamente violatorio, también por aplicación indebida, de los mismos preceptos legales sustanciales señalados en el cargo anterior, como consecuencia de otros errores de derecho en que habría incurrido el juzgador en la apreciación de la prueba testimonial.

La censura indica aquí, como violación medio, la de los artículos 226 y 228 del Código de Procedimiento Civil.

2. Dos son, en suma, los errores de derecho que al través de este cargo le enrostra el recurrente al Tribunal: hace consistir el primero en que el *ad quem* estimó la fatalidad de los testimonios como "estupendos, de total mérito probatorio", no obstante que ellos corresponden en todas sus respuestas a preguntas "totalmente insinuantes y en muchos casos las respuestas fueron reproducción del texto de ellas"; y radica el segundo en que se estimaron esas declaraciones, muy a pesar de que en todas ellas "se omitió formular a los testigos la importantísima pregunta 'genérica' que ordena el numeral 1º del artículo 228", o sea exigirle "que haga un relato de los hechos objeto de la declaración".

3. Concretando el primer error de derecho que denuncia, expresa el recurrente delanteramente que una pregunta es insinuante cuando se la redacta "en forma de que en ella aparezca lo que el preguntante desea que el testigo conteste, en vez de pedirle genéricamente que informe sobre lo que pueda constarle acerca de la existencia o inexistencia del hecho o de la situación que se está investigando"; pasa luego a analizar, transcribiéndolas, una a una las preguntas que se formularon a los deponentes María Elisa Marmolejo, Héctor Fabio Llanos, Carlos Rómulo Victoria, Lucidia Murillo, José Ramón

García, Rómulo Victoria Varela, Juan de los Santos Guarnizo, Mercedes Restrepo Mejía, Aura de Llanos y Joel Restrepo, para concluir afirmando que todas ellas son preguntas asertivas, insinuantes, "que ordenan la forma de responder y dar todos los detalles para la respuesta; en vez de habérseles preguntado a los testigos qué les constaba respecto del trato de Escalante para los hijos de Isabelina y cuáles eran sus nombres y quién podía ser el padre".

Estima pues la censura que los interrogatorios formulados a los declarantes, tanto antes del proceso como dentro de éste, infringieron el artículo 226 del Código de Procedimiento Civil "y al darles mérito pleno, o siquiera mediano, la honorable Sala falladora del Tribunal" incurrió en un "flagrante error de derecho en la apreciación de tales testimonios, cuyo ejemplo constituye una verdadera calamidad pública para la justicia judicial del país".

4. A intento de demostrar el segundo error de derecho que denuncia en este mismo cargo, asevera el casacionista que al haberse omitido hacer a los testigos la pregunta "genérica" a que atrás se aludió, no es posible aceptar que las declaraciones aquí recibidas sean eficaces, pues les faltó una importante formalidad que las deja "totalmente sin mérito probatorio, totalmente inservibles"; que erró entonces el juzgador "que aceptó tales interrogatorios, en vez de haber sustituido las preguntas por otras que carecieran de insinuación de las respuestas y especialmente de ese estilo asertivo que ordena prácticamente al testigo que declare lo que se pregunta".

Se considera

1. En punto al desarrollo del proceso intelectual que implica la apreciación de la prueba por el Juez, como lo tienen dicho al unísono jurisprudencia y doctrina, esa actividad presenta dos momentos distintos: el primero, en el cual el fallador concreta su atención a verificar la existencia de la prueba en el proceso y a determinar su contenido, es decir, a contemplar su objetividad; y el segundo, en el cual toma la prueba que ha encontrado, pura, con base en la ley, ponderarla, pesarla, medir su eficacia y deducir su fuerza de convicción. Y que en el primero de estos dos momentos puede el Juez incurrir en error de hecho, al paso que en el segundo sus falencias implican error de derecho.

Esto significa, entonces, que el error de hecho equivale al desacierto del Juez en la contemplación objetiva de la prueba; mientras que el error de derecho se traduce en la desacertada contemplación jurídica de ella: el primero es el yerro sobre la *existencia* o el *contenido* de la prueba; el segundo, sobre la *valoración* de ésta, según el sistema legal regulativo del medio de prueba.

2. Para advertir la improsperidad de este cargo la Corte tiene que decir que las respuestas de los declarantes están lejos de corresponder a preguntas insinuantes, y que en las declaraciones testimoniales no se pretermitió la formalidad requerida por el preitado artículo 228, en su primera parte.

En efecto. *Si bien es verdad que la ley prohíbe preguntar al testigo, insinuándole en el interrogatorio la respuesta, no lo es menos que en este caso ninguna de las preguntas es sugerente, pues no corresponden al planeamiento de disyuntivas parciales o afirmativas por presunción que hubieran colocado a los testigos en imposibilidad de contestar en términos distintos a los queridos por el preguntante. En punto de interrogatorios es preciso recordar que, en principio, todas las preguntas son sugestivas porque en mayor o menor grado envuelven sugerencias: lógico resultaría pensar que los interrogatorios sólo pueden ser elaborados a base de preguntas determinantes, las cuales sí no encierran ningún grado de sugestión.*

3. Y como se verá a espacio al despachar el cargo siguiente, en el cual se plantea también este segundo aspecto pero por error de hecho, en la recepción de los testimonios, si se observó la ritualidad prevista por el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo dicho, se desestima también esta tercera censura.

Cargo cuarto

1. Mediante éste los recurrentes acusan igualmente la sentencia de ser indirectamente violatoria, también por aplicación indebida, de las mismas normas de derecho sustancial señaladas en los dos cargos precedentes, pero indicando aquí como causa de dicha infracción los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de la prueba testimonial que tomó en apoyo de su decisión.

2. En desarrollo de este cargo dice el impugnador, después de calificar a todos los testimonios como "de una tremenda pobreza de contenido, sin razón suficiente de la ciencia de los dichos, sin mérito de convicción alguna", que estos por

tanto, al contrario de lo que sostiene la sentencia, son inanes para demostrar una o alguna de las presunciones de paternidad alegadas.

En su análisis crítico de los testimonios el impugnador transcribe los pasos trascendentes de las declaraciones rendidas por María Elisa Marmolejo, Héctor Fabio Llanos, Carlos Rómulo Victoria, Lucidia Murillo, José Ramón García, para luego censurarlos acremente uno a uno; dice, refiriéndose al primero, que la testigo "se limita a repetir lo dicho en las preguntas superinsinuantes, de modo que sus respuestas carecen de mérito probatorio"; que el del segundo es contradictorio con el anterior; que el siguiente no tiene mérito, "salvo en cuanto a que se arrendó la casa a fines de 1968 y hasta mayo de no se sabe qué año"; que el subsiguiente tampoco expresa la razón de sus dichos en relación con las por él afirmadas relaciones sexuales "en la época de la concepción de los hijos de Isabel, ni respecto a una posesión de estado de hijo, es más que protuberante y manifiesto, realmente absurdo"; que el último no precisa el porqué de los hechos sobre los cuales depone, ni menos las circunstancias de tiempo en que ellos ocurrieron, que como este testigo dice que "estaba todo el día durmiendo, porque trasnochaba", eso "deja aún más sin razón del dicho su testimonio"; y que, en fin, "resulta totalmente absurdo" que el Tribunal le hubiera asignado mérito probatorio a esos testimonios que "son pura y simple basura".

3. Aludiendo al examen en conjunto que de tales declaraciones hizo el sentenciador de segundo grado, asevera la censura "que es contraevidente, porque ellos no prueban absolutamente nada" porque son respuestas insinuadas, carentes algunas y otras con "muy deficiente razón de la ciencia del dicho", contradictorias algunas y las más están huérfanas de explicación de cómo percibieron los hechos que narran y dónde los percibieron. Que nadie "menciona la educación. Nadie vio el suministro de alimentos. Nadie presenció presentaciones a terceras personas de los niños como hijos, por parte de Napoleón. Nadie explica haber presenciado el trato en forma continua, por ningún lapso; apenas algunos dicen que en cierta ocasión, totalmente esporádica, vio algo".

Expresa finalmente el recurrente que un criterio "tan exageradamente amplio", como el que dice empleó en este caso el *ad quem*, "para estimar la más peligrosa prueba judicial que pueda existir, la Justicia Judicial colombiana degeneraría en un incontable montón de perjurios y de sentencias injustas y contrarias a la verdad procesal"; y que "más que en ninguna otra ocasión, debe extremarse el rigor crítico cuando se trata de demostrar una situación que la ley exige que sea *notoria, pública, evidente*, como es la de posesión notoria de hijo".

Se considera

1. *Según el sistema de la persuasión racional, el poder demostrativo de la prueba testimonial se examina en función de ser las declaraciones de los testigos responsivas, exactas y completas. Es responsiva al testimonio, cuando cada contestación se relata dando la razón de la ciencia de lo dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó al conocimiento del deponente; exacto, cuando la respuesta no deja lugar a incertidumbre; y completo, cuando la deposición no omite las circunstancias de hecho que puedan ser influyentes o relevantes en la cuestión litigada.*

Con el propósito de que el testimonio logre estos requisitos que son indispensables para atribuirle eficacia probatoria, los artículos 227 y 228 del Código de Procedimiento Civil establecen las formalidades de evacuación o recepción de la prueba: autorizan al Juez para que, previo la formalidad del juramento y la calificación de las preguntas, interrogue a los declarantes sobre los aspectos previstos en dichas normas. Mas es preciso aceptar que esas formalidades, dada su finalidad propia, no sólo se observan cuando hay pormenorizado interrogatorio del Juez sobre precisas circunstancias, sino también cuando por otras razones, dentro de las cuales se enlistan las preguntas de las partes y la exposición espontánea del declarante, el testimonio resulte completo, exacto y responsivo. Y si ello es así, irrazonable e injurídico resultaría desestimar las declaraciones que se han producido con citación e injerencia de ambas partes.

2. En el caso de este proceso, según lo indican las actas que contienen las declaraciones de María Elisa Marmolejo, Héctor Fabio Llanos, Carlos Rómulo Victoria, Lucidia Murillo, José Ramón García, y demás que la censura indica en este cargo como indebidamente apreciados, el Juez cumplió con las formalidades indicadas en los precitados artículos 227 y 228, pues luego de tomarles "el juramento de rigor, previas las formalidades y amonestaciones del caso", los interrogó "sobre sus condiciones civiles", las cuales todos precisaron; a continuación les preguntó, separada y sucesivamente, sobre "los

puntos del cuestionario"; "os interrogatorios nuevos y adicionales que allí les formularon los apoderados de ambas partes litigantes.

La testigo María Elisa Manolejo asevera en su declaración que por haber residido en Zarzal durante los últimos 30 años, conoció a Isabel Guarnizo, a los dos hijos de ésta y a Napoleón Escalante, con quienes trabó amistad "porque ellos vivieron en mi casa del año de 1964 hasta el 66, yo les había arrendado la casa a Isabel y a este señor"; que cuando llegaron a vivir a casa de propiedad de la deponente "ella estuvo allí en embarazo" de su primer hijo; que después "tuvo el otro y también estuvo en mi casa con éste"; y que por esas razones puede afirmar que Napoleón no solamente pagaba $ 250.00 mensuales por concepto de arrendamiento, sino que además atendía en todas sus necesidades a la concubina y a sus dos hijos.

El testigo Héctor Fabio Llanos, quien en su declaración jurada afirma que vivió casi frente a la casa que ocupaban Napoleón e Isabel, dice que los conoció desde cuando él tenía "entre 7 u 8 años", porque para entonces ellos vivieron "en una casa de mi mamá" en esa ciudad de Zarzal; que cuando Napoleón no dormía en casa de la concubina, él, el testigo, acompañaba a Isabel, servicio que prestaba por petición del concubinario, quien se lo remuneraba; y que por esas razones le consta, y así lo depone, que el mentado Napoleón atendía a la subsistencia y pagaba el arrendamiento a la madre del testigo. Añade que "ellos llegaron a vivir a esa casa, don Napoleón y doña Isabel, en agosto de 1964, recuerdo esto porque en esa época entré yo a estudiar, por ahí hasta 1966 permanecieron ellos allí".

Carlos Rómulo Victoria, vecino del Municipio de Andalucía, expresa que conoció a Escalante a finales del año de 1968, cuando le arrendó una casa en esa ciudad, a donde llevó a vivir con él a Isabel quien entonces se encontraba en embarazo y llevaba un niño de unos 4 años de edad, al que llamaban Hernando. Que Napoleón trataba a Isabel como a su esposa, y que precisamente le arrendó la casa porque el solicitante así se lo aseveró.

Lucidia Murillo asevera también que por haber sido vecina de ellos cuando vivieron en Andalucía, época que la testigo sitúa entre 1968 y mayo del año siguiente, conoció a Napoleón y a Isabel a quien él trataba como su esposa; que allí ocuparon en arrendamiento una casa del doctor Varela, que les arrendó el testigo anterior; que para entonces Isabel se encontraba en estado de embarazo y ya tenía al niño llamado Hernando.

3. Bastaría el compendio que se ha hecho de los anteriores testimonios para advertir, al contrario de lo que afirma el casacionista, que los declarantes sí explican las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron ocurrencia los hechos sobre los cuales ellos deponen y la forma como llegaron a su conocimiento; sus afirmaciones están todas exentas de dudas o vacilaciones; y, además estos declarantes, como los restantes recibidos y que en gracia de la brevedad es innecesario compendiar, respondieron sobre todas las cuestiones que, relativamente a las relaciones sexuales de Napoleón e Isabel y al trato de hijos que aquél dio a los dos demandantes, se les preguntaron. Lo cual significa, en suma, que los aludidos testimonios sí son exactos, responsivos y completos y que por ello son dignos de credibilidad.

De otra parte observa la Corte que todos los declarantes citados concuerdan en las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos; que no hay en la declaración de cada uno de los 10 testigos referidos, ni entre todas ellas consideradas en conjunto, contradicción alguna, muy a pesar del intenso contrainterrogatorio a que el apoderado de los demandados sometió a la mayoría de los deponentes en la audiencia respectiva, repreguntas que dieron pie para que los declarantes precisaran y reiteraran sus asertos.

4. *Finalmente sería preciso recordar que, como lo ha dicho la doctrina y lo acepta la jurisprudencia, el régimen probatorio en la cuestión de investigación de la paternidad natural no puede exigirse con un criterio tan severo que llegue a establecer un sistema de tan extremado rigor que haga prácticamente irrealizable su comprobación judicial. Por esto la ponderación de los testimonios que la acreditan tiene que quedar a la cordura, perspicacia y meditación del juzgador, quien tiene que analizarlos con ponderada ecuanimidad de criterio, considerando las circunstancias personales de cada testigo, el medio en que éstos actúan; evaluándolos no uno a uno sino en recíproca compenetración de sus dichos, a fin de determinar hasta donde han de ser pormenorizados los datos que cada testigo aporte, y, en fin, a sopesar todos los elementos de juicio que le permitan el convencimiento interior afirmativo o negativo de la filiación impetrada.*

Y si la sentencia de instancia que así lo deduzca no se sitúa ostensiblemente al margen de lo razonable, o si no contradice manifiestamente lo que la prueba testifical indica, tiene que permanecer y mantenerse inmutable en casación, pues en esas precisas circunstancias a la Corte le queda vedado modificar o variar la apreciación probatoria que el fallo impugnado trae.

Se rechaza pues el cargo.

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 de fecha diecisiete (17) de diciembre de mil novecientos setenta y nueve (1979), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Costas del recurso extraordinario a cargo de los recurrentes.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda
Secretario General.

FILIACION NATURAL

Prueba trasladada.

La influencia de la cosa juzgada penal en el proceso civil no guarda relación alguna con la validez de las pruebas practicadas en el proceso penal ni impide que puedan ser trasladadas a otra actuación.

Indicios que razonablemente permiten inferir las relaciones sexuales.

Régimen probatorio de los documentos privados no auténticos.

Valor de convicción de los dictámenes grafológicos.

El factor numérico, no desempeña ningún papel en la valoración de la prueba. De la misma manera que los testigos "se pesan, pero no se cuentan", otro tanto ocurre con los dictámenes periciales.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
José María Esguerra Samper.

Bogotá, 5 de agosto de 1980.

Antecedentes

En este proceso ordinario de filiación natural y petición de herencia promovido por Luz María Candelo contra las tres únicas herederas de Edmond Zaccour, la Corte casó la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y decretó como prueba la práctica de un nuevo dictamen grafológico para aclarar la duda que ofrecía la valoración de los que habían sido allegados en la primera instancia.

La prueba en cuestión ya fue debidamente surtida, como lo fueron también las que hubieron de ser practicadas con motivo de la objeción por error grave que la demandante formuló contra aquélla. En estas condiciones ha llegado el momento de decidir en instancia el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el fallo de primer grado, a lo cual se procede porque no se observa ningún motivo de nulidad que lo impida.

En la referida sentencia dictada por esta Corporación se resumió la controversia de la siguiente manera:

I

Historia del litigio

"1. La demandante pidió que se la declárase hija natural del citado Zaccour con apoyo en las presunciones de paternidad que consagran los numerales 3º y 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968. Dirigió su pretensión contra Diecie Edna, Dora María y Margarita Zaccour (señoras de Makdaouf, de Saouda y de Romolins en su orden), herederas del causante en su calidad de hijas naturales del mismo, las dos primeras por haber sido reconocidas como tales por escritura pública y la última en virtud de declaración judicial.

"2. Como súplicas consecuenciales pidió también que se le reconociese su vocación hereditaria en la sucesión de su padre, su concurrencia con las demandadas y con derecho a una cuota igual a la de éstas; que se ordenasen las inscripciones de rigor consiguientes a la declaración de filiación; y que, en caso de que se opusieran, se condenara a las Zaccour en las costas del proceso.

"3. La demandante apoyó sus pretensiones en los hechos que en seguida se compendian:

a) Edmond Zaccour tuvo relaciones sexuales con Anatilde Candelo, soltera entonces, durante los años de 1919 y 1920, en la población de 'La Cumbre', a donde aquél iba a pasar largas temporadas y fruto de aquéllas fue Luz María, nacida el 23 de octubre de 1920 y bautizada en Cali el 20 de junio del año siguiente; b) Que en un principio Zaccour atendió a todas las necesidades de Anatilde y de Luz María, y que reconocía a ésta como hija suya ante sus amigos y relacionados; c) Que muchos años más tarde Edmond fue citado a absolver posiciones tendientes a establecer su paternidad respecto de Luz María, la que negó categóricamente, pero que acaso por remorderle la conciencia y arrepentido de haber faltado a la verdad en dicha diligencia con fecha 22 de mayo de 1959 dio respuesta a la carta que le había dirigido Luz María el 12 de los mismos, 'en la que reconoció de modo expreso, franco, incondicional y definitivo, el hecho de la paternidad respecto a mi poderdante la distinguida señorita *Luz María Candelo*'; y d) Que Zaccour murió soltero, el 11 de noviembre de 1970 en Bogotá, y que el respectivo proceso de sucesión fue abierto por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali, ciudad en donde tuvo su último domicilio y el asiento principal de sus negocios.

"4. Las demandadas dieron respuesta al libelo oponiéndose a las súplicas de la actora, aceptaron algunos hechos pero negaron enfáticamente todos los relacionados con la declaración de filiación solicitada. Además, tacharon de falsa la carta citada en el punto anterior.

"5. Luego de algunos incidentes que fueron oportunamente resueltos, de la práctica de las numerosas pruebas que adujeron las partes litigantes y de presentados sus extensos alegatos de conclusión, el Juez del conocimiento (Décimo Civil del Circuito de Cali) le puso fin a la primera instancia en sentencia del 18 de noviembre de 1975 en la siguiente forma:

"a) Declaró auténtica la carta de fecha 22 de agosto (sic) de 1959, dirigida por Zaccour a la demandante;

"b) Declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada;

"c) Declaró que Luz María Candelo era hija natural de Edmond Zaccour y en tal carácter le reconoció la vocación hereditaria correspondiente en la sucesión de su padre;

"d) Dispuso comunicar aquella decisión al Notario Segundo de Cali y al Cura Párroco de la Catedral de la misma ciudad, para que hicieran las anotaciones del caso en el libro de estado civil y en la partida de bautismo de Luz María;

"e) Ordenó la cancelación del registro de la demanda; y

"f) Condenó en costas a las demandadas.

"6. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali resolvió el recurso de apelación que las Zaccour interpusieron contra la sentencia de primer grado, revocándola, y en su lugar decidió lo siguiente:

"1º *Declárase* que no ha sido probada la autenticidad del documento que fue materia de la tacha de falsedad.

"2º *Niéganse* las súplicas de la demanda que dio origen al presente proceso y, en consecuencia, absuélvase a las demandadas de los cargos formulados en dicho libelo.

"3º *Ordénase* la cancelación de la inscripción de la demanda.

"4º *Condénase* a la actora a pagar las costas de ambas instancias".

II

La sentencia apelada

Luego de transcribir la demanda y sus correspondientes contestaciones, se refiere el Juez en primer término a una carta fechada el 22 de mayo de 1959, dirigida a la demandante Luz María Candelo y autorizada por una firma que dice "Edmond Zaccour", carta que fue tachada de falsa por las tres demandadas en sus respuestas al libelo. Agrega que se revocó por prematura la providencia mediante la cual el juzgado puso fin al incidente de tacha, por considerar que esa decisión sólo podía tomarse en la sentencia.

Con ese fin y en un capítulo que denomina "un documento tachado de falso" dedica largas páginas a transcribir lo expuesto en la providencia revocada, afirmando que las circunstancias y los elementos de prueba que entonces tuvo en cuenta para proferirla no han sufrido ninguna modificación.

En esta parte de su sentencia rememora el juzgador *a quo* que en el incidente de tacha se practicaron pruebas fundamentales, como un dictamen pericial rendido por los grafólogos Rafael David Aponte García y Octavio Marulanda "tomados de la lista oficial de Auxiliares de la Justicia", de acuerdo con el cual la firma atribuida a Zaccour es auténtica, y otro que fue

trasladado a éste, que se practicó en el proceso penal adelantado contra Luz María Candelo por el delito de falsedad en documentos, cuya conclusión fue totalmente contraria a la del anterior.

De la minuciosa ponderación de tales dictámenes y de las diligencias de cotejo cumplidas en el incidente, concluye que el practicado en este proceso, que no fue objetado por ninguna de las partes, corresponde a la realidad en vista de su firmeza, claridad, precisión y calidad de sus fundamentos y también en que los peritos formaban parte de la lista oficial de auxiliares de la justicia, al contrario de los grafólogos que actuaron en el proceso penal.

En cuanto a la prueba practicada en el proceso antes mencionado y cuyo traslado se ordenó sin reparo alguno de las partes, dice el Juez que carece de todo valor, no obstante que en aquél se llevó a cabo con la intervención de las mismas personas que actúan en esta litis, como que en el penal la denunciante se constituyó como parte civil. Esa apreciación la funda en que la actuación ante el Juzgado Superior culminó con una providencia en que se decretó la cesación de todo procedimiento contra la sindicada por haber "operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal" y que esa decisión fue confirmada por el Tribunal. En respaldo de ese aserto transcribe el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal y una doctrina del Tribunal de Cali sobre la fuerza de la cosa juzgada penal en lo civil cuando la decisión proferida en el primero es condenatoria "si tiene soporte en los mismos hechos, pruebas y títulos que sirvieron de fundamento a la acción penal". De esta premisa concluye el Juez: "Y al contrario, cuando la acción penal haya terminado con decisión que no condene al presunto responsable de la infracción, ninguna incidencia podrá tener el fallo penal en el proceso civil".

"Así las cosas - dice el Juez *a quo* -, ningún valor tiene para el fallador en el incidente que se decide, las pruebas trasladadas a este proceso del penal que cursó por falsedad contra Luz María Candelo la destinataria de la carta íntima suscrita por Edmond Zaccour y dentro del presente proceso civil tachada de falsa.

"Así mismo y como consecuencia de los comentarios de orden jurídico y legal que acaban de formularse, ningún valor probatorio podrá conceder el juzgado al dictamen grafológico rendido por los especialistas Alberto Hernández Méndez y Ricardo Adarve de Greiff. Fue él un dictamen realizado sin controversia alguna y ningún alcance positivo, como ya se anotó, que se refleje en la providencia judicial que puso término a la acción penal".

En el capítulo siguiente que denomina "prueba testimonial" el fallador de primera instancia menciona los nombres de todos los testigos que declararon en el proceso, a petición de las partes y por decreto oficioso, y alude igualmente a las declaraciones que fueron trasladadas del proceso penal.

A renglón seguido se expresa así:

"Los declarantes presentados por el personero judicial de la demandante son, por su número, por la calidad social de las personas que deponen, y por la misma forma de la declaración, —francos, sin timideces, directo—, un conjunto armonioso y contundente para sacar avante los anhelos de Luz María Candelo.

"El más severo análisis de la prueba testimonial traída a los autos por el personero judicial de Luz María Candelo, deja al fallador la clara sensación de que esos testimonios (muchos de ellos rendidos ya en edad muy avanzada) constituyen la plena prueba de lo que la actora pretende demostrar a través del proceso, a saber: a) Que por allá en los años de 1919 y 1920, el señor Edmond Zaccour frecuentaba, como veraneante el Municipio de La Cumbre en donde casi siempre se alojaba en el hotel 'Tulen' que por aquella época era de propiedad de Rogelio González y su esposa; b) Que por aquella época (1920) el señor Edmond Zaccour entabló relaciones amorosas con la señorita Anatilde Candelo —por esa época soltera - y tuvo relaciones sexuales con ella, 'relaciones que se infieren del trato personal entre ellos, y al tenor de lo dispuesto en el ordinal 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968; sin que la parte demandada haya intentado siquiera demostrar la imposibilidad física del señor Zaccour para engendrar en aquella época, ni que en la misma época Anatilde Candelo hubiera tenido relaciones de la misma índole con otro u otros hombres'; c) Que de los dichos amores de Zaccour con la Candelo y de las relaciones sexuales que tuvieron entre sí nació Luz María Candelo el 23 de mayo de 1920; d) Que las relaciones sexuales, claramente demostradas para la sociedad entre Edmond Zaccour y Anatilde Candelo, tuvieron lugar en el tiempo en que según el artículo 92 del Código Civil debió tener la concepción de Luz María Candelo; e) Que el trato personal y social dado

por Zaccour a Anatilde Candelo antes del parto y en el mismo parto fue inequívocamente una muestra clara de su paternidad; f) Que el comerciante Edmond Zaccour acogió y trató a la niña Luz María Candelo como hija suya, a partir de su propio nacimiento y aproximadamente hasta cuando ella cumplió 12 años; y g) Que el señor Zaccour visitaba con frecuencia y con frecuencia también hacía obsequios a su pequeña hija Luz María Candelo, en los primeros años de su vida, en la población de Yumbo en donde vivía y crecía bajo los cuidados de su madre Anatilde.

"La mayor parte de los declarantes traídas al proceso por la parte demandante son espontáneos, verticales y claros. Y analizados ellos a la luz de la más severa crítica testimonial, forman un apretado haz de concepción armoniosa, diamantina limpidez y desusada verosimilitud.

"Según se verá en las resultas de esta litis, el Juez del conocimiento con la sola carta dirigida por don Edmond Zaccour a Luz María Candelo (que más adelante se califica de auténtica), bien podría declarar como hija natural del comerciante libertés a la actora en este proceso. Pero más fácil le queda, teniendo para su examen el cúmulo de declaraciones a las cuales se ha hecho referencia. Que ellas por sí solas, también, servirían al fallador como prueba sillar para edificar su sentencia, favorable en un todo a la demandante Candelo.

"Existen en el proceso, también, respetables voces testimoniales acá traídas, o al proceso penal llevadas, por los personeros judiciales de las aquí demandadas. Pero al lector, al más desprevenido de ellos, no debe causarle extrañeza el hecho de que el fallador no formule especiales glosas de esos dichos. Como que frente a esa prueba pareja y débil, está de bulto la enorme, la contundente y armoniosa —se repite— urdimbre inexpugnable formada por tantas voces equilibradas, maduras, imparciales y verídicas.

"El fallador se ha detenido a estudiar todas y cada una de las pruebas testimoniales; y ya hasta aquí el lector conoce su concepto al respecto. Sin embargo, no queda mal trasladar aquí una frase aislada, dictada dentro de la audiencia respectiva por la señorita Marina Engracia Escobar Lemis de 76 años de edad al momento de la declaración. Esforzándose ella en acumular datos y detalles de sus afirmaciones, y como para revestir de mayor fuerza su dicho espontáneamente hizo esta afirmación: 'Y que negar que Luz María Candelo es hija de Edmond Zaccour es como negar la luz del día' ".

Más adelante comenta los alegatos de conclusión presentados por ambas partes y transcribe largamente varios de los razonamientos que contiene el de la demandante en el que se afirman que están plenamente probadas las presunciones de paternidad natural invocadas en la demanda.

En cuanto a las excepciones propuestas por los apoderados de las Zaccour, se refiere en primer término a la de "ilegitimidad de personería adjetiva de la parte actora" que lo fue como dilatoria, se remite el Juez a su providencia del 26 de enero de 1973, en la que expuso que ha debido serle en escrito separado. Respecto de las restantes o sea las de "carencia de acción, ilegitimidad de personería sustantiva, carencia de derecho y la innominada" dice el fallador que "nada suerte han de correr, porque con los razonamientos hasta aquí adelantados sobre lo capital y lo adjetivo del proceso, bien puede asegurarse ya que esas excepciones se darán por no probadas".

Finalmente en el capítulo que llama "consideraciones generales", amén de transcribir nuevos párrafos del alegato de bien probado presentado por la parte actora, agrega:

"Ya antes se había dicho, pero no sobra ahora repetirlo, que para el reconocimiento de hija natural de Luz María Candelo, hubiera bastado la controvertida carta del 22 de mayo de 1959, que obra a folio 118 del cuaderno primero. Como que ese documento, que es una clara demostración de paternidad por parte del padre señor Edmond Zaccour, sería suficiente para declarar judicialmente la paternidad natural, de conformidad con el numeral 3º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968.

"Pero es que además de la citada carta existe un precioso haz de testimonios, todos ellos provenientes de personas maduras, honestas y respetables, que configuran como piedra angular un hecho ya inconvertible: que el señor Edmond Zaccour (q. de D. g.) tuvo relaciones amorosas y sexuales con Anatilde Candelo; y que de estas relaciones, que trascendieron a la sociedad de la época, en La Cumbre, Cali y Yumbo, nació Luz María Candelo, la demandante de autos".

De todo lo anteriormente resumido concluye el sentenciador de primer grado que las súplicas de la demandante están llamadas a recibir despacho favorable.

Consideraciones de la Corte

III

Pruebas trasladadas

Ante todo conviene rectificar un error doctrinario en que incurrió el juzgador de primera instancia, al haberse abstenido de apreciar las pruebas practicadas en el proceso penal que se adelantó contra Luz María Candelo y que fueron trasladadas a éste, según se dispuso en providencia del 29 de agosto de 1973 que no mereció reparo alguno de las partes.

En efecto, el juzgador apoyó esa determinación en la circunstancia de que en proceso antes aludido se había ordenado la cesación de todo procedimiento contra la sindicada, porque la acción penal estaba prescrita. Ese pronunciamiento en manera alguna, significó que hubiere habido o no infracción de la ley penal, o que la falsedad documental que se trataba de establecer fuese o no imputable a la sindicada y estuviese plenamente probado lo uno o lo otro.

De otro lado, la providencia que decretó la cesación de procedimiento contra Luz María Candelo, no tenía por qué privar de valor las pruebas practicadas dentro del proceso penal, con intervención y audiencia de la sindicada y de la parte civil, en cuanto lo hubieran sido con las formalidades legales del caso, como en efecto lo fueron.

El artículo 28 del anterior Código de Procedimiento Penal, en el que pretendió fundar su decisión el Juez a quo, se limitaba a disponer que la existencia del hecho constitutivo de una infracción penal y la consiguiente responsabilidad de su autor, declaradas por providencia firme en un proceso penal, no podían ponerse en duda en una controversia civil en la que se debatieran la realidad de ese mismo hecho y la persona que lo cometió. Otro tanto ocurre, según el artículo 30 del Código actual, cuando en un proceso penal por providencia ejecutoriada se ha declarado que el sindicado no cometió el hecho objeto de la investigación o que este último no se realizó.

Sin embargo, esa influencia de la cosa juzgada penal en el proceso civil no guarda relación alguna con la validez de las pruebas practicadas en el proceso penal, ni impide que puedan ser trasladadas a otra actuación, si por lo demás se han cumplido los requisitos que exige al efecto el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil y que en esta última, por consiguiente, pueden ser apreciadas como elementos de convicción.

De lo anterior se concluye, que para los efectos del recurso de apelación en estudio, no hay obstáculo de ninguna clase para que puedan ser tenidas en cuenta y valoradas las pruebas que válidamente se practicaron con audiencia de la parte civil en el proceso penal adelantado contra Luz María Candelo.

IV

Relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre en la época en que se presume ocurrida la concepción.

Esta presunción de filiación natural que consagra hoy el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, se invoca en la demanda con que se inició este proceso y en los hechos de la *causa petendi* se afirman varios que la configuran.

La presunción que establece el artículo 92 del Código Civil, como tal presunción, requiere para que produzca sus efectos, la plena prueba del hecho que le sirve de soporte cual es el nacimiento del hijo. De autos aparece acreditado con la partida eclesiástica de bautismo que Luz María Candelo, hija natural de Anatilde Candelo, nació el 23 de octubre de 1920 y por consiguiente la concepción debió ocurrir no menos de ciento ochenta días ni más de trescientos antes de la fecha, o sea entre el lapso corrido entre el 20 de diciembre de 1919 y el 30 de abril de 1920.

Las relaciones sexuales entre una pareja, por la intimidad de su propia naturaleza, difícil y raramente puede acreditarse con elementos de convicción que revelen su ocurrencia. De ahí que el segundo inciso del precepto legal arriba mencionado autorice su prueba mediante indicios que razonablemente permitan inferirla. Dice, en efecto, la norma en mención:

"Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad".

El trato personal y social a que se refiere la norma transcrita debe ser probado plenamente, así como también el medio en que se produjo y sus antecedentes, para que de ahí puedan inferirse las relaciones sexuales. Esa inferencia, desde luego, debe hacerla el juzgador, sin perjuicio de que los testigos que percibieron el mencionado trato y sobre el cual deponen, puedan

haberla hecho también. En todo caso, la mera deducción que hagan los testigos, desprovista de los hechos positivos percibidos por ellos que le permitan al Juez compartirla o rechazarla, no basta en manera alguna para dar por establecida la presunción de filiación natural que se comenta.

Aplicando estas breves nociones al caso *sub judice* y sobre la base de las pruebas que debidamente allegadas obran en el proceso, se tiene lo siguiente:

1) Edmond Zaccour, presunto padre natural de la demandante, bajo la gravedad del juramento en la declaración de parte rendida extraproceso (cuaderno 1, folios 25 a 27) y como prueba anticipada (posiciones extrajuicio como se denominaban cuando la prueba se produjo) afirmó haber ido repetidamente a la población de La Cumbre durante los años de 1919 y 1920 "con el objeto de descansar y veranear los sábados y los domingos" y haberse alojado indistintamente en uno de los dos pequeños hoteles que allí había, uno de ellos de propiedad de la señora Moya, sin que pueda recordar con exactitud el nombre de éstos. Agrega haber construido una casa en dicho sitio, la que posteriormente vendió a Jalil Corey.

2) En cuanto a las relaciones de Zaccour con Anatilde Candelo, madre de la demandante, obran algunas declaraciones testimoniales así:

a) Antonio Camacho Ramos, agricultor, de 81 años de edad iba con mucha frecuencia a La Cumbre durante el año de 1920 "y siempre me hospedé en el Hotel Tulen de dicho lugar, siendo su propietario el señor Rogelio González". En ese hotel conoció a Anatilde y a Zaccour, "quien frecuentemente iba a veranear a La Cumbre en el año de 1920". Y agrega: "es verdad que tanto yo, como quienes estaban hospedados en ese hotel nos dimos cuenta de las relaciones amorosas estables entre la señorita Anatilde Candelo y el señor Edmond Zaccour, pues éste salía de brazo con ella a pasear y casi públicamente se abrazaban y besaban. También es verdad que en ese hotel viví durante un lapso de dos meses, en enero y febrero de 1920, cuando el señor Edmond Zaccour entraba en las primeras horas de la noche en la habitación que en esas veces mencionando hotel Tulen tenía la señorita Anatilde Candelo, saliendo de ella en las primeras horas de la mañana, siendo esto causa de que el propietario, señor Rogelio González, le llamara la atención al señor Edmond Zaccour". Y agrega: "es verdad que todos los ocupantes del hotel comentaban el hecho a que acabo de aludir, pues comprendían perfectamente que había relaciones sexuales estables entre el señor Edmond Zaccour y la señorita Anatilde Candelo, durante el tiempo dicho, como es natural ante el asombro general por lo público del hecho".

Este testigo, si bien se resiente en la declaración extraproceso de estar un tanto sujeto al minucioso interrogatorio a que fue sometido, en la parte final de su declaración trasladada del proceso penal agrega de manera totalmente espontánea: "Precisamente porque me parecían según su proceder que fueran dos personas casadas y no lo eran, ...únicamente lo público, pues lo privado es muy difícil, y lo que yo sí veía era que él la abrazaba con mucha frecuencia... Pues yo conocí al señor Edmond Zaccour desde el año de 1915 aquí en Cali... En los años de 1919 y 1920 estuve yendo a La Cumbre... Más o menos una señorita de unos dieciocho a veinte años de edad (se refiere a Anatilde). Pues en cuanto a afirmar en relaciones sexuales, tendría que haberlo visto, pero en cuanto a las relaciones que se observaban y esto es cuanto a lo que yo podía ver. ...Como con mucha frecuencia los veía abrazados, y salían de paseo hacia la población de Mocoa, y sabía que no eran casados porque yo conversaba con *Angel María Naranjo*, que era el Inspector, sobre la procedencia de la señorita Anatilde y él me decía que no eran casados... Me daba cuenta de ese trato y suponía que existieran relaciones sexuales y además los dicores del público daban más base para pensar que esto estaba existiendo, de que allí no había otra cosa que relaciones sexuales. Lo anterior lo digo porque estaba en capacidad de presumir y analizar debido a que ya era un hombre completo... Casi en los dos meses que permanecí estar allí los veía diariamente".

El testimonio que se analiza fue rendido extraproceso, como atrás se dijo, luego ratificado (cuaderno 5, folio 175 v.) e igualmente trasladado (cuaderno id. folio 22), y en la oportunidad últimamente mencionada sometido al contrainterrogatorio que le formuló el apoderado de la parte civil, lo que da mucha credibilidad a su dicho.

b) Ismaelina González de Hoyos, de 67 años, lo mismo que la declaración anterior, además de estar ratificada su testimonio extraproceso, la que rindió ante el Juez Penal con intervención de los abogados de las partes, fue debidamente trasladada a este (folio 40).

Dice la testigo que vive en la población de La Cumbre desde el año de 1920, y entonces residía en el Hotel Tulen de propiedad de sus padres Rogelio González y Catalina Zúñiga de González

y allí conoció a Anatilde que estaba como veraneante y a Edmond Zaccour, y que se dio cuenta "de las relaciones amorosas que existían entre este señor Zaccour y la preguntante Anatilde Candelo y esto en el mes de febrero de ese año de 1920". "Es verdad conocí y conozco a la señorita Luz María Candelo, la misma que usa el apellido Márquez, y la conocí desde los años de 1920 y 1921, es decir muy niña. Esta niña era querida, acariciada y mimada por el señor Edmond Zaccour quien afirmaba ser su padre y la tenía en el Hotel Balboa de unas señoras Moya. Es verdad también que en el pueblo y sociedad en general, la niña era tenida como hija natural del señor Edmond Zaccour y la preguntante Candelo como a su madre natural. Es lo que me consta".

"Yo la conocí a ella (Anatilde) por ahí como en 1919 y por ahí poco más o menos fueron las relaciones con el finado Edmond. Ahora y por allí como en 1920 pues sería que ella los amores con don Edmond y allí de eso se pasó del hotel del finado mi papá, Hotel Tulen donde la finada Moya, Hotel Balboa...".

"Sí doctor, era veraneante, él (Zaccour) la hermana que murió doña Emilia y don Juan Náder, eran clientes del hotel, eran veraneantes. Pues ella sí, como la mamá de ella iba al hotel, permanecía allí también. Si ella tenía sus relaciones amorosas porque uno está mirando, yo ya estaba señorita como de catorce años o quince, uno se da cuenta. ...Porque siendo la hija tenía que tratarla como la hija de él, pues siempre la acariciaba.

"Yo no me acuerdo, cuando ella llegó al hotel de mi papá no recuerdo que hubiera ido con alguna amiga, sino con la mamá, con ella fue que estuvo allí.

"...en el año de 1920 vivía yo en el hotel Tulen de propiedad de don Rogelio González y Catalina Zúñiga de González... Y también es cierto que me di cuenta de las relaciones amorosas que existían entre este señor Zaccour y la preguntante, Anatilde Candelo, y éste, en el mes de febrero de ese año de 1920.

"...y la conozco desde los años de 1920 y 1921, es decir muy niña...".

c) Carlos González Peña, hijo de Rogelio González dueño del Hotel Tulen en La Cumbre, desde el año de 1920 conoció en dicho hotel a Zaccour y a Anatilde en donde ambos veraneaban. Le consta por haber vivido en el hotel, "que el señor Zaccour vivía enamorado y manifestaba sus afectos por la señorita Anatilde Candelo, desde principios de 1920, salía a pasear con ella del brazo por toda la población, y aun cuando en el hotel cada uno ocupaba su apartamento, el señor Zaccour entraba al de la Candelo en las primeras horas de la noche y salía en las primeras de la madrugada, hecho que ocurrió constantemente durante los meses de enero y febrero de 1920; todo esto me consta porque yo ayudaba a mi padre en la administración del hotel". Y agrega: "igualmente me consta, porque lo oí, que mi padre Rogelio González reclamó al señor Edmond Zaccour sobre su conducta, debido al escándalo de sus relaciones con la señorita Anatilde Candelo provocó en el hotel, pues todos los ocupantes del hotel que iban en busca de clima para su salud o a veranear, se alarmaron y con justicia por lo público del escándalo".

La versión del testigo que se deja transcrita pasa un tanto de ceñirse al interrogatorio. Sin embargo, antes de terminar dice espontáneamente: "Sé que el señor Zaccour enamoró a la señorita Anatilde Candelo, hasta que la sedujo y en el hotel hubo un 'boroo' por el escándalo; a mí me tocó verlo entrar a la pieza de ella tarde de la noche envuelto en una capa negra y fui tal vez el primero en decirle a mi papá que algo malo pasaba en esa pieza, contándole lo que había visto; cuando yo le hice a mi padre la advertencia, éste reclamó a Zaccour y se formó el escándalo grande; llamaron a la madre de ella que estaba en Yumbo; ésta fue y en esos días Zaccour arregló su cuenta y se vino a Cali".

González Peña no declaró en el proceso penal. Su muerte impidió que el testimonio extraproceso fuera ratificado (cuaderno de pruebas, fl. 129) pero fue abonado en forma legal (cuaderno 5, Tomo 4, folio 29).

d) Guillermo Zúñiga Rengifo, negociante, falleció en 1973 (cuaderno de pruebas, folio 183) a la edad de 84 años, razón por la cual no alcanzó a ratificar su declaración extraproceso, la cual sin embargo fue abonada (cuaderno 5, Tomo 4, folio 29) en debida forma.

En lo pertinente este testigo asevera que "vivía en La Cumbre en 1920 en el Hotel Tulen de propiedad de Rogelio González y de su hermana Catalina Zúñiga y allá vio a Anatilde y estaba como veraneante. 'Me consta personalmente que en ese año de 1920, asistía allí al Hotel Tulen en esa población el señor Edmond Zaccour, comerciante y muy conocido en Cali, como cliente y como veraneante'. Igualmente me consta que entre la señorita Anatilde Candelo tenía en esa época, amores o relaciones amorosas con el señor

Edmond Zaccour, esto por allá del mes de febrero en adelante de ese año".

Este testimonio también tiene el defecto de ceñirse un tanto a las minuciosas preguntas que fueron formuladas al testigo, pero en alguna de sus aseveraciones es espontáneo. En todo caso armoniza en lo esencial con lo expuesto por los otros declarantes.

c) Carmen Lora Barkar, de 62 años de edad, en su declaración rendida ante el Juez Penal y trasladada a éste (cuaderno de pruebas, folios 19 y 20) afirma en síntesis lo siguiente:

"Anatilde me invitó para La Cumbre, ...y nos alojamos juntas en el hotel... Anatilde era muchacha, yo era muchacha, yo era menor, Anatilde ya era señorita... allí en ese hotel dormíamos juntas, allí duramos como un mes o quince días, no estoy bien cierta, allí conocí al joven que estaba enamorado de Anatilde, era Edmond Zaccour quien vivía en otro hotel, pues allá sólo había dos hotelitos principales, en uno nosotras, lo que yo no recuerdo si era el mismo hotel donde vivía él o no... El siempre iba solo a visitarnos, pero él siempre entraba a la pieza, a mí me daban plata para comprar el masato, yo salía y ellos se quedaban allí, cuando yo llegaba primero salía ella y luego salía él, porque la puerta cuando yo llegaba estaba cerrada... y luego íbamos a pasear para abajo a pie y nos volvía a traer por allá a las seis de la tarde... eso fue como unas dos veces o tres, ya después nos vinimos para Yumbo... y él se fue y la dejó a la pobre Anatilde empetacada pues me decía que sentía mareos y yo le dije que fuera donde el médico... Yo seguí viendo donde Anatilde después de las vacaciones y ya ví una niña que había tenido Anatilde y ella me decía que la cigüeña la había traído y yo me avispé y no creí en eso, porque yo tenía un joven que estaba enamorado de mí y ella me decía que me cuidara".

Agrega más adelante "que algunas veces acompañó a la abuela de Luz María donde Edmond Zaccour a pedirle plata para la leche y que éste le daba" y le regalaba a la testigo unas monedas.

f) El ingeniero Luis E. Palacios Dragorri, en su declaración trasladada del proceso penal (fl. 27 y 28), dice al final: "No obstante tratarse de que la familia Candelo Sánchez era de muy pocos recursos económicos fue distinguida por mi familia y por los relacionados con ella con la mayor deferencia y amistad, y por ello fue general la indignación que en todos nosotros causó la seducción que Edmond Zaccour hizo de doña Anatilde Candelo".

g) Matilde Pombo de Palacios, de 72 años de edad, en su testimonio trasladado dice refiriéndose a Anatilde y a Zaccour: "Parecía que ellos tenían sus amoreejos porque siempre iban a la casa... Al poco tiempo tuvo la niña de Edmond Zaccour, me consta esto porque con anterioridad tenía amores, esto en Yumbo... Si era de conocimiento público, esto era voz populi, no solamente en Yumbo sino en Cali... y porque eran muy amigos de la casa y porque Anatilde estimaba mucho a mi esposo y sobre todo por el aprecio de Romelia a nosotros".

h) Alberto Mendoza Mayor, de 79 años, en su declaración también trasladada del proceso penal, dice que conoció a Anatilde en Yumbo en 1919 donde vivía; que ambas familias (la de Anatilde y la del testigo) eran muy allegadas; "ellos eran pobres pero de buena familia... Anatilde fue a La Cumbre al hotel establecido allí donde Rogelio González por invitación de los mismos dueños del hotel y fueron con el objeto de pasar allí unas vacaciones. Me di cuenta de que un turco que después supe que se llamaba Edmond Zaccour la perseguía a Anatilde y creo que estando en el hotel a donde se alojaban, se conoció con ella y allí fue donde resultó embarazada y se volvió noticia pública de que Anatilde había salido encinta de dicho señor Zaccour". (Folios 31 y 32).

Los testimonios cuyas versiones se han resumido, algunas veces con transcripción textual del relato de cada declarante, analizados en conjunto a la luz de la sana crítica y sumados a la confesión de Zaccour acerca de sus frecuentes idas a La Cumbre durante los años de 1919 y 1920, acreditan sin lugar a duda que entre dicho Zaccour y Anatilde Candelo hubo relaciones sexuales en la época en que al tenor del artículo 92 del Código Civil se presume ocurrida la concepción de la demandante.

Tales relaciones sexuales se infieren de que Zaccour abrazaba y besaba a Anatilde, de las visitas nocturnas que se hacían los amantes, unas veces al cuarto del hotel donde se hospedaba Anatilde y otras al que ocupaba él, ora en el Hotel Tulen ya en el Balboa de propiedad de la señora Moya. En el primer caso, para estar solos, ofrecían dinero a la joven (Carmen Lora) que allí habitaba con Anatilde para que fuera a comprar golosinas. Narran los hijos de los dueños del Hotel Tulen, quienes residían allí en unión de sus padres, que esas visitas se hicieron públicas, lo que produjo el consiguiente escán-

dalo entre los huéspedes del hotel, y que su dueño le llamó la atención a Zaccour sobre su conducta en ese sentido. De esos hechos percibidos por los declarantes, dedujeron el trato sexual que hubo en los años 1919 y 1920 entre Edmond Zaccour y la joven Anatilde, deducción que la Corte no puede menos que compartir, pues los signos externos fácilmente permitían inferir relaciones íntimas, de las cuales fue fruto Luz María Candelo.

Aunque todos los testigos dan adecuada razón de la ciencia de su dicho y por su edad bien pudieron haber percibido directamente los hechos que narran, son especialmente convincentes al respecto aquéllos cuyas declaraciones fueron legalmente trasladadas del proceso penal (Ismaelina González de Hoyos y Antonio Camacho Ramos), en las que los interrogadores fueron el Juez, el defensor de la sindicada y el apoderado de la parte civil. Sus versiones son categóricas y sin vacilaciones, no obstante el largo tiempo transcurrido desde entonces hasta cuando declararon, y se complementan unos a otros para establecer la verdad de lo ocurrido en La Cumbre entre Zaccour y Anatilde.

Obran en el proceso quince declaraciones testimoniales más, todas ellas trasladadas del proceso penal, que si bien no acreditan con exactitud los hechos de los cuales pueden deducirse las relaciones sexuales de los amantes, permiten establecer la verosimilitud del dicho de los testigos atrás mencionados. Coinciden en la fama pública que existía tanto en La Cumbre como en Yumbo, acerca de la intimidad sexual de Anatilde y Edmond, y especialmente en que Luz María era reputada como hija natural de éste.

De las quince declaraciones testimoniales mencionadas, para los efectos de la presunción de filiación natural de posesión notoria también invocada en la demanda y de los hechos que la configuran, es de advertir que corroboran las anteriores y que coinciden en cuanto a la fama que gozaba Luz María de ser hija natural de Zaccour en La Cumbre, en Yumbo y aún en Cali (Luis E. Palacios Iragorri). Algunas de ellas mencionan los envíos que hacía éste a Anatilde de telas, ropa y dinero, en libras esterlinas que cursaban en esa época, para el sostenimiento de la niña (Cf. Ana Palacios de Alzate, Carmen Lora, Cecilia Ponce de Palacios y Marina Escobar). Otros afirman que según Zaccour, la niña a quien hizo descalzar, "tenía pie de turco" de lo cual se mostraba ufano (Marina Escobar); que siguiendo (el Padre Peña) la saludaba diciéndole "que hay turquita"; que un día se encontraron por la calle Zaccour y la madrina de bautismo de Luz María y se saludaron diciéndose "compadres" (Francisco A. Ortiz y Elena Fajardo de Hurtado).

Estos testimonios, sin embargo, no se refieren concretamente o al menos lo hacen en forma muy vaga a la duración del trato y de los hechos constitutivos de la fama, de suerte que por sí solos no permiten fundar en ellos, con certeza, la declaración de paternidad natural solicitada en la demanda con apoyo en la posesión notoria. Su valor demostrativo corrobora en todo caso la presunción de relaciones sexuales ya estudiada y que a juicio de la Sala está plenamente acreditada.

La Corte ha dicho "que si bien es cierto que la jurisprudencia, a la luz del artículo 6º de la Ley 45 de 1936, considera insustituibles los mencionados elementos constitutivos del tratamiento paterno, o sean la atención a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo, tampoco descarta el valor corroborante de otros hechos, como la presentación del hijo como tal... y hasta hechos tangentes de otras causales, que sin ser suficientes, para fundar por sí solos la declaración de filiación natural indirectamente coadyuvan a la formación del convencimiento...". (CXXXI, pág. 114).

Sería innecesariamente largo mencionar en forma pormenorizada las declaraciones testimoniales de que se trata, pero en cuanto a la fama de hija de Zaccour de que gozaba Anatilde, sí vale la pena referirse a las siguientes:

Alfonso Bonilla Aragón, abogado de 57 años de edad, en su declaración trasladada del proceso penal, dice que sus padres y él mismo eran muy amigos de la familia de Anatilde, que "por este motivo al decir repetidamente a mis padres que la hija mayor (se refiere a Luz María) que figuraba en la familia (la de Anatilde, ya casada con Pedro Márquez) había nacido de las relaciones entre don Edmond Zaccour y doña Anatilde Candelo con anterioridad al matrimonio de ésta con don Pedro. Tal hija llamada Luz era tenida en todo nuestro barrio como hija de don Edmond y se comentaba que sería heredera. Recuerdo que en alguna ocasión mi padre recibió algunas insinuaciones de mi madre para que le pidiera a don Pedro que hiciera reconocer a Luz María como hija de don Edmond, en vida de éste, a lo cual mi padre respondió que don Pedro Márquez ya había tratado del tema, le había manifestado que aunque él al casarse sabía que Luz era hija de don Edmond, se había

propuesto levantarla y educarla sin ninguna ayuda".

Luego de relatar otros hechos que no vienen ahora al caso, como el proyecto de un proceso de filiación natural de que le habló un medio hermano de Luz María y de la competencia de ésta en todas las oficinas donde trabajó, finaliza su testimonio así:

"Simplemente he venido a rendir esta declaración por sentirme en la obligación moral ineludible para mí de prestar un servicio a la causa de la justicia, sin atender a consideraciones de personas, puesto que soy amigo de varias de las partes interesadas en este proceso y opuestas dentro de él. Todas ellas merecen mi respeto pero por encima de la amistad debía colocar los fueros de la verdad y de la equidad".

Luis E. Palacios Iragorri (trasladada, f. 27) respecto de Zaccour dice:

"Lo conocí y fui amigo de él... siendo muy niño tuve conocimiento dentro del ambiente familiar y social al cual estaba vinculado, que el señor Edmond Zaccour había seducido a la señorita Anatilde Candelo, ...porque fue víctima de circunstancias que la llevaron a tener una hija de don Edmond Zaccour, según fue conocimiento general... También era de conocimiento de las gentes así vinculadas, que el señor Edmond Zaccour protegió a la señorita Anatilde Candelo durante el período del embarazo y de la primera infancia de Luz María, protección que consistía en ayuda financiera, la cual cesó tan pronto doña Anatilde Candelo contrajo matrimonio con el señor Márquez...

"Los miembros de mi familia entre otros la señora *Cecilia Pombo de Palacios* mi madre política y entre amistades *Emilia Hormaza de Martínez, Alfonso Bonilla Aragón*, etc., y familiares de estos señores, todos los cuales son integrantes de un conjunto social que tuvo en todo momento a Luz María Candelo como hija de Edmond Zaccour y de Anatilde Candelo".

Estando pues demostrada, como se ha visto, la presunción de filiación natural, consistente en las relaciones sexuales habidas entre la madre de la demandante y el presunto padre en la época de que trata el artículo 92 del Código Civil, la acción está llamada a prosperar, como lo estimó el Juez de primer grado. En estas condiciones la Corte quedaría relevada de estudiar la otra presunción de filiación natural invocada en la demanda, como es la de que trata el numeral 3º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, ya que de acuerdo con dicho artículo basta que esté probada plenamente alguna de las presunciones de filiación natural que el mismo enumera, para que la acción de filiación prospere.

No obstante lo expuesto, teniendo en cuenta que el sentenciador de primer grado hizo pronunciamiento expreso en uno de los puntos de la parte resolutiva del fallo apelado sobre la carta atribuida a Zaccour, es necesario hacer algunas consideraciones al respecto.

V

Confesión documental e inequívoca de paternidad

Como se vio anteriormente, uno de los soportes del fallo apelado para declarar la paternidad natural sobre la que versa este proceso, fue precisamente una carta que aparece dirigida por Zaccour a la demandante el 22 de mayo de 1959 bajo la firma de aquél, que a no dudarlo es confesión inequívoca de paternidad. Su texto no admite la menor duda a' respecto. Sin embargo, para que la carta en cuestión constituya la presunción de paternidad natural que consagra el numeral 3º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, es indispensable que provenga del presunto padre y tenga además el carácter de documento auténtico, único que puede tener pleno poder de convicción.

La carta mencionada se acompañó a la demanda como elemento de convicción, pero lo que se ha discutido en el proceso es su autenticidad, es decir, si indudablemente fue escrita y firmada por Edmond Zaccour, como lo estimó el juzgador de primer grado con apoyo en el dictamen de los peritos grafólogos que actuaron en esa instancia.

El Juez del conocimiento analizó el citado dictamen a la luz de lo que dispone el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil y llegó a la conclusión de que la carta era auténtica o sea, que había sido redactada y firmada por Zaccour como lo conceptuaron enfáticamente los peritos. Al estudiar el dictamen de los grafólogos que actuaron en el proceso penal que se siguió contra Luz María Candelo, en el que llegaron a la conclusión contraria, manifestó que éste carecía de valor por los motivos expuestos y rebatidos en capítulo anterior y también porque además de no haber sido controvertido, quienes lo habían rendido no sólo no formaban parte de la lista oficial de auxiliares de la justicia, sino que habían sido dependientes del apoderado de la parte civil cuando éste desempeñaba las fun-

ciones de Director del Departamento Administrativo de Seguridad.

El primer argumento, como se dijo anteriormente no es valedero, puesto que la prueba pericial de que se trata fue practicada legalmente en el penal con audiencia de quienes son parte en éste, al que fue trasladada en la forma que ordena el artículo 184 del Código de Procedimiento Civil sin reparo alguno de los litigantes.

Lo anterior significa que en primera instancia se produjeron cuatro dictámenes grafológicos; dos que consideraron auténtica la firma de Zaccour que aparece suscribiendo la carta mencionada y dos que estimaron que no lo era.

La Sala, al casar la sentencia del Tribunal, decretó oficiosamente la práctica de un nuevo dictamen grafológico-pericial, el que considera falsa la firma en cuestión. La parte demandante lo objetó porque estimó que adolecía de error grave. Dentro de la tramitación incidental correspondiente, la objetante solicitó y obtuvo que se decretase uno nuevo. Como en este último los dictámenes resultaron abiertamente contradictorios, fue necesario designar un perito tercero para que dirimiera el desacuerdo, el que rindió el suyo conceptuando que la firma en cuestión es apócrifa.

En síntesis, en el proceso hay nueve dictámenes grafológicos, casi todos provenientes de expertos que figuran en la lista oficial de auxiliares de la justicia, tres de los cuales conceptúan que la firma puesta al pie de la carta de que se trata y que dice "*Edmond Zaccour*" es auténtica y los seis restantes que es falsa. De acuerdo con la sana crítica, tal como ocurre en las declaraciones de terceros, el factor numérico no desempeña papel alguno en la valoración de tales pruebas. Así como los testigos "se pesan, pero no se cuentan", otro tanto ocurre con los dictámenes periciales. Para la valoración de estos últimos deben tenerse en cuenta únicamente los factores que indica el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil.

Como se expuso en la sentencia de casación atrás mencionada, "la ley establece un régimen distinto respecto de los *documentos privados no auténticos* que se allegan como prueba a un proceso, según que la parte contra quien se presentan sea su propio otorgante y se afirma haber sido firmados o manuscritos por él, o que sean los causahabientes de éste, cuando el otorgante a quien se atribuyen ha fallecido.

"a) En el primer caso, o sea, cuando el documento se aduce contra su otorgante y se afirma estar firmado o manuscrito por éste, para que no se produzca el reconocimiento tácito que prevé el numeral 3º del artículo 252 del Código de Procedimiento civil dicho otorgante podrá tacharlo de falso en cualquiera de las oportunidades que establece el primer inciso del artículo 289 ibídem.

"...b) Cuando el documento privado no auténtico se presenta como prueba de un proceso, afirmándose haber sido firmado o manuscrito por el causante de las personas contra las cuales se aduce, a éstas les basta con desconocer su autenticidad en las mismas oportunidades que señala el artículo 289, tal como lo disponen el segundo inciso del mismo artículo y el numeral 3º del 252. En este evento, a menos que a juicio del Juez el escrito de que se trata no constituya prueba fundamental para la decisión que debe proferir, según lo ordena el artículo 276, debe procederse a verificar la autenticidad del mismo en la forma establecida para la tacha de falsedad, con inversión de la carga probatoria prevista para ésta, como que es a la parte que presentó el documento a la que incumbirá demostrar su autenticidad. En consecuencia, los causahabientes no tienen ninguna obligación probatoria en el incidente de autenticidad. Como es obvio, aquí quedan igualmente a salvo las facultades oficiosas del Juez para decretar las pruebas que estime convenientes.

"Sea que se haya propuesto la tacha de falsedad sin que ésta se haya demostrado o que habiéndose suscitado el incidente de autenticidad el proponente haya logrado su propósito, el Juez deberá hacer pronunciamiento expreso al respecto y por tanto el documento se convertirá en auténtico. Si por el contrario la tacha prospera o no se logra establecer la autenticidad del escrito, la respectiva decisión judicial comporta necesariamente que el documento carece por completo de valor probatorio en el proceso, y además debe darse cumplimiento a lo que estatuye el artículo 291". (Folio 68 de este cuaderno).

En el presente caso, aunque la carta, varias veces comentada se presentó como prueba contra las herederas de Zaccour, éstas no se limitaron a poner en duda su autenticidad sino que expresamente la tacharon de falsa. A petición de ellas se decretó y se llevó a cabo en la primera instancia el dictamen grafológico atrás comentado, el cual, se repite, resultó en abierta contradicción con el trasladado que se había producido en el

proceso penal que por falsedad documental se adelantó contra Luz María Candelo.

Los dictámenes grafológicos

Todos los conceptos de los grafólogos se basan en cotejos practicados por ellos entre las firmas indudablemente auténticas de Zaccour con la que se ha tachado de falsa; presentan ampliaciones fotográficas de las mismas y analizan con detalle los rasgos característicos de las primeras, su inclinación, firmeza y claridad, para luego compararlos con los de la segunda. Para esa labor de cotejo estudian las firmas auténticas de Zaccour estampadas en documentos públicos a lo largo de los años y señalan cómo con el transcurso de los mismos y las dolencias de que padecía Zaccour y que a la postre determinaron su muerte, según la declaración de su médico Alejandro Hakim, tales firmas comenzaron a sufrir ciertas alteraciones inevitables. Esos detalles de orden científico-grafológico que se dejan resumidos y muchos otros que sería largo enumerar, aparecen sin embargo tanto en los dictámenes que consideran auténtica la firma de la carta como en los más numerosos que estiman lo contrario.

De vieja data ha analizado esta Corporación el valor demostrativo que pueden tener los dictámenes grafológicos y jamás, hasta el momento, ha considerado que tengan pleno poder demostrativo, no obstante que con el transcurso del tiempo y el avance de todas las ciencias, la grafología ha progresado mucho y otro tanto ocurre con los aparatos científicos y las técnicas que suelen utilizar los grafólogos.

Bajo el imperio del estatuto procesal y probatorio entonces vigente (Ley 147 de 1858 con las reformas introducidas por las Leyes de 1890 la 105, 1907 la 40, etc.), en sentencia del 21 de mayo de 1927 aclarada el 20 de junio del mismo año (XXXIII, págs. 308 y ss.), se hizo un detenido estudio de lo que es la grafología como medio de prueba técnico para establecer la autenticidad o falsedad de una firma o de un manuscrito y luego de reproducir textos de autores y de sus propias reflexiones dice que "las letras, rasgos, perfiles y demás circunstancias de una firma, bien pueden ser distintos sin que ello implique necesariamente que fueron escritos por personas diversas. La firma de una persona puede ser tan variada, que fácil es considerarla como escrita por distintas personas. Cierto que hay algo característico y permanente en la firma que una persona acostumbra para sus actos públicos y privados, pero esa persistencia de la forma puede variarse o con el transcurso del tiempo, o por una emoción o enfermedad. En estos casos la forma y rasgos de la letra cambian". Como resultado de su detenido análisis llegó a la siguiente conclusión: "La grafología no está recibida hoy como ciencia. No hay en ella principios inconcusos de los cuales puedan derivarse conclusiones científicas rigurosamente ciertas... Y en los casos de cotejo de firmas, no tiene como se ha visto conforme al artículo 656 del Código Judicial, valor de plena prueba, pues no es un indicio necesario, sino simple indicio, cuya gravedad le corresponde apreciarla al juzgador según las circunstancias especiales que la rodean".

Años más tarde, ya en vigencia de la Ley 105 de 1931 en la que predominaba la tarifa legal como criterio para apreciar las pruebas, el 1º de abril de 1940, la Sala de Negocios Generales de la Corte acogió, transcribiéndolos, los anteriores conceptos, trajo a cuento desde las Leyes de Partidas hasta conceptos de renombrados expositores y concluyó de la siguiente manera: "En el libro 'Grafología' de M. Ras, se publican siete autógrafos de Napoleón escritos en diversas circunstancias, que si no fuera por la seguridad de su autenticidad, nadie podría decir que son escritos de la misma mano. Por eso la Corte ha dicho que la prueba de cotejo puede ser indicio de valor, pero si existe un principio de prueba de que otra persona distinta la que aparece estampó la firma". (L, pág. 153).

En sentencia del 7 de julio de 1944 (LVIII, pág. 28), a propósito de la prueba que se comenta, dijo la Sala de Casación Civil lo siguiente: "Debido a la circunstancia de que la grafología no es una ciencia exacta, que obedezca a postulados conocidos y de precisión matemática, es por lo que la ley procedimental no les otorga el valor de plena prueba a los dictámenes de esa naturaleza, sino que les asigna el de un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y los medios técnicos de que se hubieren valido para rendirlo y demás circunstancias anotadas por el Tribunal".

Por último, el fallo del 7 de abril de 1964 (CVII, pág. 28) la Corte expuso lo siguiente: "Ateniéndose la jurisprudencia no ha asignado a la prueba pericial de grafólogos el valor de plena o completa, sí le da el de prueba indicial que unida a otra u otras constituye la plena prueba para decidir el litigio".

En el sistema probatorio actualmente en vigencia, el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil dispone que las pruebas deberán

ser apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y que el Juez debe exponer siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba. Se acoge, pues, como prevalente, que no exclusivo, el sistema de apreciación probatorio conocido con los nombres de "libre apreciación razonada" o de la "sana crítica". Se dice que este sistema es prevalente y no exclusivo, por cuanto hay determinados actos o hechos jurídicos que de acuerdo con la misma ley deben ser demostrados únicamente con las pruebas que ella misma señala. Tales son, por ejemplo, los actos jurídicos solemnes, todo lo referente al estado civil, la posesión notoria que exige un conjunto de testimonios como también lo exigen los usos o costumbres.

Con este nuevo sistema de apreciación probatoria, en el que de antemano no se fija el poder de convicción de los elementos de prueba, el Juez Civil goza de mayor libertad para formarse su convencimiento. Por tanto, no hay inconveniente alguno en que un dictamen de grafólogos expertos, y reputados, razonable y suficientemente fundamentado a juicio del sentenciador, y apreciado en conjunto con otros elementos, pueda constituir plena prueba de que una firma o un manuscrito ludidos de falsos o cuya autenticidad debe demostrarse, sean en efecto apócrifos o auténticos. Es claro, igualmente, que ese poder de convicción del dictamen puede corroborarse o desvirtuarse con otras pruebas que obren en los autos, que a ese respecto no las hay en este proceso.

Hay apenas un indicio de que la carta y la firma que la autoriza son auténticas, como lo afirman tres de los peritos, consistente en que tal carta es respuesta a una que le dirigió la demandante y que Zaccour conservó en su archivo. Pero ese indicio está demeritado por otro que señala lo contrario, es decir, que corrobora el concepto de los otros seis peritos acerca de que la firma de la carta es falsificada: La secretaria de Zaccour durante catorce años, lo mismo que su contador, afirman que a éste no le gustaba estampar su firma sobre una línea y que además era muy exigente en cuanto a la buena presentación de los escritos que debía suscribir. La carta tantas veces mencionada y cuya autenticidad se discute, revela una descuidada presentación y por otra parte la firma que la autoriza aparece puesta entre una línea trazada a máquina.

Analizados todos los extensos y documentados dictámenes grafológicos allegados a este proceso, en cuanto a su firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, y a la categoría de los peritos, encuentra la Corte que todos ellos están razonable y científicamente fundamentados y que por consiguiente, al ser abiertamente contradictorios, ofrecen un tremendo motivo de duda sobre la exactitud de sus conclusiones. Y esa duda, que la Corte no ha podido disipar tras el largo y detenido estudio que ha dedicado a los citados dictámenes y a sus numerosos anexos, no le permite declarar que la firma de Zaccour en la referida carta es auténtica, ni tampoco que es falsa.

No sobra repetir que por tratarse de un documento no auténtico que se dice haber sido firmado por el causante de los demandados, a esas les bastaba, para impedir que se produjese el reconocimiento tácito que consagra el numeral 3º del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil con manifestar que no les constaba su autenticidad o aún más, con tacharlo de falso. En uno y otro evento era a la parte que lo presentó y pretendía invocarlo como prueba en su favor a la que correspondía demostrar plenamente su autenticidad, lo que no logró en el presente caso como se expresó anteriormente.

En todo caso, la autenticidad o la falsedad de la carta a que se ha hecho referencia carece de influencia en la decisión que ha de proferirse, en vista de que la presunción de filiación natural que consagra el numeral 4º del artículo 6º de la citada Ley 75 está llamada a prosperar.

Como consecuencia 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, *confirma* los numerales II a VIII de la sentencia apelada, *revoca* el primero y en su lugar

Resuelve:

Por las razones expuestas en la parte motiva no es el caso de hacer pronunciamiento alguno en cuanto a la autenticidad de la carta fechada el 22 de mayo de 1953 (Cuaderno número 1, folio 118).

Condénase a la parte demandada en el ochenta por ciento (80%) de las costas de segunda instancia. Sin ellas ante la Corte.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda
Secretario.

SIMULACION

La simulación, absoluta o relativa, es el producto de un acuerdo para simular. No es suficiente que uno de los contratantes emita una declaración contraria a la verdad. Si no hay concierto del otro a tal declaración constituiría solamente "una reserva mental".

La confesión ficta de la parte demandada constituye prueba idónea de la simulación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Alberto Ospina Botero.

Bogotá, 26 de agosto de 1980.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 10 de diciembre de 1979, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de Jesús María Neissa Rosas contra Alvaro Daza Roa y Marjorie Buckley de Neissa.

El litigio

I. Ante el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá, el mencionado Neissa Rosas citó a proceso ordinario a los referidos demandados, para que se hicieran los pronunciamientos siguientes:

a) Que Marjorie Buckley de Neissa "no intervino, o que intervino simuladamente en el contrato de compraventa" contenido en la Escritura Pública número 5.334 de 14 de noviembre de 1969, de la Notaría Novena del Círculo de Bogotá, por cuanto Jesús María Neissa Rosas "adquirió real y exclusivamente la totalidad de dicho inmueble por venta que le hizo el doctor Alvaro Daza Roa... dado que los únicos reales intervinientes en el mismo contrato fueron el doctor Alvaro Daza Roa como vendedor y el doctor Jesús María Neissa Rosas como comprador";

b) Que como consecuencia de la declaración precedente, se "ordene aclarar la Escritura Pública número 5.334 de 14 de noviembre de 1969, de la Notaría Novena de Bogotá, que contiene el contrato de compraventa... en el sentido de dejar establecido que el único comprador y titular del derecho de propiedad y posesión del inmueble es el doctor Jesús María Neissa Rosas";

c) Que así mismo, "se ordene insertar esta declaración al margen de la escritura matriz número 5.334 de 14 de noviembre de 1969 de la Notaría Novena de Bogotá, para que haga fe ante terceros";

d) Que como consecuencia de la declaración anterior, "se ordene corregir el Registro número 21238-A del Libro Primero, página 274, con la cual se registró la Escritura Pública número 5.334 de 14 de noviembre de 1969, de la Notaría Novena de Bogotá";

e) Subsidiariamente pidió la declaratoria de nulidad del contrato respecto de la contratante Marjorie Buckley de Neissa, porque ni ésta tuvo intención de comprar ni el vendedor Alvaro Daza Roa tuvo intención de vender derecho alguno a aquélla, ni la primera pagó el precio;

f) Que como consecuencia de la declaración anterior, se disponga "la corrección correspondiente en la Escritura matriz número 5.334, de 14 de noviembre de 1969, de la Notaría Novena de Bogotá, por medio de la cual Alvaro Daza Roa realmente vendió al doctor Jesús María Neissa Rosas la totalidad del inmueble a que se refiere dicha escritura". Igualmente que se disponga la corrección en la Oficina de Registro.

II. Como fundamento de la pretensión, el demandante afirma los hechos siguientes:

a) Entre Alvaro Daza Roa y Jesús María Neissa se celebró el contrato de compraventa del bien raíz de que da cuenta la demanda, contenido en la Escritura Pública número 5.334 de 14 de noviembre de 1969, de la Notaría Novena de Bogotá, "en la cual *se hace constar sin ser*

cierto, que la señora Marjorie Buckley de Neissa también adquiría para sí, parte del derecho de dominio del lote, declaración esta última contraria a la verdad, por cuanto el vendedor, doctor Alvaro Daza Roa, no tuvo intención de vender a la señora Marjorie Buckley de Neissa, ni ésta tuvo la intención de comprar la totalidad, ni parte del derecho de dominio que el vendedor tenía sobre el inmueble". Por tanto, no es cierta la declaración que aparece en la escritura en el sentido de que la mencionada señora "adquirió con su esposo el doctor Jesús María Neissa Rosas, en común y proindiviso, el lote de terreno alinderado en la petición primera de la demanda";

b) Marjorie Buckley de Neissa y Jesús María Neissa, "eran esposos entre sí y no tenían a la sazón sociedad conyugal por haber contraído dichas personas matrimonio fuera del país en territorio de los Estados Unidos de Norteamérica, Estado de Massachusseth";

c) Fue Jesús María Neissa Rosas quien celebró directamente el contrato de compraventa del inmueble con Alvaro Daza Roa y aquél hizo figurar a Marjorie Buckley de Neissa, "sin que ella hubiera intervenido realmente en la negociación", pues al momento de firmar la escritura pública cuando el comprador Neissa Rosas le pidió a su vendedor Daza Roa "que hiciera figurar en la escritura de compraventa a la señora Marjorie Buckley de Neissa, su esposa, para conveniencia de las partes contratantes y especialmente del comprador, pero la señora Marjorie Buckley de Neissa no tuvo intención de adquirir el dominio, ni de comprar el referido inmueble, ni el vendedor celebró negocio alguno con dicha señora, ni recibió de ella el pago del precio, ni parte de éste", pues la mencionada Marjorie carecía de recursos económicos con que hacer dicho pago;

d) Jesús María Neissa hizo figurar a Marjorie en la Escritura 5.334 de 14 de noviembre de 1969, "por conveniencia personal y para que ella se sintiera vinculada a este país, por ser extranjera, pero a pesar de esa actitud del demandante ella decidió abandonar el hogar, con lo cual demuestra una vez más que carece de todo interés sobre el inmueble";

e) El vendedor Daza Roa le hizo entrega del bien raíz negociado al comprador Neissa Rosas, y desde que ocurrió tal hecho, el último ha sido quien ha tenido la posesión del inmueble, pues le ha introducido mejoras y le gravó "en favor del Banco Central Hipotecario";

f) Marjorie Buckley de Neissa "ha desaparecido, abandonando su hogar, sin que se conozca su paradero, razón de más para demostrar su absoluto desinterés por el inmueble";

g) Marjorie Buckley de Neissa, en sus declaraciones de renta y patrimonio no declaró como suyo el inmueble.

III. El demandado Alvaro Daza Roa respondió en el sentido de no aceptar ni negar los hechos y de aclarar que las bases del contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública número 5.334 las acordó con Jesús Neissa Rosas, y éste, al momento de firmarse la mencionada escritura le "solicitó la inclusión de dicha señora para figurar como compradora en común y proindiviso con él, lo cual fue aceptado" por el vendedor, por cuanto que para éste era indiferente, "ya que ello no modificaba lo importante del contrato como era el deseo de vender y el precio acordado". Termina no oponiéndose a las súplicas, salvo la referente a la condena en costas.

IV. Por su parte la demandada Marjorie Buckley de Neissa contestó la demanda, por haber sido emplazada y no haber comparecido, a través de curador *ad litem*, en el sentido de desconocer la gran mayoría de los hechos y de atenerse a su prueba.

V. Impulsado en esas condiciones el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 6 de agosto de 1979, desfavorable a la parte demandante, lo que dio origen a que ésta interpusiera contra dicha decisión el recurso de alzada, habiendo terminado la segunda instancia con fallo de 10 de diciembre de 1979, confirmatorio del *a quo*, por lo que la misma parte interpuso el recurso extraordinario de casación, que por estar tramitado, procede la Corte a resolver.

La sentencia del Tribunal

Referidos por el *ad quem* los antecedentes del litigio, entra de inmediato a ocuparse del interés jurídico para demandar la simulación y subsidiariamente la nulidad y, concluye que se da, como quiera que el actor es parte en el contrato que se controvierte y además "radica en su pretensión de ser único titular del derecho real de dominio" sobre el inmueble.

Adentrándose el Tribunal en la simulación y, luego de afirmar que admite dos especies, absoluta y relativa, agrega que en ella "es elemento esencial el acuerdo de las partes. Si se trata de un contrato de compraventa el acuerdo entre la vendedora y la parte compradora. El acuerdo

consiste en que tanto la una como la otra obran a *sabiendas*" y "tanto la una como la otra fingen. En el caso de autos no existió esa connivencia; no hubo acuerdo para introducir un testaferro, no hubo intención de aparentar, se quiso algo real. No aparece evidenciado un querer secreto. Comprador y vendedor entendieron estar celebrando un contrato tal.

"Una característica del acuerdo de las partes en la simulación es su propósito de engañar a terceros. Esa es su razón de ser. Tal propósito no tuvo lugar en el caso que se estudia (según el actor la finalidad de su acto fue de carácter sentimental hacia su esposa).

"Si se mira la cuestión desde el punto de vista de los compradores únicamente tendremos que entre ellos no hubo ningún contrato, ningún negocio aparente, tan solo se originó una comunidad, una copropiedad.

"Y volviendo al punto de vista contractual agregaremos como no es suficiente que solo una de las partes establezca la disconformidad. Ese caso corresponde *mejor a lo que se conoce como reserva mental*.

"Correspondía al actor la carga de probar el acuerdo simulatorio, pero no aparece demostración en autos. Por el contrario, el vendedor (por medio de apoderado) en su escrito del folio 56 se muestra seguro de haber querido vender, de haber celebrado un contrato real. En relación con los hechos de la demanda manifiesta: '*Ni los acepto* ni los niego por cuanto su redacción implica una serie de conceptos o hechos *que no corresponden a mi representado*' (se subraya). Si se analiza en conjunto la 'causa petendi' de la demanda y la contestación del vendedor, salta a la vista que no se pretende que el vendedor hubiera tenido voluntad distinta a vender, e incluso que la demandada Marjorie de Neissa hubiera tenido voluntad distinta a comprar".

Sentado por el Tribunal que no hubo acuerdo simulatorio y que su prueba no aparece en autos, entra en el análisis de la prueba indiciaria y, en esta labor, sienta las reflexiones siguientes:

a) La "fotocopia del folio 4 correspondiente a un documento privado sin firmas" carece de todo valor;

b) El "documento privado del folio 5 es de carácter dispositivo y fue reconocido por el tercero de quien proviene (Fabio Lopera), pero tan solo tiene fecha cierta oponible a la parte demandada un día antes de la presentación de la demanda, fecha en que se autenticó su copia". Esto apenas prueba que el demandante contrató unas mejoras y que se hicieron;

c) "A folios 13 a 32 aparecen copias de algunas declaraciones de reatu de los compradores, todas ellas por años posteriores a la fecha de celebración del negocio. Prueban que Marjorie no declaraba ningún derecho sobre el inmueble";

d) El "documento del folio 35 emanado de un tercero, de carácter dispositivo, no fue reconocido por su signatario (artículo 277, Código de Procedimiento Civil)";

e) "A la demandante Marjorie de Neissa se le declaró presuntamente confesa según aparece de autos, en relación con hechos que tienen (sic) a probar que no fue real compradora".

De lo anterior, el *ad quem* concluye: "Los indicios que pueden surgir del contrato y declaración del testigo Fabio Lopera y de las declaraciones de renta no son en manera alguna suficientes para pensar en una decisión favorable al actor. La confesión de parte no es de recibo en materia de simulación —así lo ha sostenido la jurisprudencia—, mucho menos cuando es ficta. Se podría atender solo si en virtud de los otros medios probatorios surgieran evidencias de simulación".

Finalmente, respecto de la súplica subsidiaria de nulidad del contrato sostiene el sentenciador de segundo grado: "Tampoco prospera la petición subsidiaria de nulidad del contrato por cuanto se dieron los elementos esenciales del mismo; hubo intención de transferir la propiedad del inmueble por parte del vendedor, aspecto que no discute el demandante; hubo intención de adquirir por parte de los compradores, así consta en la escritura y así quedó evidenciado de lo expuesto; y hubo precio, elemento que también consta en la escritura y que no niega el demandante. Para el caso es *indiferente* quien lo haya pagado. Por otro aspecto no se demostró ausencia de los requisitos de validez del negocio; ni vicios del consentimiento tales como error, violencia o dolo; ni la incapacidad de alguna de las partes; ni causa u objeto ilícitos".

En síntesis, el fallo del Tribunal, en materia de simulación, se apoya en dos pilares: a) Que según los hechos de la demanda y la respuesta dada a ésta, no hubo acuerdo simulatorio sino la celebración de un negocio jurídico real y, de otro lado, la disconformidad de una de las partes con la voluntad declarada solo configura reserva mental; y, b) Que con la prueba indiciaria no se demostró la pretendida simulación.

El recurso de casación

Seis cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, todos dentro del ámbito de la causal primera.

Cargo primero. Acúsase la sentencia del Tribunal de quebrantar indirectamente los artículos 1524, 1849, 1857 del Código Civil, por aplicación indebida, y 1766 del Código Civil, por falta de aplicación, "a consecuencia del error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión judicial, con lo cual también violó los artículos 194, 195 y 197 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 1502 del Código Civil".

En procura de demostrar el cargo, el censor afirma que el Tribunal incurrió en error de derecho en la estimación de la prueba de confesión, porque "de habérsele dado el valor que tiene la prueba de confesión judicial del apoderado de Alvaro Daza Roa al contestar la demanda, se habría concluido que la Escritura 5.334 de 14 de noviembre de 1969 de la Notaría Novena de Bogotá, contiene un contrato de compraventa simulado entre Alvaro Daza Roa y la señora Marjorie Buckley de Neissa "según se desprende del siguiente pasaje del escrito de respuesta: "'Mi representado inició conversaciones con el señor Jesús María Neissa Rosas y con él acordó *todas las bases* del contrato de compraventa... *sin que en ninguna* de las conversaciones apareciera la demandada Marjorie Buckley de Neissa... al momento de firmarse la escritura, el demandante solicitó la inclusión de dicha señora *para figurar* como compradora' ".

A continuación añade el censor que después de la confesión judicial emitida por el apoderado de Daza Roa, se agregó un juicio de valor, que no es un hecho sino un concepto, que fue tomado al pie de la letra por el Tribunal y que no pasa de ser una apreciación o conjetura del mandatario de Daza Roa, cuando agrega lo siguiente: "'lo cual fue aceptado por mi poderdante porque para él era indiferente, frente a su actuación de vendedor, ya que ello no modificaba lo importante del contrato como era el deseo de vender y el precio acordado' ".

Observa en seguida el censor que no es que el apoderado del demandado Daza Roa, al contestar la demanda, hubiera confesado un hecho y a renglón seguido lo hubiera negado, o que en dicha declaración se encuentren dos hechos contradictorios. Lo que hay, según el casacionista, son dos proposiciones. "La primera proposición, que es un hecho, confesado demuestra que el convenio 'se acordó entre el demandado Daza Roa y el demandante Jesús María Neissa Rosas', sin que hubiera intervenido para nada la señora Marjorie Buckley de Neissa. Y la segunda proposición que consiste en una apreciación personal, o una interpretación del hecho confesado y que se refiere a la indiferencia de su representado como vendedor, sobre la circunstancia de que la señora Marjorie Buckley de Neissa fuera o no compradora". Entonces, al tomar el Tribunal, la segunda proposición como un hecho, "incurrió en error de derecho, porque se desconoció el pleno acuerdo realizado entre Daza Roa y Neissa Rosas, sin que la señora Marjorie Buckley de Neissa hubiese intervenido para nada. La falta de apreciación de esta plena prueba, con violación del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil sobre confesión judicial, motivó la violación indirecta del artículo 1766 del Código Civil por falta de aplicación". Agrega el censor que como la confesión establece la falta de voluntad por ausencia de consentimiento de Marjorie Buckley de Neissa respecto del precio y el objeto del contrato, por lo que se quebrantaron los artículos 1524, 1849, 1857 y 1502 del Código Civil por aplicación indebida.

Luego de insistir el recurrente en la diferencia que existe entre la primera y la segunda parte de lo manifestado por el apoderado del demandado Daza al responder el libelo demandatorio y de que la primera contiene una confesión de simulación, afirma que si el Tribunal hubiese apreciado esa prueba no habría quebrantado las normas señaladas al comienzo de la censura.

Más adelante afirma que en el caso de la Escritura Pública número 5.334 de 14 de noviembre de 1969, de la Notaría Novena del Círculo de Bogotá, contiene "un contrato, mitad simulado, mitad verdadero. Lo cierto es que el contrato se celebró con Jesús María Neisse Rosas. Lo oculto es que dicho comprador solo aparentó comprar la mitad, mientras la otra mitad la aparentó comprar su esposa, sin ser cierto (hecho segundo de la demanda). Esto claramente se deduce de la prueba de la confesión judicial del apoderado de la parte demandada...".

Se considera

1 De los dos pilares en que se apoya el Tribunal en su sentencia para negar la pretensión de simulación, el recurrente por este cargo combate el primero y en forma parcial, pues el sentenciador dedujo del contenido de los hechos de la demanda y del escrito de respuesta dado por Alvaro Daza Roa, que el vendedor no tuvo vo-

luntad distinta de vender y la demandada Marjorie de Neissa no tuvo voluntad diferente de la de comprar, o sea, que no hubo propósito de simular o acuerdo para engañar, pues no es suficiente la disconformidad de un solo contratante con la voluntad declarada, porque tal caso "corresponde mejor a lo que se conoce como reserva mental".

2. A pesar de que el censor se queda corto en el cargo, puesto que únicamente combate del fallo del *ad quem* la apreciación que hizo del escrito de contestación dado por Alvaro Daza Ruiz a la demanda, sin comprender en la censura la apreciación que en el mismo sentdio hizo del libelo demandatorio, y, además, no ajustarse a la preceptiva técnica del recurso, como quiera que monta el cargo por yerro de valoración cuando en el desarrollo del mismo estructura un yerro fáctico, lo cual sería suficiente para rechazarlo, la Corte hace las precisiones siguientes:

a) En el común de los negocios jurídicos quienes los celebran, al consignar su voluntad, resultan siendo sinceros y, por ende, existe correspondencia entre lo que desean los contratantes y lo que aparece declarado en la relación contractual. Sin embargo, no siempre la voluntad declarada corresponde a la voluntad real, pues en no pocos negocios se encubre la verdad, ya para perjudicar a terceros, ora para realizar un fraude a la ley, bien con otros propósitos.

b) Entonces, cuando existe de manera consciente y deliberada una disconformidad entre la verdadera intención y la declaración aparente, surge con nitidez la figura de la simulación, que si bien no la define la ley, la doctrina de la Corte la precisa y concibe como el "acuerdo contractual mediante el cual las partes emiten una declaración no acorde con la realidad". (Cas. Civ. de 14 de septiembre de 1976, aún no publicada).

c) Cuando el acuerdo simulatorio consiste en que las partes no quieren, en realidad, llevar a cabo un negocio, o, en otros términos, va destinado a descartar todo efecto negocial, la simulación es absoluta; por el contrario, si el acuerdo consiste en que las partes quieren celebrar un negocio jurídico, pero se le encubre con un ropaje diferente, la simulación es relativa.

d) Han afirmado la doctrina y la jurisprudencia que la simulación al surgir de un concurso de voluntades, que supone una disconformidad entre la verdad oculta y la declaración aparente, implica que tal fenómeno es producto de un acuerdo para simular.

Con motivo del anterior presupuesto, igualmente ha dicho la doctrina que no se concibe el fenómeno simulatorio sin que exista un pacto con tal fin entre las partes, porque no es suficiente que uno de los partícipes del negocio jurídico manifieste su propósito de simular y el otro no asuma idéntica conducta jurídica, puesto que no es posible la simulación unilateral o en cabeza de una sola parte.

e) Cuando ocurre este último fenómeno, como no recibe la participación y asentimiento de la otra parte, ese querer unilateral de simular no pasa de ser, según la doctrina, "una reserva mental", que por sí sola no se encuentra revestida de eficacia jurídica.

Precisamente, el criterio generalizado sobre la necesidad del acuerdo simulatorio, lo explica la jurisprudencia de la Corte así:

"La simulación en un contrato solamente puede ofrecerse cuando quienes participan en él se concertan para crear una declaración aparente que oculte ante terceros su verdadera intención que puede consistir, en descartar inter partes todo efecto negocial (simulación absoluta), o en que se produzcan otros efectos distintos, en todo o en parte, de los que surgen de la declaración *aparente (simulación relativa).* Cuando uno solo de los agentes, mediante el contrato persigue una finalidad u objeto jurídico que le oculta al otro contratante, ya no se da el fenómeno simulatorio, porque esta reserva mental (propósito in mente retento) no convierte en irreal el contrato celebrado en forma tal que este pueda ser declarado ineficaz o dotado de efectos distintos de los que corresponden al contrato celebrado de buena fe por la otra parte; ésta se ha atenido a la declaración que se le ha hecho; carece de medios para indagar si ella responde o no a la intención interna de su autor, y esa buena fe merece protección". (Cas. Civ. 29 de abril de 1971, Tomo CXXXVIII, pág. 314).*

La jurisprudencia de la Corte se ha fundado en la doctrina foránea, pues en ésta se ha sostenido que necesariamente la simulación requiere del acuerdo de las partes, porque en su defecto sólo habría una mera reserva mental, que nada afectaría la fuerza vinculante del contrato, como lo exponen Héctor Cámara y Francisco Ferrara, pues el primero sostiene al abordar el tema que "como primera condición es primordial para la simulación la conformidad de todas las partes contratantes; no basta que alguna manifieste la declaración en desacuerdo con su íntimo pensamiento, sino que es imprescindible que el otro

contratante formule la suya y en inteligencia con el primero. La ficción supone una relación bilateral entre los que efectúan el negocio, quienes cooperan juntos en la creación del acto aparente, en la producción de la falsa imagen constitutiva del acto simulado". (Simulación en los Actos Jurídicos, pág. 29). Criterio semejante expone el segundo de los citados, como quiera que en el punto afirma: "La simulación supone un concierto, una inteligencia entre las partes; estas cooperan juntas en la creación del acto aparente, en la producción del fantasma jurídico que constituye el acto simulado. Sin el concurso de todos, la simulación no es posible; no basta con el propósito de uno solo, pues con ello se tendría una reserva mental y no una simulación. (La Simulación de los Negocios Jurídicos, pág. 44).

f) No ofrece duda que el proceso simulatorio exige, entonces, la participación conjunta de los contratantes y que, si así no ocurre, se presentaría otra figura, como la reserva mental, que no tiene ninguna trascendencia sobre la validez y fuerza vinculante del negocio jurídico celebrado en esas condiciones.

Poco interesa que la simulación sea absoluta o relativa, pues en una y otra se requiere del mencionado acuerdo, como quiera que la creación de una situación jurídica aparente, distinta de la real, supone necesariamente un concurso de voluntades para el logro de tal fin. De suerte que si no hay acuerdo para simular, no hay simulación. El deseo de una de las partes, sin el concurso de la otra de emitir una declaración que no corresponde a la verdad, no pasa de ser, como antes se afirmó, una simple reserva mental, fenómeno diferente de la simulación.

3. Cuando el Tribunal, con fundamento en los hechos de la demanda y en el escrito de respuesta, dedujo que no había simulación por falta del acuerdo simulatorio, no cometió el yerro que le achaca el recurrente en el cargo, puesto que el vendedor demandado en dicho escrito, sólo puso de presente su real voluntad de vender y recibir el precio y no de fingir en forma alguna en la celebración de tal contrato.

La censura por demás es incompleta, a virtud de que sólo impugna la apreciación que hizo el Tribunal de la confesión de Alvaro Daza Ros contenida en la contestación de la demanda pero deja de combatir la estimación que hizo de la demanda presentada por Jesús María Neissa Rosas, prueba que también tuvo en cuenta el *ad quem* para apoyar la misma conclusión.

Precisamente, cuando el fallo del Tribunal se apoya en varios elementos de convicción, la censura, para que sea completa, debe comprender la totalidad de los medios de prueba que tuvo en cuenta el juzgador, pues si permanece en vigor alguno, que le sirve de soporte suficiente a la decisión, ésta no puede ser quebrada en casación, tal como lo tiene sentado la doctrina de la Corte. (Cas. Civ. 22 de julio de 1975, CLI, 199).

El cargo no prospera.

Cargo segundo. Lo hace consistir en quebranto indirecto de los artículos 1766 del Código Civil por falta de aplicación; 1849 y 1857 del Código Civil, por aplicación indebida, a consecuencia de errores de derecho en la apreciación de las pruebas.

En el desenvolvimiento del cargo el recurrente dice que el yerro de valoración consiste en que el Tribunal no le concedió mérito probatorio a la confesión ficta de la demandada Marjorie Buckley de Neissa en materia de simulación, siendo que esta se puede demostrar con cualquiera de los medios que señala el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil. Añade el censor que "al errar de derecho en la violación de esta prueba de confesión, indirectamente violó por aplicación indebida los artículos 1766 del Código Civil y los artículos 1849 y 1857 de la misma obra".

A continuación y a intento de demostrar el cargo, afirma al casacionista: que solicitada la prueba de interrogatorio de parte respecto de Marjorie Buckley de Neissa, decretada y fijada su fecha, ésta no concurrió, por lo que el Tribunal cometió yerro de valoración al tener que dicha confesión ficta o presunta no era medio idóneo para demostrar la simulación. Más adelante dice el censor que el Tribunal no sólo cometió error de derecho "al desestimar la prueba de confesión de la demandada, como también la prueba de confesión judicial, sino que además erró de hecho, como adelante se verá, en la no apreciación de otras pruebas que desestimó totalmente... como el contrato de obra sobre la exclusividad de la propiedad y posesión del inmueble, contrato que desestimó por fecha cierta, sin que realmente le hiciera falta la fecha cierta; como el caso de la denuncia de abandono de hogar... como los de las declaraciones de renta de la señora Marjorie Buckley de Neissa y que demuestran que el inmueble ni le pertenecía, ni entró a su patrimonio, porque en ningún caso ella consideró que le hubiese pertenecido, o la

propia confesión judicial del apoderado de Alvaro Daza Ros. . .".

Cargo tercero. Por éste denuncia quebranto del artículo 1766 del Código Civil, por falta de aplicación y, en otros pasajes del cargo, por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

En el desarrollo del cargo el censor afirma que el yerro fáctico consiste en que el sentenciador de segundo grado le negó valor probatorio al documento que obra "a folios 5-5 vuelto y 6-6 vuelto y 7, contrato al que no le atribuyó 'fecha cierta oponible a la parte demandada un día antes de la presentación de la demanda', con lo cual se violaron los artículos 253, 254 del Código de Procedimiento Civil; el artículo 2º, parágrafo 2º de la Ley 24 de 1963; el ordinal A del artículo 13 del Decreto 435 de 1971; el artículo 28 del Decreto 2908 de 1969; los artículos 1º y 11 del Decreto 0001 de 1961. El documento en referencia consiste en una fotocopia en la cual aparece un sello de la Administración de Impuestos por valor $ 396.80 en las hojas de papel sellado R-05121259; las otras dos hojas que integran dicho contrato, son las números R-05121263, R-05121251, las cuales en su totalidad representan la segunda copia del contrato. El honorable Tribunal no apreció esta prueba por falta de fecha cierta oponible a la demandada, lo cual no es cierto, razón por la que se incurrió en error de hecho.

"Se trata de un contrato contenido en tres (3) hojas de papel sellado, por duplicado, también en papel sellado, de valor de un peso ($ 1.00) cada hoja. Cada contratante conservó su copia, y la que se presentó al proceso fue la segunda. Al tenor de la cláusula cuarta, se pactaron $ 99.159.00 con un descuento del 6% ... quedando así un total de $ 93.201.00... 'El contrato se firmó...' ...a los veinticuatro (24) días del mes de mayo de mil novecientos setenta y uno (1971), por duplicado...'. Demostraré que la fecha cierta del contrato es la de su firma y no la de autenticación de la fotocopia.

"Evidentemente, el honorable Tribunal le negó su valor por cuanto, solamente '...tiene fecha cierta oponible a la parte demandada un día antes de la presentación de la demanda, fecha en que se autenticó la fotocopia...'. Con este desconocimiento del contrato se incurrió en error de hecho, con violación de los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil al no darle carácter de prueba a la fotocopia que, en su contexto debe tener. '...el mismo valor probatorio del original...'.

"El hecho de que se haya autenticado la fotocopia para su presentación al Juzgado, no le arrebató al contrato contenido como prueba; y el honorable Tribunal al considerar como inocuo su mérito incurrió en error de hecho con violación de los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil, así como del ordinal A del artículo 13 del Decreto 435 de 1971, del parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley 24 de 1963, del numeral 1º del artículo 21 del Decreto 2908 de 1960, todo lo cual incidió en la violación indirecta por *indebida aplicación del artículo 1766* del Código Civil".

Posteriormente agrega el recurrente que como respecto de la fotocopia que se presentó como prueba se pagó impuesto de timbre por $ 396.80 y también aparecen anuladas las estampillas a que se refiere el valor del gravamen, no hay duda de que la fecha cierta en este contrato "es la de su expedición, a más tardar dentro de 'los treinta días subsiguientes', es decir el 24 de junio de 1971 y no la que le atribuyó el Tribunal, de 18 de abril de 1978".

Una vez que insiste en cita de un conjunto de normas atinentes a los impuestos de timbre y papel sellado, añade el censor que el referido contrato de confección de obra, ratificado por el contratante Fabio Lopera, "prueba que el dominio y la posesión efectiva, como lo dice el hecho primero de la demanda, lo ejercía plenamente Jesús María Neissa Rosas, sin consideración a ninguna otra persona. Agrega que la apreciación de este hecho resultaba de gran importancia para el demandante, porque unido a otras pruebas, "excluyen del dominio real y posesión efectiva a la demandada Marjorie Buckley de Neissa".

Culmina el censor afirmando que el *ad quem*, al no concederle "al contrato que aparece a folio 5 y siguientes ningún valor, incurrió en la violación del artículo 175".

Cargo cuarto. Por éste acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar indirectamente el art. 1766 del Código Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de error de hecho en la estimación de las pruebas.

Comienza el recurrente por afirmar que el *ad quem* cayó en falencia al apreciar las declaraciones de renta de la demandada Marjorie Buckley de Neissa correspondientes a los años gravables de 1971, 1972 y 1973.

En el desarrollo del cargo sostiene el casacionista que, según doctrina reiterada de la Corte, las declaraciones de renta son un medio de prueba y acreditan en contra de quien las suscribe en lo atinente "al monto, la calidad, la condición y el valor de sus haberes. El artículo 70 de la Ley 27 de 1969, ordenaba que estaban obligadas a presentar cada año declaración de renta, las personas naturales que obtuvieran un ingreso de cualquier origen en cuantía mayor de $ 4.000.00 que poseen en el país, el último día del período fiscal derechos apreciables en dinero". Añade el censor que por tratarse de un acto obligatorio según la ley y, además, porque según doctrina de la Corporación se le reconoce a las declaraciones el carácter de documentos privados, cuando en ellos aparece la constancia de presentación ante los funcionarios del Ministerio de Hacienda, "la persona de la cual proviene confiesa que tales son sus haberes y no otros. Y siendo declaración de una persona natural correspondiente al año fiscal inmediatamente anterior, no le aparece declarado un bien determinado, esta declaración obra contra la persona de la cual proviene, por hallarse contenida en documento firmado por la misma, que por ser auténtico, tiene el valor de público".

En seguida dice el casacionista que las declaraciones de renta de Marjorie Buckley de Neissa, correspondientes a los años gravables de 1971, 1972 y 1973, prueban que la mencionada demandada en el año de 1970, tenía como único patrimonio lo recibido por sueldos de la Fundación Colegio de Inglaterra, sin que allí figure el enlistamiento de un bien raíz.

Cargo quinto. Lo presenta así: "Me permito acusar la sentencia del honorable Tribunal Superior de Bogotá con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por error de hecho consistente en no haber considerado las pruebas de que se compone el proceso denominado Interrogatorio a Parte de Jesús María Neissa Rosas contra Marjorie Buckley de Neissa que cursó en el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá, y que obran a folios 74 a 115 del Cuaderno Principal con lo cual se violaron los artículos 194, 209, 210, 253, 254 del Código de Procedimiento Civil que motivaron una violación indirecta del artículo 1766 del Código Civil por indebida aplicación y de los artículos 1849 y 1857 ibídem, también por indebida aplicación".

El censor afirma que el yerro que le imputa a la sentencia del Tribunal consiste en que no se examinaron las diligencias referentes al interrogatorio de parte de Marjorie Buckley de Neissa.

Cargo sexto. Lo formula así: "Acuso la precitada sentencia... por error de derecho consistente en la equivocada apreciación respecto de la prueba contractual que aparece a folios 5 y siguientes del cuaderno principal con violación indirecta de los artículos 762, 1766, 1849, 1857 del Código Civil por indebida aplicación, error consistente en haberse atribuido a la prueba contractual una fecha distinta de la que realmente tiene y que motivó la violación de los artículos 252, 253, 254 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 2º, parágrafo 2º de la Ley 24 de 1963; el ordinal A del artículo 13 del Decreto 435 de 1971; el artículo 28 del Decreto 2908 de 1960; los artículos 1º y 11 del Decreto 0001 de 1961".

El yerro de valoración lo hace consistir el censor en que el Tribunal no le dio valor al documento contentivo del contrato desde su fecha de expedición. Añade que este "contrato erróneamente apreciado por el Tribunal representa un hecho demostrativo de la exclusividad del artículo de propiedad, de la posesión y dominio plenos que el demandante Jesús María Neissa Rosas ejercía desde entonces sobre el inmueble objeto de esta litis". Igualmente, el mismo contrato demuestra que la demandada Marjorie no tenía sobre el inmueble interés, ni posesión, ni propiedad.

El censor remata el cargo afirmando que el *ad quem*, "al no aceptar la posesión exclusiva que se demuestra con el contrato de construcción de obra suscrito por Jesús María Neissa Rosas con Fabio Lópera, por error de derecho en la interpretación de la fecha cierta del mismo, se incurrió en la violación indirecta por indebida aplicación de los artículos 762, 1766, 1849 y 1857 del Código Civil".

Se considera

1. Se dijo en el despacho del cargo primero que la sentencia del Tribunal presenta dos soportes, el primero de los cuales consiste en que los hechos de la demanda y la respuesta a esta no exteriorizan un negocio simulado, sino más bien una reserva mental; el segundo se refiere a que la prueba aportada, que especialmente es de linaje indiciario, no convence o no pone de manifiesto que entre los contratantes se hubiese celebrado un negocio jurídico simulado.

2. Por razón del despacho del cargo inicial, al resultar impróspero el primero de los fundamentos del fallo impugnado, ha quedado ineólume. Y como los cargos restantes se enderezan contra el segundo de los aludidos soportes, aún en el supuesto de que estuvieran formulados con sujeción a la preceptiva técnica del recurso y pudieran abrirse paso, resultarían de todos modos inanes, puesto que siendo varias las bases en que se ha apoyado el Tribunal, si alguna de ellas queda en pie y es bastante para respaldar la decisión, el quiebre de la sentencia no se puede producir.

Cabe recordar que a este propósito ha sostenido de manera reiterada la doctrina de la Corte que "cuando la sentencia acusada se basa en varios motivos jurídicos, independientes, pero cada uno con fuerza suficiente para sustentar la decisión jurisdiccional, no es difícil descubrir que si la censura en casación es ineficaz para desvirtuar todos los soportes del fallo, porque permanece en vigor alguno que le mantiene su firmeza en derecho, el recurso no es susceptible de prosperar, aún en el supuesto de que fueran destruidos los motivos restantes de la sentencia acusada". (Cas. Civ. 6 de agosto de 1958, LXXXVIII, 596; 24 de enero de 1962, XCIII, 10; 5 de diciembre de 1969, CXXXII, 207; 22 de julio de 1975, CLI, 199).

3. Si lo anterior no fuese suficiente, los cargos que se analizan presentan las deficiencias técnicas que a continuación se anotan, las que por sí solas determinarían su rechazo:

a) Respecto de los cargos segundo y tercero, se tiene que en unos pasajes le achaca al Tribunal haber infringido el artículo 1766 del Código Civil por falta de aplicación y, en otros, por aplicación indebida, lo cual constituye un imposible lógico, puesto que no se puede dar el caso de que el juzgador pueda violar el mismo precepto por falta de aplicación y a la vez por aplicación indebida.

Es pertinente recordar que la doctrina de la Corte tiene dicho que es imposible que se enjuicie la sentencia, a la vez, por falta de aplicación y aplicación indebida, puesto que si ocurre lo primero no puede darse lo segundo, o sea, lo uno excluye lo otro. "Es un imposible lógico que una misma norma haya dejado de ser aplicada debiendo serlo, y a la vez haya sido aplicada no debiendo serlo". (Cas. Civ. 29 de enero de 1970, CXXXVII, 26).

b) Con relación a los cargos quinto y sexto, padecen del grave defecto de no acertar en el señalamiento del sentido de violación de la ley sustancial, pues si el fallo del Tribunal fue desestimatorio de las pretensiones de simulación, o sea, el *ad quem* no aplicó el artículo 1766 del Código Civil, no pudo quebrantarlo por aplicación indebida como lo afirma el recurrente.

Precisamente viene sosteniendo la jurisprudencia de la Corporación "que la Corte no puede tener en cuenta los motivos de casación, consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustanciales, cuando el recurrente no expresa el concepto de la infracción o cuando expresando alguno, no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar". (Cas. Civ. 28 de agosto de 1969, CXXXI, 184).

c) El negarle a no concederle a una prueba el valor probatorio que le asigna la ley no es un yerro fáctico sino un yerro de derecho. De suerte que no se acomoda a la preceptiva técnica del recurso fundar el cargo en yerro fáctico cuando en su desenvolvimiento exterioriza un yerro de valoración.

4. Por otra parte, como no se presume la ignorancia de las pruebas por el Tribunal, "no siempre que deja de apreciar pruebas incurre en error de hecho, pues es indispensable que por su falta de apreciación llegue el fallo a conclusiones contrarias a la legal". (Cas. Civ. 13 de octubre de 1966). Con todo, las pruebas que señala el censor como preteridas, tales como las declaraciones de renta de la demandada Marjorie Buckley de Neissa y el interrogatorio de parte, fueron considerados por el Tribunal, como se puede observar en el fallo impugnado.

5. *En lo que sí le asiste razón al recurrente es el desacierto en que incurrió el Tribunal al afirmar que la confesión ficta no es prueba idónea para acreditar la simulación, puesto que la doctrina de la Corte, con fundamento en la ley, sostiene lo contrario de lo afirmado por el* ad quem. Empero, los cargos en forma alguna se abren paso, porque interpretados la demanda en conjunto y el escrito de respuesta, lo que en tales piezas se consigna es un caso de reserva mental, y no de simulación, tal como lo puso de presente en su fallo el Tribunal.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la

sentencia de 10 de diciembre de 1979, proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

No hay lugar a condena en costas (artículo 375 Código de Procedimiento Civil).

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper.

REBAJA DEL PRECIO E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR VICIOS REDHIBITORIOS DE LA COSA VENDIDA

Acumulación de pretensiones.

Litigios conexos. Conexión material e instrumental.

Varios litigios son conexos cuando tienen en común uno de los sujetos y el hecho o el efecto jurídico que constituyan la razón de las varias pretensiones.

El litis consorcio útil **es procedente no sólo cuando las pretensiones provienen de la misma causa o cuando versan sobre el mismo objeto o se hallan entre sí en relación de dependencia o deben servirse de las mismas pruebas, sino cuando el interés jurídico de los varios demandantes o demandados es coincidente, pues así lo imponen dos postulados inconmovibles: la economía procesal y la mayor justicia y certeza en la decisión.**

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, 29 de agosto de 1980.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia que dictó el Tribunal Superior de Medellín, el 17 de julio de 1979, en el proceso ordinario de Fabio Angel Gutiérrez y otros contra Pérez Giraldo y Cía. Ltda.

El litigio

1. En demanda del 15 de octubre de 1975, que correspondió al Juzgado Décimo Tercero Civil del Circuito de Medellín, cuatro grupos de demandantes, compuestos así: Fabio Angel Gutiérrez y Beatriz Restrepo de Angel; Ana Cecilia, Mariela de Jesús, Martha Eugenia Jaramillo Gaviria e Isabel Gaviria de Jaramillo; Luis Alfonso y Eugenia González Gaviria; y Luis Fernando Santos Gaviria, entablaron proceso ordinario contra la sociedad "Pérez Giraldo y Cía. Limitada", debidamente constituida y domiciliada en Medellín, representada legalmente por su gerente Javier Pérez Soto, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

A. Que Pérez Giraldo y Cía. Ltda., es civilmente responsable de los vicios redhibitorios existentes en los inmuebles que más adelante relaciona la demanda; y

B. Que como consecuencia de la anterior declaración, la demandada está obligada a pagar a los demandantes lo siguiente:

1º Un 45% del valor real de cada uno de los inmuebles a que se refiere la demanda, por concepto de rebaja proporcional del precio de venta de los mismos.

2º La suma de $ 800.000.00, por concepto de indemnización de perjuicios, por cada uno de los inmuebles, discriminada así:

a) Daño emergente, $ 200.000.00 por cada bien raíz; y

b) Lucro cesante, $ 600.000.00 por cada bien raíz; y

3º Las costas del proceso hasta su terminación.

2. Pueden resumirse así los hechos en que los demandantes sustentan su causa para pedir:

Primero. Los demandantes adquirieron de la firma demandada a título de compraventa, los bienes que a continuación se relacionan:

1º Fabio Angel Gutiérrez y Beatriz Restrepo de Angel, la casa y el solar en donde será edificada situada en la carrera 66 D y distinguida con el número 32B-58 de la nomenclatura oficial

de Medellín, todo debidamente alindado y mediante Escritura 5200 del 29 de agosto de 1974 de la Notaría Quinta de Medellín, registrada el 3 de octubre siguiente bajo la Matrícula número 001-0063041, habiéndose indicado en la cláusula 5ª de dicha escritura que el valor del inmueble era la suma de $ 400.000.00, no obstante que el precio real fue de $ 430.000.00, inmueble que fue ocupado por los compradores el 26 de octubre de 1974.

2º Ana Cecilia, Maricla de Jesús, Martha Eugenia Jaramillo Gaviria e Isabel Jaramillo de Gaviria, el terreno y la casa en él edificada, ubicada en la carrera 67, distinguida con el número 32B-46 de la misma nomenclatura y debidamente alindado, por Escritura 6.558 del 29 de noviembre de 1974 de la Notaría Cuarta de Medellín, registrada el 13 de diciembre de 1974 bajo la Matrícula 001-0063060, habiéndose mencionado en la escritura como precio de venta la suma de $ 300.000.00, no obstante que el precio real fue de $ 450.000.00, inmueble que fue ocupado por los compradores el 13 de diciembre de 1974.

3º Luis Alfonso y Eugenia González Gaviria, la casa y el solar en donde está edificada, situada en la carrera 67 número 32B-40 de la misma nomenclatura y debidamente alindada, por Escritura 7.076 del 26 de diciembre de 1974 de la Notaría Cuarta de Medellín, registrada el 20 de enero de 1975 con la Matrícula número 001-0063059, habiéndose mencionado en la cláusula 5ª de dicha escritura que el precio de venta fue la suma de $ 300.000.00, no obstante haber sido en realidad de $ 450.000.00; inmueble que fue ocupado por los compradores el 30 de diciembre de 1974; y

4º Luis Fernando Santos Gaviria, la casa en el solar en donde está edificada, situada en la carrera 67, distinguida con el número 32B-20 de la misma nomenclatura y debidamente alindada, mediante Escritura 5.556 del 29 de octubre de 1974 de la Notaría Cuarta de Medellín y registrada el 8 de noviembre de 1974 bajo la Matrícula número 001-0063057 habiéndose mencionado en la referida escritura que el precio de la compraventa fue de $ 300.000.00, no obstante que el precio real fue de $ 450.000.00. El comprador ocupó el inmueble el 9 de noviembre de 1974.

Segundo. Pérez Ciruldo y Cía. Ltda., construyó todas esas residencias, que posteriormente vendió a los demandantes, según la relación anterior y tal como consta en las escrituras respectivas, habiéndoles previamente mostrado a los interesados en tales adquisiciones y en la proyectada urbanización en la cual se llevó a cabo la construcción de las casas referidas, dos casas modelo con buen acabado, bien construidas y ajustadas a las necesidades y exigencias de los compradores, modelos que en las condiciones en que fueron enseñados, movieron a los demandantes a adquirir los inmuebles de que trata la demanda.

Tercero. Una vez construidas las casas en cuestión, los demandantes notaron una pequeña variación en su forma arquitectónica externa, no de mucha importancia, y la compañía demandada les explicó algunos motivos por los cuales dichas propiedades ostentaban algunas diferencias en relación con las casas modelo, pero pocos días después de haber ocupado los inmuebles, los demandantes notaron con gran sorpresa que éstos comenzaron a mostrar agrietamientos en sitios diferentes, tales como paredes, muros y pisos de la segunda planta, fachadas, balcón, alcobas, sala, recibo, comedor, cocina, etc., agrietamientos que se fueron presentando en forma paulatina, ante lo cual acudieron a la firma vendedora y constructora, que en primer término descargó su responsabilidad en la firma "Fundar Limitada" que realizó el correspondiente estudio de suelos, y posteriormente ordenó unas reparaciones que en la actualidad se están terminando, como solución efectiva del problema, lo que no es cierto, pues según estudios técnicos tales averías o agrietamientos seguirán presentándose en un lapso mínimo de 5 años, debido a los defectos de construcción que más adelante serán precisados.

Cuarto. También, a raíz de las averiguaciones profesionales efectuadas con motivo de la presencia de los agrietamientos, los demandantes tuvieron noticia de que estas circunstancias se habían presentado en algunas construcciones inclusive en la etapa de obra negra y que habían sido disimuladas mediante el relleno de las grietas y otros remedios en ningún caso radicales, con el fin de hacer inadvertidos los defectos.

Quinto. Los agrietamientos en cuestión tienen, entre otras, las siguientes causas técnicas: no haberse seguido en la construcción de las residencias las más elementales normas señaladas en el Código de Construcción ACI; haber desatendido las recomendaciones indicadas en el estudio de suelos; haber pretendido el abaratamiento de la obra en busca de ganancias para la entidad demandada y el contratista constructor mediante la utilización de materiales inadecuados y de baja calidad; haber cambiado los planos

inicialmente elaborados y aprobados, con los cuales se habían construido las casas modelo, por otros que les permitían más ganancias a costa de una defectuosa construcción, planos que fueron variados "hasta completar un número de seis". De tal manera que el problema es estrictamente estructural y con consecuencias hacia el futuro, tal como es el caso de la loza, la que por su mínimo espesor y la baja calidad del hierro utilizado en la misma, habrá de ir cediendo hasta quedar con una curvatura definitiva al término de cinco años, lo que hará que las averías continúen apareciendo durante dicho lapso.

Sexto. Además de los vicios ya indicados, las residencias, entre otros, tienen los siguientes:

a) Defectos de acústica consistentes en la percepción de todo tipo de sonidos, sea cual fuere su intensidad, provenientes de las casas circundantes, ocasionados entre otras causas por haberse construido los muros con adobe de canto y no haber sido elevados lo suficiente para obtener el aislamiento, o no haberse construido doble muro con igual fin;

b) Goteras en algunos de los dormitorios;

c) Ausencia de los boitrones reglamentariamente exigidos;

d) Defectuosa instalación de las celosías, lo que permite la entrada de agua a los dormitorios;

e) Manchas en la baldosa;

f) Falta de colocación de nervios de temperatura;

g) Mala calidad de la pintura;

h) Poca solidez de las puertas de los garajes;

i) Defectuosa instalación de las puertas al exterior y de los closets;

j) Mal acabado de los pisos;

k) Ausencia de cortafuego;

l) Construcción unida o en serie;

m) Mala instalación de servicios sanitarios, de segunda y con tubería de mala calidad;

n) Defectuoso pegante para las tuberías de los lavamanos;

o) Desmoronamiento de los revoques;

p) Exceso de arena en la mezcla utilizada para pegar adobes, en tal forma que se encuentran prácticamente sueltos; y

q) Criterios de mala calidad.

Séptimo. Las casas fueron entregadas a los demandantes en aparente buen estado de construcción y funcionamiento, pero adolecían desde el momento en que se pactó su adquisición, de todos los vicios ocultos aquí indicados, que son de tal entidad que sólo permiten un goce imperfecto del bien y no fueron advertidos por la firma vendedora, sin que la profesión u oficio de los demandantes les permitiera conocerlos, especialmente por la apariencia de funcionalidad y buena construcción que ostentaban para ese entonces las casas, siendo así que la firma vendedora sí conocía tales vicios y a toda costa quiso disimularlos, vicios que por otra parte no sólo conocía la firma demandada sino que en todo caso debía conocerlos dada su profesión de constructora en general y en particular por haber realizado la construcción de los inmuebles referidos.

Octavo. Los perjuicios que con ese motivo se han causado a los demandantes, se descomponen así:

Daño emergente. Los inmuebles en cuestión no han adquirido el mayor valor inherente a todo bien raíz, sino que se han desvalorizado no sólo por los defectos que comportaban al momento de la venta sino porque debido a algunas reparaciones superficiales que a los mismos ha efectuado la compañía demandada, los vicios son más notorios y dan de inmediato la apariencia de deterioro, por lo cual puede estimarse esa pérdida de valor, para cada uno de los inmuebles descritos en la demanda, en la suma de $ 150.000.00. Y como además los demandantes deben continuar sufragando el costo de las reparaciones que sea necesario hacer con suma urgencia a tales inmuebles, habrán de desembolsar por ese concepto y por cada uno de los inmuebles, la suma estimada de $ 50.000.00.

Lucro cesante. Con motivo de los defectos en cuestión y especialmente aquéllos que no pueden repararse y por el contrario con el tiempo se acentuarán, los propiedades de los demandantes llegarán a no experimentar valorización sino depreciación gradual, lo cual sólo se estabilizará con el transcurso del tiempo, que según cálculos técnicos, serán 5 años al menos, motivo por el cual los inmuebles en referencia dejarán de registrar una valorización de $ 600.000.00 para cada uno, a todo lo cual se agregan las tremendas incomodidades a que han estado sujetos los propietarios con motivo de las reparaciones que en la actualidad se efectúan, no sin mencionar que durante el período de construcción nunca se les permitió inspeccionar ni personalmente ni

por intermedio de técnicos en la materia, el adelanto y ejecución de las obras, pues se los prohibió totalmente el acceso a ellas.

3. Los demandantes expresaron que de conformidad con el artículo 82, penúltimo inciso, del Código de Procedimiento Civil, es procedente la acumulación de sus pretensiones toda vez que tienen la misma causa, versan sobre el mismo objeto jurídico y tendrán pruebas comunes.

Y así se trabó el debate con oposición de la empresa demandada, que anunció proponer excepciones previas sin haber realizado su propósito, y formuló las perentorias de ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

El trámite de la primera instancia terminó con sentencia del juzgado, de fecha 27 de septiembre de 1978, que rechazó las excepciones de la demanda y acogió las súplicas de la demanda en el sentido de declarar que los inmuebles en cuestión adolecían de vicios redhibitorios. Y consecuencialmente condenó a dicha sociedad a restituir a cada uno de los grupos demandantes el 25% del precio real de la compraventa respectiva, junto con sus intereses legales, más la suma de $ 10.000.00 como daño emergente, negándoles el resto de sus pretensiones.

Ambas partes apelaron del fallo en cuestión y con ese motivo se tramitó la alzada ante el Tribunal Superior de Medellín, que vino a desatarse con sentencia del 17 de julio de 1979, que confirmó casi en su totalidad la del inferior, excepto en cuanto a la tasa del interés sobre el dinero a reintegrar por la demandada, que señaló en el 3% anual y no en el porcentaje legal que había señalado el "a quo".

Y contra esta sentencia interpuso la sociedad demandada el recurso de casación que ahora ocupa a la Corte.

Las motivaciones del fallo impugnado

1. Después del acostumbrado recuento del proceso, comienza el sentenciador por estudiar los planteamientos de la demandada en cuanto a "indebida acumulación de pretensiones", con transcripción de doctrina y expositores, y concluye que aún en el supuesto de, "un simple yerro o impropiedad en la elaboración de la demanda, que no conlleva a acumulación indebida, ni vicios de forma que tengan la capacidad jurídica de constituir la falta de un elemento procesal (demanda en forma)", no se observa defecto alguno por éste, ni por otros motivos, en los presupuestos procesales.

2. Luego acomete el estudio de las objeciones que por error grave formularon las partes contra el dictamen pericial practicado en la primera instancia, para concluir que dicho experticio no adolece de los vicios que le imputan las partes y que, en consecuencia, no hubo error del juzgado al acoger sus conclusiones y recomendaciones.

3. Pasa a analizar lo relativo a la incongruencia del fallo que alega la parte demandada, para concluir que no es de recibo tal argumentación y, entrando ya en el fondo del debate, formula en primer término un resumen de la preceptiva de las acciones redhibitoria o estimatoria, que luego coteja con las pruebas que obran en el expediente, para concluir que "es evidentemente cierto, que la vendedora, efectuó las reparaciones necesarias para subsanar los vicios de que adolecían las construcciones de los demandantes, y también lo es, en sentir de los peritos, que dichas reparaciones fueron lo suficientemente adecuadas para subsanar la falla estructural detectada. Pero lo que hay que tener presente, y así lo relieva la norma (numeral 1º artículo 1915), es que el vicio haya existido al tiempo de la venta"

4. Continúa comentando que según el artículo 1918 del Código Civil, algunos autores han considerado la acción indemnizatoria de que trata dicha norma como aplicable únicamente cuando el comprador obtiene la rescisión del contrato y no cuando pide la rebaja del precio, por considerar que con esta última actitud se resarcen los daños y perjuicios sufridos. Pero que el inciso 2º del artículo 934 del actual Código de Comercio, indica claramente que la indemnización de perjuicios procede en cualquiera de los dos eventos, de donde concluye que "la acción indemnizatoria entonces, opera como un complemento de las otras dos acciones (la redhibitoria y la estimatoria) teniendo como fundamento, sancionar al vendedor de la cosa viciosa cuya conducta ha sido dolosa o culposa".

5. Y encuentra aceptable la condena que al respecto efectuó el Juzgado en la sentencia apelada, en cuantía de $ 10.000.00 para la modalidad del daño emergente, y del 6% anual o intereses legales sobre el valor de la rebaja del precio real de compra por dicho concepto, con la advertencia de que dicho 6% anual no se compadece "con la devaluación monetaria", en cuya virtud concluye que los intereses en cuestión deben liquidarse desde el día de la entrega de la respectiva propiedad hasta cuando se verifique el pago, a la tasa del 3% anual, por ser éste, al

menos, la tasa de interés que los demandantes actualmente cancelan por los dineros recibidos en mutuo para la adjudicación de las viviendas.

6. Y así, concluye el sentenciador con la confirmación del fallo de primera instancia, modificándolo en el anotado sentido de los intereses representativos del lucro cesante, fallo contra el cual y como ya se dijo, la sociedad demandada interpuso el recurso de casación que en esta oportunidad se decide.

La demanda de casación

Trae dos cargos, ambos enmarcados en la causal primera y que se estudian y deciden en su orden de presentación:

Primer cargo. Se acusa la sentencia, con apoyo en la causal indicada, de haber violado indirectamente y por aplicación indebida los artículos 1613, 1614, 1615, 1617, 1914, 1916, 1917, 1924 y 1925 del Código Civil, "a causa de la violación medio del artículo 82, penúltimo inciso, del Código de Procedimiento Civil" y de los manifiestos errores fácticos en que incurrió el sentenciador y que adelante se puntualizan:

1. La censura se desenvuelve sobre un tema íntimamente vinculado con el presupuesto procesal de demanda en forma y apunta a que, de establecerse lo contrario, el sentenciador ha debido inhibirse para decidir en el fondo la cuestión debatida, en lugar de proferir, como lo hizo, sentencia de mérito.

Al efecto, el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil dispone que "podrán acumularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse de las mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros". Este precepto autoriza la formación inicial tanto de un litis consorcio facultativo propio, cuando las pretensiones de los demandantes o contra los demandados son conexas entre sí por la causa o por el objeto, como de uno impropio, cuando no existiendo conexidad entre las pretensiones, haya afinidad entre ellas por depender unas de otras o requerir las mismas pruebas para la demostración de los hechos en que se fundan.

2. Las pretensiones provienen de la misma causa cuando tienen como fundamento un mismo hecho o acto jurídico; versan sobre el mismo objeto cuando persiguen un mismo bien; se hallan entre sí en relación de dependencia cuando el acogimiento de una pretensión está condicionado a la prosperidad de otra; y por último se sirven de las mismas pruebas, cuando unos mismos medios probatorios son útiles para establecer el hecho o acto jurídico común a las pretensiones de los demandantes, sin que pueda tener tal virtualidad el hecho de que las pruebas sean semejantes o análogas.

3. Continúa el censor manifestando que en la demanda introductoria del proceso existe una acumulación subjetiva de pretensiones de distintos demandantes contra un mismo demandado, pues los litigantes que forman la parte demandante la integran cuatro grupos bien distintos, a saber: a) Fabio Angel Gutiérrez y Beatriz Restrepo de Angel; b) Ana Cecilia Mariela de Jesús, Martha Eugenia Jaramillo Gaviria e Isabel Gaviria de Jaramillo; c) Luis Alfonso y Eugenia González Gaviria; y d) Luis Fernando Santos Gaviria.

Pero basta el solo enunciado de las pretensiones de los demandantes, en que cada uno se refiere a inmueble diferente y a vicios redhibitorios de ese inmueble, para advertir que no procede la acumulación subjetiva de pretensiones planteada, pues:

a) No provienen de la misma causa, pues no se alega un hecho o acto jurídico común a todas ellas sino actos distintos y sin ninguna vinculación, como son los contratos de compraventa individuales por cada grupo de demandantes, y los agrietamientos o daños de las casas, que son obviamente diferentes por tratarse de inmuebles distintos. Por tanto los vicios o grietas que se achacan a cada casa tienen entidad propia, sin que pueda afirmarse que los que afectan a una de ellas sean los mismos que afectan a las otras. De esta suerte si los inmuebles son distintos, si los títulos de adquisición lo son igualmente y si los vicios ocultos de uno no se pueden tener como de otro, ¿cómo puede afirmarse entonces, que las pretensiones de los demandantes tienen la misma causa? Causa común no existe, ni por asomo, respecto de las pretensiones en cuestión;

b) No tienen el mismo objeto, pues la rebaja proporcional del precio y la indemnización de perjuicios que persiguen los demandantes son distintas, porque distintos son los precios de cada contrato y distintos los daños sufridos por cada propiedad;

c) No existe entre ellos relación de dependencia, por la razón de que cada grupo de demandantes reclama sus derechos con total indepen-

dencia de los demás, a punto tal que podrían acogerse las pretensiones de uno y rechazarse las de otros; y

d) No pueden servirse de las mismas pruebas pues si las pretensiones de los demandantes tienen fundamentos fácticos distintos y autónomos, en lugar de un fundamento de hecho común, las pruebas encaminadas a demostrar tales hechos necesariamente tienen que ser diferentes, notándose que para que haya identidad instrumental, según el profesor Devis Echandía, se requiere "que sean los mismos testigos o documentos o la inspección judicial al mismo lugar, *y no únicamente pruebas semejantes o análogas*", como son las practicadas en este proceso.

4. En tales condiciones no se cumple ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil para que proceda la acumulación subjetiva de pretensiones en la misma demanda, pues se está frente a una indebida acumulación de pretensiones que, de haber sido advertida oportunamente por el Juzgado, habría dado lugar a la inadmisión de la demanda de conformidad con el artículo 85 *ibidem*, a fin de que se corrigiera ese defecto. Y la existencia de este último incide en el presupuesto procesal de demanda en forma, cuya ausencia trae como consecuencia la inhibición del sentenciador para decidir en el fondo la cuestión litigiosa, no obstante que en el alegado de segunda instancia se puso de presente al Tribunal, en forma amplia y razonada, el defecto anotado.

5. La conclusión a que llegó el sentenciador, de que no existía una indebida acumulación de pretensiones por haber en ellas "unidad de causa, unidad de objeto y unidad de prueba", obedeció a los evidentes errores de hecho en que cayó al apreciar la demanda, en donde se contiene esa acumulación, pues en efecto:

a) No se dio cuenta de que a pesar de que, con notoria falta de técnica en la exposición de los hechos, se englobaron en unos mismos numerales los fundamentos fácticos de las pretensiones, en realidad son distintos e independientes los aducidos por cada uno de los cuatro grupos de demandantes, pues son distintos los inmuebles, distinto su título de adjudicación, distintos los agrietamientos o daños de cada inmueble, distinta la rebaja proporcional de cada uno y distintos los perjuicios que se habrían causado. Tan cierto es ello que el Juzgado tuvo que hacer condenaciones distintas para cada grupo de demandantes, lo que no hubiera sucedido si todas las pretensiones tuvieran una causa común. Al no haber visto que como fundamento de las pretensiones acumuladas se afirman hechos distintos e independientes y al afirmar que de la demanda aparece que existe *unidad* de causa en las pretensiones, alteró el Tribunal la objetividad de la misma al no ver lo que nítidamente se contiene en ella;

b) No percató el sentenciador que tales pretensiones, lejos de tener el mismo objeto, tiene objetos distintos e independientes, pues la rebaja del precio que cada grupo de demandantes persigue es distinta y distinta, igualmente, la indemnización de perjuicios que reclaman, como quiera que son diferentes los precios de cada inmueble y los daños sufridos por cada uno. Al no haber visto que el objeto de las pretensiones es distinto y al afirmar que hay *unidad de objeto*, alteró el real contenido de la demanda incurriendo en manifiesto yerro fáctico;

c) No se dio cuenta el Tribunal de que si los documentos básicos de las pretensiones son distintos, los medios de prueba encaminados a demostrar su existencia tienen necesariamente que ser distintos, pues son distintos los títulos de propiedad de las casas, distintas las inspecciones judiciales a cada una, distintos los experticios referentes al monto de los perjuicios, distinta la prueba testimonial, etc. Si no existe una causa común, no puede haber identidad de prueba. Al no haber visto el sentenciador que las pruebas son distintas y al afirmar que existía *identidad de prueba* contrarió ostensiblemente la realidad fáctica que ofrece la demanda, incurriendo en evidente error de hecho; y

d) Aunque el sentenciador no afirma que existe relación de dependencia entre las pretensiones de los demandantes, tácitamente sí pudo dar por existente esa dependencia al estimar que la acumulación de las mismas se ajustaba a lo preceptuado por el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, con lo cual incurrió en nuevo yerro fáctico, pues se trata de unas pretensiones autónomas.

6. Estos manifiestos errores de hecho llevaron al Tribunal a violar ostensiblemente el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, pues de no haber incurrido en ellos habría concluido que por no provenir de una misma causa, no tener un mismo objeto, no hallarse en relación de dependencia y no servirse de las mismas pruebas, existía una indebida acumulación de pretensiones que impedía un pronunciamiento a fondo de la cuestión litigiosa por faltar el presupuesto procesal de demanda en forma. Y a

través de esta violación, pudo quebrantó el Tribunal los preceptos de derecho sustancial señalados en el encabezamiento del cargo, por haberlos hecho actuar en el caso litigioso cuando, por faltar el presupuesto de demanda en forma, no podían ser aplicados, ya que la procedente era el fallo inhibitorio, el cual deberá pronunciarse así en la sentencia de reemplazo.

Considera la Corte:

1. El tema decidido por el Tribunal y sobre el cual versa este primer cargo, es la procedencia de la acumulación de pretensiones que fue efectuada por varios demandantes frente a un mismo demandado, con apoyo en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, norma que el recurrente entiende en el sentido de autorizar la formación inicial de un litis consorcio facultativo *propio* "cuando las pretensiones de los demandantes o contra los demandados son conexas entre sí por la causa o por el objeto, como de uno *impropio* cuando no existiendo conexidad entre las pretensiones, hay afinidad entre ellas por *depender unas de otras o requerir las mismas pruebas* para la demostración de los hechos en que se fundan".

2. Entiende la Corte que *la pluralidad de litigios respecto de un mismo proceso, o sea la composición acumulativa de litigios diversos, tiene su apoyo en dos firmes postulados: la economía procesal y la mayor justicia y certeza en la decisión.*

Y las condiciones que deben cumplirse para permitir obtener las importantes ventajas en orden a realizar la última finalidad de todo proceso, se han hecho consistir en principio en la "conexión" de los diversos litigios, sirviendo así el proceso acumulativo para la solución de los mismos.

Son conexos materialmente los litigios que, no obstante ser diversos, tienen uno o más elementos en común, o sea: cuando es idéntica al menos una de las partes de dos o más litigios (conexión personal); cuando es idéntica el bien en contienda (conexión real); y cuando es idéntica la pretensión (conexión causal).

Y también, son conexos instrumentalmente *aquellos litigios cuyas pretensiones en discusión requieren el mismo trámite procesal, se apoyan en las mismas razones, entendiéndose por tales la afirmación de la conformidad de la pretensión con el derecho objetivo, y se valen de las mismas pruebas.*

En cuanto a la conexión que depende de la identidad de razones, si proviene del objeto de la demanda podrá designarse como conexión final, pero si proviene del simple título o hecho de que dependan tales razones, bien puede denominarse conexión por el título invocado o por la causa para pedir.

3. *Ahora bien: no existe posibilidad de proceso acumulativo cuando no se presenta la pluralidad de al menos uno de los sujetos del litigio.*

Pero tal pluralidad, si bien necesaria, no es suficiente por sí sola para establecer el grado de conexión que exige el proceso acumulativo, pues se requiere además que puedan utilizarse las mismas pruebas, situación que se presenta cuando las diversas pretensiones *están fundadas sobre la misma razón, debiéndose anotar que la razón en sentido procesal se resuelve y desdobla en el hecho y en el efecto jurídico, constituyendo así la causa y el contenido de la pretensión. De manera que si hay identidad de razón ella debe provenir de la identidad del hecho o de la identidad del efecto, produciéndose así una conexión causal en el primer caso, y final en el segundo.*

Puede concluirse, por tanto, que varios litigios son conexos para los fines del proceso de conocimiento cuando tengan en común uno de los sujetos y el hecho o el efecto jurídico que constituyan la razón de las varias pretensiones.

Esta conexidad, impropia si se quiere, la acoge el actual procedimiento civil en pro de los citados principios de la economía procesal y de la realización de los fines del proceso en cuanto tienda a una mayor justicia y certidumbre en la decisión de litigios afines.

4. *Y son manifiestos tales beneficios, pues si bien la pluralidad de litigios implica la de partes, y con ese motivo las dimensiones del proceso acumulativo exceden las del proceso singular, es también evidente que de una sola vez el Juez y las partes procurarán la composición de más de un litigio sin que el aumento del continente sea inevitablemente proporcional al del contenido. Y desde el punto de vista de la justicia, el beneficio también es notable pues no sólo la actividad de las partes individualmente consideradas puede influir en la decisión de las pretensiones de otra de las partes, con notorio incremento de la justicia en la decisión por emanar de un campo causal más fértil y extenso, sino que la certeza a que debe apuntar toda decisión procesal tendrá mayores probabilidades de realizarse, especialmente al evitar decisiones contradictorias, que si bien pueden existir cuan-

de se trata de cuestiones similares, deben evitarse cuando se trata de las mismas cuestiones, como ocurre en los litigios conexos por la razón de las diversas pretensiones, o sea respecto del mismo hecho o del mismo efecto jurídico.

5. Descendiendo del anterior plano teórico introductivo del despacho del cargo que se estudia al de la correspondiente preceptiva procesal, sea de observar que el tema en análisis está principalmente contemplado en los artículos 82 y 83 del Código de Procedimiento Civil, normas que en su orden se refieren a la acumulación de pretensiones y al litis consorcio necesario y la integración de su contradictorio. Y sin que sea necesario definir lo relativo a procesos acumulativos bilaterales o plurilaterales o litis consorciales, o al litis consorcio simple o recíproco, inicial o sucesivo, corresponde advertir que una de las modalidades es la del litis consorcio útil *por contraposición al* necesario, *consistiendo el primero, que es el que interesa para el litigio en estudio, en que a la acumulación no se llega por imposición legal sino que procede de la iniciativa no de ambas partes o concordada para el caso en estudio, sino de una solo de ellas.*

Es así como el litis consorcio útil *tiene su fuente en la voluntad de alguna de las partes y de ahí que al reglamentarlo el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil emplea con toda propiedad las expresiones netamente facultativas: "El demandante* podrá *acumular... En la demanda sobre prestaciones periódicas* podrá *pedirse la condena ... También* podrán *acumularse... En las demandas ejecutivas* podrán *acumularse...", todo lo cual está indicando que en tales casos se trata de litis consorcios simplemente* útiles *o* facultativos, *en modo alguno* impuestos *o* necesarios.

6. Y valga destacar el penúltimo inciso de la norma en comentario, en cuya interpretación se asienta la censura y que reza: "También podrán acumularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse de las mismas pruebas. Aunque sea diferente el interés de unos y otros". *(Subraya la Corte).*

Claramente consagra el artículo en cuestión que en determinadas condiciones se puede *realizar la acumulación atendiendo el* interés *entendiéndose por tal el jurídico, sea distinto para los diversos litigantes. Pero si dicho interés no es diferente sino* coincidente, *la acumulación podrá efectuarse y el litis consorcio útil será viable aunquando las pretensiones no provengan de la misma causa, o no versen sobre el mismo objeto, o no se hallen en relación de dependencia o no deban servirse de las mismas pruebas. Lo único que se exige es que al menos sea común una de las partes y que el interés jurídico coincidente emane de la identidad de razones de las respectivas pretensiones, o sea de la conformidad entre tales pretensiones y el derecho objetivo.*

7. Por último, se observa que cuando el Código de Procedimiento Civil, se refiere en su artículo 83 a que los procesos acumulados deban "servirse de las mismas pruebas", no se trata tanto de identidad física de alguno o algunos de los medios probatorios, sino jurídica o sea que las pruebas sean comunes en razón de su clasificación doctrinal, como cuando a base de inspecciones judiciales, o de dictámenes periciales, valga el ejemplo, se persigue la comprobación de hechos similares o conexos para las varias causas.

Y además, el sentenciador tuvo en cuenta tal unidad de medios demostrativos, apreciación fáctica que ni ha sido desvirtuada ni ha sido objeto de ataque por el actor, con lo cual la Corte la ha recibido con presunción de acierto, no desvirtuada hasta el momento.

8. Puede concluirse de todo lo anterior que el litis consorcio útil contemplado en el inciso que se analizó, es procedente no sólo cuando las pretensiones provienen de la misma causa, o cuando versan sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, o deban servirse de las mismas pruebas, pues también se admite tal acumulación en guarda de la economía procesal y de la certeza y justicia de la decisión, cuando el interés jurídico de los varios demandantes o demandados es coincidente.

En estas condiciones los errores fácticos endilgados por la censura son intrascendentes, pues aún en la hipótesis discutible de que el sentenciador hubiera incurrido en todos ellos, quedaría incólume el factor de coincidencia del interés jurídico entre las partes, no obstante su diversidad material de pretensiones, interés que no es otro para todas ellas que la invocación o afirmación de la conformidad de cada una con los mismos preceptos sustanciales de carácter general o de derecho objetivo.

Y sobra recalcar la identidad de interés jurídico entre los demandantes, en frente al mismo demandado, que en suma consiste en instar la jurisdicción civil para hacer actuar igual voluntad de ley en relación con todos y cada uno de

ellos, contenida en las normas de derecho objetivo y sustancial que disciplinan lo relativo a vicios redhibitorios en materia de compraventa.

Y el acompasamiento de tal acomodación a los fundamentales principios de la economía procesal y de lograr certeza y justicia en las correspondientes decisiones, es innegable a todas luces.

Como consecuencia de lo dicho y sin necesidad de avocar a fondo el estudio de si en el proceso hay o no unidad de causa entre los demandantes o necesidad de valerse de las mismas pruebas, debe concluirse que el cargo no prospera.

Segundo cargo. En el marco de la misma causal, se acusa la sentencia como violatoria indirectamente de los artículos 1613, 1614, 1615, 1914, 1915, 1917, 1918, 1924 y 1925 del Código Civil por aplicación indebida, en íntima concordancia con los artículos 1608, 1615 y 1617 *ibídem*, a causa de los errores de hecho manifiestos en que incurrió el sentenciador al apreciar las pruebas que adelante se relacionan:

1. Comienza el censor por transcribir la definición que de acción redhibitoria trae el artículo 1914 del Código Civil y la preceptiva que al respecto consagran los artículos 1915, 1917, 1918 y 1925 de la misma obra, para recalcar que si los vicios ocultos no son de la importancia que señala el numeral 2º del artículo 1915, no tendría derecho el comprador a la rescisión de la venta sino sólo a la rebaja del precio, y que si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, será obligado no sólo a la rebaja del precio sino a la indemnización de perjuicios.

2. Agrega que el Tribunal consideró acertadamente que en la demanda se invoca el segundo de los derechos que al comprador confiere el artículo 1917 citado, o sea el de pedir la rebaja del precio en razón de los vicios redhibitorios, y la acción indemnizatoria del 1918, porque conociéndolos la vendedora, ésta no los denunció. Y que al respecto el Tribunal comparte la conclusión a que llegó el Juzgado, "no sólo por estar ajustada plenamente a derecho, sino porque le fue demostrada en autos, con prueba suficiente", conclusión que es del siguiente tenor: "en síntesis, la firma vendedora conocía de los vicios y no fueron manifestados a los compradores; del otro lado a los clientes, ni a sus interventores les fue posible, concretamente a los demandantes, con anterioridad a la adquisición de los inmuebles, conocer de los vicios ocultos estudiados ampliamente en este proveído, por dos razones: no les era permitido el acceso a los trabajos y segunda razón, no son expertos en el ramo de la construcción y no tenían por qué saber la existencia de los vicios ocultos; en el libelo señalaron que no son expertos en construcción, negación indefinida que de acuerdo con el inciso final del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil no requiere de prueba".

3. En cuanto a la rebaja del precio, acoge el sentenciador el dictamen de los peritos que intervinieron en la primera instancia, según el cual "las residencias ocupadas por los demandantes quedaron ya estabilizadas estructuralmente pero, de lógica y sentido común, perdieron valor que conceptuamos equivale para cada una de ellas al veinticinco por ciento (25%) de su precio de compra" que es el daño emergente "que la compañía Pérez Giraldo y Cía. Ltda., debe resarcir a los propietarios".

Y con base en dicho dictamen el Tribunal confirmó el fallo del *a quo* que condenó a la sociedad demandada a restituir a los actores el 25% del precio real de las compraventas, además de los intereses que se fijaron en el 6% anual sobre dicha suma de dinero.

4. Al edificar su decisión confirmatoria de la del inferior en el dictamen pericial mencionado, el Tribunal incurrió en los siguientes yerros fácticos:

a) No se dio cuenta de que los peritos se limitan a afirmar, invocando la "lógica y el sentido común" que las casas de los demandantes perdieron valor por una suma igual a un veinticinco por ciento de su precio de compra, sin expresar las razones que servirían de fundamento a tal afirmación, pues lo que debían invocar eran los principios técnicos o científicos que los llevaron a la conclusión expuesta por ellos. Alteró por tanto el sentenciador la objetividad de este medio de prueba, al no darse cuenta de que en él no se contenía razón alguna seria que sirviera de apoyo a la referida conclusión, incurriendo por lo mismo en evidente yerro fáctico;

b) No obstante que en el artículo 1914 del Código Civil se dispone que el comprador tiene derecho a que "*se rebaje proporcionalmente* el precio por los vicios ocultos", lo cual implica que los peritos deben fijar el valor que a la época de la celebración del contrato tendría el inmueble de estar completamente sano, y el valor del mismo con los vicios, a fin de determinar la diferencia de esos dos valores que es la suma que el vendedor debe restituir, el Tribunal no se dio cuenta de que los peritos adoptaron un

sistema diametralmente opuesto, ya que se limitaron a señalar el porcentaje que el sentido común les indicaba como monto de la depreciación por los vicios del bien, para luego fijar el valor del mismo, deduciéndolo del precio de compra. Al respecto, trae a cuento el expositor Rodríguez Fonnegra, quien manifiesta cómo debe procederse a la liquidación de tal rebaja del precio, tomando en cuenta el valor real que al tiempo de la venta habría tenido la casa de hallarse enteramente sana, el precio convenido y el valor que tenía entonces la casa vendida, para, establecido el precio que habría correspondido a ésta, restarlo del precio pactado y el residuo representará la cantidad monetaria que a más de lo viciosa, corresponde al comprador, la que ha de serle restituida o abonada.

Al no percatar el sentenciador que para fijar el monto de la depreciación de los inmuebles de los demandantes emplearon los peritos un método que no consulta la regla de la proporcionalidad que consagra el artículo 1914 del Código Civil, en lugar de adoptar el que señala Rodríguez Fonnegra, cayó en nuevo yerro fáctico, puesto que la forma arbitraria como los expertos determinaron la suma que debe serle restituida a los compradores, revela indiscutiblemente una falta absoluta de fundamentación adecuada de sus conclusiones;

c) Pasó inadvertido el hecho plenamente establecido en el proceso, de que al haber efectuado la sociedad demandada las reparaciones necesarias para subsanar los vicios de que adolecían las casas de los demandantes, el valor de tales reparaciones debe deducirse de las sumas que les serían restituidas a aquéllos, para evitar un enriquecimiento sin causa, reparaciones que según lo mencionan los peritos fueron suficientemente adecuadas para subsanar la falla estructural detectada. Y el error de hecho del Tribunal consistió en que, al no haber tenido en cuenta este dictamen, no se dedujeron de las sumas por restituir como rebaja del precio el valor de las reparaciones en cuestión, con lo cual se afectó el principio de la proporcionalidad que consagra el artículo 1914 del Código Civil; y

d) No tuvo en cuenta el sentenciador que, según aparece de la diligencia de inspección judicial y del dictamen pericial, los defectos de que adolecen esas casas, aunque similares, no son exactamente los mismos y que, por consiguiente, el monto de la depreciación de los inmuebles no puede señalarse *invariablemente* en el 25% del precio de compra, pues a mayores defectos mayor rebaja y viceversa, circunstancias que no apreció el sentenciador e incurrió en error fáctico evidente al haber aplicado el mismo porcentaje para cada una de las distintas casas afectadas.

Y remata este aspecto del cargo mencionando que de no haber incurrido el sentenciador en los anotados errores de hecho, no le habría dado valor probatorio al dictamen pericial practicado, anotando que es suficiente una sola de las deficiencias o equivocaciones en cuestión para que el experticio carezca de eficacia probatoria en cuanto a la rebaja del precio.

El *segundo aspecto* del cargo se contrae a la condena indemnizatoria y comienza por notar que el Tribunal acogió lo resuelto por el *a quo* en el sentido de condenar a la demandada a pagar a los grupos de demandantes la cantidad de $ 10.000.00 con destino a la decoración de cada una de las casas de habitación y que quedó pendiente en virtud de la suspensión de los trabajos que venía realizando en las construcciones la entidad vendedora, suspensión que ocurrió por voluntad de los mismos adjudicatarios.

Consigna luego las razones que el Tribunal y el Juzgado tuvieron para llegar a dicha conclusión, especialmente lo relativo a que la suma de $ 10.000.00 equivale al resarcimiento del daño emergente, y los intereses computados sobre la rebaja del precio al lucro cesante, y que al efecto el Tribunal tuvo en cuenta para determinar la existencia de los vicios de las casas y el monto de la rebaja del precio el dictamen de los peritos Sinesterra y Trujillo.

Pero al proceder el Tribunal en el sentido de condenar al pago de los citados $ 10.000.00 como daño emergente, que también los peritos que señalaron la rebaja del precio de las casas en un 25% de su valor de compra reiteradamente dijeron que ese 25% representaba el valor equivalente del daño emergente, o sea que la pérdida del valor de la casa es esta clase de daño, con todo ello el Tribunal estaría pronunciando una *doble* condena por un mismo aspecto, pues por daño emergente estaría condenando no sólo al pago de $ 10.000.00 por cada casa sino además al 25% del precio de compra de cada una.

Error este derivado de que el Tribunal no vio que el dictamen pericial valoraba así el daño emergente, y el propio sentenciador adicionalmente lo fijaba en $ 10.000.00 más.

Y finalmente, el Tribunal concedió al pago de intereses moratorios al 8% anual a partir de la fecha en que se les hizo entrega de las respectivas casas, con apoyo en doctrina de la Corte

relativa "al campo de la indemnización por perjuicios por *culpa aquiliana*", incurriendo en el error de no percatar que se trata en esta litis de un reclamo fundamentado en "culpa contractual" al que no le es aplicable la doctrina en cuestión.

Adicionalmente el sentenciador no se dio cuenta de que la sociedad demandada no se halla en *mora* de pagar las sumas de dinero que la sentencia acusada ha dispuesto que debe pagar a los demandantes, pues tal fallo no está en firme ni ejecutoriado.

Y remata este aspecto del cargo precisando que, a consecuencia de los errores denunciados, el Tribunal violó por vía indirecta las normas sustanciales pertinentes indicadas en la censura y por el concepto señalado en el encabezamiento del cargo.

Considera la Corte:

I

La rebaja del precio

1. *El primer error de hecho* que endilga el casacionista al Tribunal, consiste en que en su dictamen pericial los expertos Suescún y Trujillo no expresaron las razones en que fundamentaron su conclusión de que las casas de los demandantes perdieron un valor igual al 25% de su precio de compra con motivo de los daños que experimentaron, pues al respecto el censor dice que "los peritos se limitaron a afirmar, invocando la 'lógica y el sentido común'..." el valor de dichos daños proporcional al precio de compra de las casas referidas.

Sin embargo, al repasar el dictamen atacado se aprecia que la expresión "lógica y el sentido común" se refiere no a *la cuantía* en que los expertos avaluaron el daño sino al hecho o circunstancia de la *pérdida de valor* de los inmuebles no obstante que "las residencias ocupadas por los demandantes ya quedaron estabilizadas estructuralmente", o sea que *a pesar* de esto último perdieron valor, conclusión que es la que los expertos refieren como de "lógica y sentido común" y no la relativa al avalúo de esa pérdida o daño.

Adicionalmente se nota que los expertos explican con fundamento, al responder la segunda pregunta del demandado (folio 173 vto. cdno. 2) la circunstancia de la pérdida de valor de los inmuebles no obstante haber sido reparados, cuando exponen que "el mayor valor relativo que hemos considerado en la respuesta anterior obedece al hecho de la reparación de los daños y readaptación estructural de las partes afectadas sino a la valorización social del área o barrio circundante y a la devaluación constante del poder adquisitivo de la moneda colombiana. Si fuere el caso de calcular valor absoluto en lugar de valor relativo, es natural que un inmueble afectado y luego reparado quedaría valiendo menos, aunque las reparaciones hubiesen subsanado integralmente los daños y defectos presentados posteriormente a su construcción".

Y en cuanto al avalúo de la pérdida de valor de los inmuebles con motivo de los daños en cuestión, equivalente al 25% de su precio de compra, a tal conclusión llegaron los expertos, según sus propias palabras, "después de estudiar concienzudamente todos los factores del problema que se nos planteó, tanto en el expediente con el concepto de testigos idóneos, en los planos anexos, en las pruebas adjuntas, en las detenidas visitas a las casas modelos y a las casas afectadas que demandaron daños, perjuicios y lucro cesante"... y "después de detectados los daños, estudiadas sus causas, diagnosticada y formulada correctamente su solución por el doctor Germaneti y reparados los daños, deterioros e inestabilidad estructural inicial por la firma Pérez Giraldo y Cía. Ltda.".

Y sea de notar que los peritos Ríos y Gómez (folios 16 vto. y 20 cdno. 6), avaluaron esa depreciación en el 30% del valor de compra.

Por tanto no es exacto que los expertos no hubieran fundamentado su dictamen en estos particulares y menos aún que, como lo pretende el censor, lo hubieran basado simplemente en la "lógica y sentido común", lo que implica rechazar este aspecto del cargo.

2. *El segundo error fáctico* que anota la censura es el relativo a que los peritos no emplearon el sistema de la proporcionalidad previsto en el artículo 1914 del Código Civil para la acción de rebaja del precio, conforme lo indica el tratadista Rodríguez Fonnegra, sino un sistema diferente y arbitrario que no consulta la regla de la proporcionalidad.

Se observa que el censor no explica ni demuestra por qué el sistema de los peritos es arbitrario y no se acomoda en sus resultados a la regla de la proporcionalidad que prescribe el artículo 1914 del Código Civil lo que de por sí implicaría el rechazo de la censura.

La regla en cuestión tiene por objeto darle una solución objetiva a la acción de cuanto mo-

nos, aislándola de todo factor personal o subjetivo derivado del comprador mismo y de "per se" de la cosa vendida. Y la "proporcionalidad" alegada sólo tiene lugar cuando el precio de compra difiere del valor del objeto vendido para la época de la compraventa, disparidad que no sólo no consta en el expediente ni ha sido puesta de presente por el censor sino que parece no existió, comoquiera que los expertos consideran aceptable como valor de los bienes en la época del contrato el precio pactado no en las escrituras de compraventa sino el realmente convenido en las promesas respectivas, que es en promedio de $ 450 000.00 por cada inmueble. (Folio 188 cuaderno 2).

De ahí que para calcular la suma en que el precio deba rebajarse sea necesario hacer una aparente proporción entre el precio convenido y el valor real depreciado del bien vicioso, y se dice *aparente*, pues la proporcionalidad se refiere a la comparación del deprecio que con motivo del vicio experimenta el objeto vendido con el precio convenido, cuanto el valor real, si lo hubiere, es diferente de este último, deprecio que no hay obstáculo en calcularlo directamente al restar del precio convenido el valor real del objeto de la venta, ya teniendo en cuenta el vicio que lo afecta, cuando el precio convenido no es distinto del valor real del objeto como si no tuviera vicio alguno.

Por tanto, sea que la rebaja del precio resulte de cálculo proporcional o directo, como fue el efectuado por los peritos, el error en que hubieran podido incurrir, no resulta necesariamente de haber escogido este último sistema por considerar que eran equivalentes el precio pagado y el valor de los inmuebles si alguno no hubiere tenido vicio, sino de que la cifra resultante del mismo e indicadora de la cuantía en que el precio deba rebajarse resultare notoria y gravemente equivocada, cuestiones que la censura no contempla ni trata de demostrar.

De ahí que este aspecto de la censura no pueda prosperar.

3. *El tercer error* se hace consistir en que el sentenciador no tuvo en cuenta la circunstancia fáctica de que la sociedad demandada efectuó las reparaciones necesarias para subsanar los vicios de que adolecían las casas de los demandantes, "salvando así —según concepto de los peritos—, las residencias afectadas de continuidad de deterioro e imprimiéndoles debida seguridad", motivo por el cual de las sumas que se ordenaron restituir ha debido deducirse el valor de tales reparaciones.

Sin embargo, los propios expertos, como atrás se vio, dictaminaron que no obstante la factura de las reparaciones en cuestión, los inmuebles se *depreciaron*, y ese *deprecio*, ya computado en el valor de las reparaciones, fue el que les sirvió para calcular la cuantía del precio de las compraventas por restituir.

Por tanto las reparaciones en referencia si fueron tenidas en cuenta para el cálculo de las sumas que por rebaja del precio debe devolver la parte demandada y, en consecuencia, este aspecto de la acusación debe rechazarse.

4. *El cuarto error* se hace provenir de que no siendo idénticos los vicios y daños de cada casa, los peritos señalaron uniformemente en un 25% del precio de compra de cada una como suma a devolver por la acción de rebaja.

No obstante, el reparo se desvanece si se observa de una parte que en la inspección judicial traída a cuanto por el propio censor (folio 82 vto. cdno. 2), consta que después de examinar la casa número 32B-40 de la carrera 67 de los demandantes Luis Alfonso y Eugenia González Gaviria y verificar sus daños, se pasó a la casa número 32-46 de la misma carrera que "se encuentra en iguales condiciones que la anterior"; después se examinó la número 32-26 de la misma carrera y se encontró "en las mismas condiciones de las dos anteriores" y, por último, se inspeccionó la número 32B-58 de la carrera 66 B "en donde se observan agrietamientos similares". Y de otra los propios expertos, en las motivaciones de su dictamen, manifiestan "que los inmuebles, objeto del pleito, presentan todos, *en grado más o menos similar*" los agrietamientos en cuestión.

En tal virtud no puede considerarse gravemente equivocada la conclusión del sentenciador que aceptó, de acuerdo con el unánime dictamen de los expertos, un igual porcentaje del precio de compra de cada inmueble como rebaja del precio pagado a la demandada por el respectivo comprador.

Luego este aspecto del cargo tampoco está llamado a prosperar.

II

La condena indemnizatoria

Sobre este particular la censura se desdobla en dos aspectos, a saber:

Daño emergente, tema sobre el cual expone que el Tribunal se equivocó y pronunció una

doble condena, pues según los expertos el 25% del precio de compra comprende todo el daño emergente, luego sobraría la condena adicional que por $ 10.000.00 c. favor de cada grupo de demandantes se pronunció por concepto del valor de la decoración de cada inmueble.

Pero la acusación no tiene fundamento, pues si bien los expertos consideraron que el 25% del precio de compra era daño emergente a voces del artículo 1614 del Código Civil (fol. 191 cdno. 2), no lo es menos que advirtieron que ese porcentaje provenía de que tales inmuebles "perdieron valor", lo cual debe resarcir la demandada y "a la vez debe terminar la decoración que quedó inconclusa a causa de la iniciación del pleito" (folios 177 vto. 178 ib.).

Y además, la sentencia no involucró tales condenas como provenientes ambas del daño emergente, pues bien claro lo dijo el Juzgado y lo confirmó el Tribunal, que el 25% del precio debería *restituirse como rebaja del precio*, con intereses al 8% anual como lucro cesante, más $ 10.000.00 como *daño emergente*, todo con apoyo expreso en el artículo 1918 del Código Civil que contempla no sólo el derecho del comprador al cuanto menos sino a que se le indemnice de los perjuicios que haya experimentado.

De ahí que la condena en cuestión no haya sido *doble* por el aspecto de daño emergente y que, en consecuencia, este aspecto de la censura en examen deba rechazarse.

Y en cuanto al *lucro cesante*, el recurrente expone que sobre el particular incurrió el sentenciador en doble error fáctico, pues cuando trajo a cuento doctrina de la Corte sobre influencia de la desvalorización monetaria en la liquidación del perjuicio, dicha doctrina se refiere a responsabilidad aquiliana y no contractual, y además no tuvo en cuenta que cuando la obligación es de pagar una suma de dinero, los intereses legales indemnizatorios se causan desde cuando el deudor se constituya en mora, que para el caso en estudio sólo ocurrirá cuando quede en firme la sentencia impugnada.

El primero de estos argumentos no puede acogerse, pues además de que la Corte también se ha pronunciado sobre la influencia de la desvalorización monetaria en cuanto a perjuicios derivados de responsabilidad contractual (Sentencia del 2 de julio de 1979 en el proceso de Urbanizadora Cádiz contra el Municipio de Ibagué, aún sin publicar) en el sentido de aceptar tal desvalorización como factor componente del perjuicio de ese linaje, la sentencia citada por el Tribunal y según transcripción parcial que de ella se hizo en el propio fallo atacado, reza: "Los mencionados tratadistas, que estudian el problema ampliamente, *no vacilan en extender el anterior criterio al campo contractual*, fundados en el mismo postulado y en la doctrina de los Tribunales franceses". (Fol. 15 vto. cdno. 7).

Por tanto, no existe al respecto error alguno del sentenciador en el sentido en que lo pretende la censura.

Y en cuanto al segundo error imputado, basta considerar para desvanecerlo, que en el fondo *la condena pronunciada no es a pagar una suma de dinero* como resultado de una obligación directa pactada con ese objeto, *sino a devolver parcialmente una suma recibida desde la época del contrato*, cuestión bien distinta por cierto. Además la condena impuesta por el Tribunal, abarcó no sólo la rebaja del precio sino la indemnización de perjuicios de que trata el artículo 1918 del Código Civil, caso en el cual no es desacertado en cuanto hace relación a lucro cesante, señalarlo en un 8% anual, porcentaje bastante moderado por cierto, sobre el conjunto de la rebaja del precio y del daño emergente, sin que lo anterior implique que se trate de una obligación directa de pagar una suma de dinero, sino de una rebaja y unos perjuicios cuya indemnización se ha traducido en dinero, ni que el porcentaje en cuestión sea el interés legal o convencional de tal cantidad sino la expresión numérica de la ganancia o provecho que dejó de reportarse a consecuencia del incumplimiento total, parcial o retardado de una obligación contractual).

Síguese de lo dicho que este último aspecto de la censura tampoco está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el 17 de julio de 1979, en este proceso de Fabio Angel Gutiérrez y otros contra Pérez Giraldo y Compañía Limitada.

Costas en casación a cargo del recurrente. Tásense.

Notifíquese, cúmplase, publíquese en la *Gaceta Judicial* y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda
Secretario.

INDEMNIZACION DEL RIESGO ASEGURADO

Contratos por adhesión.

Solamente las cláusulas que por su ambigüedad u oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos deben ser interpretados a favor de la parte que da su consentimiento por adhesión. Cuando son claras, terminantes y precisas, no, aunque aparezcan ante el Juez exageradas, rigurosas y aun odiosas tales estipulaciones.

Errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Cláusulas de excepción o exclusión del riesgo.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

Bogotá, D. E., 29 de agosto de 1980.

Se deciden los recursos de casación interpuestos por demandantes y demandada contra la sentencia de 15 de junio de 1979, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por *Judith Pulgarín viuda de Alvarez* y otro en frente de la entidad "Compañía Suramericana de Seguros de Vida S. A.".

I

Antecedentes

Tomados del acervo probatorio practicado, por su trascendencia en el presente litigio, merecen relievarse los siguientes hechos:

1º Luis Eduardo Alvarez Castrillón y Judith Pulgarín Correa se unieron en matrimonio, por los ritos de la Iglesia Católica, el 26 de noviembre de 1971.

Y dentro de esta unión connubial los contrayentes procrearon a Juan Carlos Alvarez Pulgarín, cuyo nacimiento ocurrió en la ciudad de Medellín el 26 de mayo de 1976.

2º El 16 de julio de 1976, previo el pago de la parte correspondiente al valor de la prima, la "Compañía Suramericana de Seguros de Vida", expidió a favor del mentado Alvarez Castrillón la póliza de seguro de vida número SE-108694, con vigencia hasta el 16 de julio de 2017, por la suma de $ 1.000.000.00 y en la cual se hizo figurar como beneficiarios a la citada Pulgarín de Alvarez y los "hijos del matrimonio por partes iguales".

Según lo allí estipulado la entidad aseguradora se obligó a pagar el valor del seguro, "al fallecimiento del *asegurado*, si ocurriere antes de la fecha de expiración, comprobado que sea legalmente tal fallecimiento y determinada su causa".

3º El contrato de seguro así plasmado, se complementó en esa misma fecha con dos anexos, cada uno por la suma de $ 1.000.000.00, denominados "beneficios indemnizatorios por muerte o desmembración accidental (doble indemnización)", el uno; y "póliza de seguro contra accidentes personales", el otro, que comprendía los riesgos de muerte o invalidez.

En el primero de dichos dos anexos se estipuló que para los efectos pertinentes debía entenderse "por accidente el hecho externo, violento, visible y ocasional, no causado voluntariamente por una persona, que dentro de los noventa (90) días siguientes a su ocurrencia, produzca la muerte del *asegurado*...". Y por la cláusula tercera de dicho anexo se acordó que la aseguradora quedaría exonerada de responsabilidad, si el riesgo amparado se producía como consecuencia directa, entre otras, de las siguientes causas:

a) "Suicidio, daños o lesiones infligidas a sí mismo por el *asegurado*, ya sea que se encuentre en estado cordura o de locura";

b) "Ingestión de venenos o aspiración de gases venenosos o asfixiantes, voluntaria o involuntariamente"; y

c) Por encontrarse el asegurado "en estado de embriaguez o bajo la influencia de estupefacientes".

4º En el segundo anexo, correspondiente a la "póliza de seguros contra accidentes personales", que amparaba los riesgos por muerte e invalidez, se acordó que para sus efectos se entendería "por accidente el hecho violento, externo, visible y ocasional, no causado voluntariamente por una persona, que cause lesiones corporales evidenciadas por contusiones o heridas visibles o lesiones internas médicamente comprobadas o ahogamiento". Y por la cláusula tercera de dicho anexo, se estipuló que el seguro no cubriría pérdidas o incapacidades "causadas directa o indirectamente, totalmente o en parte", entre otros, por los siguientes hechos:

a) "Asesinato, homicidio o lesiones causadas criminalmente por otra persona";

b) "Participación voluntaria en cualquier riña; y

c) "Actos humanos mediante arma de fuego, cortopunzante o contundente".

5º Luis Eduardo Alvarez Castrillón murió en la ciudad de Medellín a las nueve y media de la mañana del 19 de noviembre de 1977, y la causa principal de su muerte fue, según lo indica el acta notarial que registró la defunción, "*asfixia mecánica-hemoaspiración-herida traqueal por bala*".

Practicada ese mismo día 19 de noviembre la necropsia al cadáver del interfecto, por el médico Jorge Amado Uribe, del Departamento de Estudios Criminológicos de la Secretaría de Gobierno de Medellín, el citado patólogo, al concretar sus "*diagnóstico macroscópico y conclusión*", expresó: "Lesión con proyectil disparado con arma de fuego, que penetrando por pliegue axilar anterior izquierdo, y en su trayecto horizontal hacia la derecha, produjo herida de tráquea y esófago, con inundación por sangre de las vías aéreas, heridas de vértice pulmonar derecho con hemotórax, siendo desviado el proyectil hacia la región escapular derecha; las mencionadas lesiones fueron de *naturaleza mortal*, y le causaron la muerte por anoxia mecánica, debido a la oclusión de las vías aéreas... *Nota*: La dosificación de alcohol, dio una concentración de alcohol etílico (etanol) en sangre de 80 mgs%, o sea un tercer grado de embriaguez, efectuado por el método de Newman".

6º Ocurrido el óbito del asegurado, se cruzaron entre los sujetos del litigio las siguientes comunicaciones, que son relevantes en el conflicto:

a) Reclamación que la sobredicha Pulgarín viuda de Alvarez, en su nombre y como representante legal de su menor hijo Juan Carlos, hizo a la compañía aseguradora el 2 de diciembre de 1977, en la cual, al concretar el tipo de accidente que sufrió el asegurado, lo determina en "homicidio"; y al precisar las circunstancias que rodearon la muerte expresó: "*Disparo efectuado por un malcante no identificado quien previamente había tratado de cometer un robo en la residencia del asegurado*"; y

b) La carta de 13 de diciembre del mismo año, dirigida por "Suramericana de Seguros" a Judith Pulgarín de Alvarez, en la cual le manifiesta, refiriéndose a la reclamación por ella hecha previamente, que "acepta el pago del seguro de vida principal por $ 1.000.000.00", pero que objeta el pago "del anexo de doble indemnización por la no realización del riesgo de acuerdo con las definiciones de accidentes en ellos contempladas...".

7º Finalmente, la "Compañía Suramericana de Seguros de Vida", previa la liquidación del valor del seguro que ella hizo en la suma de $ 994.389.00, o sea el correspondiente a la suma inicialmente acordada menos $ 5.611.00 por concepto de "primas diferidas", giró a favor de la precitada Pulgarín viuda de Alvarez un cheque por ese monto contra el Banco Industrial Colombiano.

II

El litigio

1. Así las cosas, invocando como hechos constitutivos de la *causa petendi* los que fluyen de los antecedentes relatados, y afirmando además que de acuerdo con la ley de seguros "es opcional para el cliente comprador y para la compañía vendedora, negociar uno o más anexos a una póliza principal y según sean éstos, mayor o menor será el valor de la prima que se paga a la compañía", la citada Judith Pulgarín viuda de Alvarez, en su nombre y en el de su menor hijo Juan Carlos Alvarez Pulgarín, mediante escrito de 27 de enero de 1978 y que en repartimiento

correspondió al Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín, demandó a la sobredicha entidad "Compañía Suramericana de Seguros de Vida S. A.", a fin de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que la sociedad demandada está obligada a pagar a los demandantes la suma de $ 2.000.000.00, "más el interés del 18% anual a partir de los 60 días transcurridos de que da razón el artículo 1080 del Código de Comercio, o en su subsidio ellos contados a partir del 13 de diciembre de 1977", suma equivalente al "resto" de la indemnización de que trata la póliza de seguro de vida número SE-108694, de 16 de julio de 1976, "es decir el valor de los dos anexos"; y

b) Que se condene a la entidad demandada, igualmente, al pago de las costas procesales.

2. En su oportuna contestación a la demanda la compañía demandada se opuso a las pretensiones de sus demandantes.

Y luego de negar los hechos por éstos invocados, salvo los relacionados con la celebración del contrato de seguro, la muerte del asegurado y el pago que ella hizo a los beneficiarios por valor "del seguro de vida principal", los cuales sí aceptó, propuso las excepciones que denominó "no realización del riesgo asegurado"; "inexistencia de la obligación"; "cobro de lo no debido"; y la "genérica", medios defensivos estos que hizo consistir, en suma, en la afirmación que la muerte del asegurado "no se debió al tipo de accidente amparado y definido en los mencionados seguros complementarios... toda vez que él, como bien lo saben los demandantes y su procurador judicial, fue asesinado".

3. Con aducción de pruebas pedidas por ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 5 de octubre de 1978, mediante la cual declaró probada "la excepción de no realización del riesgo asegurado"; denegó, por lo consiguiente, "las declaraciones pedidas por la parte demandante"; y, por último, impuso a ésta las costas procesales.

4. Como efecto de la apelación que contra dicho fallo interpusieren los litigantes desfavorecidos con él, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, luego de haber decretado y practicado oficiosamente algunas probanzas, profirió su sentencia el 15 de junio de 1979, mediante la cual resolvió el litigio así:

a) Condenó a la compañía demandada a pagar a los dos demandantes, por partes iguales, la suma de $ 1.000.000.00, "que como suma asegurada se pactase en el contrato de seguro por el riesgo de la muerte accidental de Luis Eduardo Alvarez Castrillón";

b) La condenó igualmente a pagar los intereses moratorios de esa suma a la tasa del 18% anual, "desde el 13 de febrero de 1978, si se atiende a la fecha de la reclamación en diciembre 2 de 1977";

c) Denegó la condena pedida en la demanda "en relación con el anexo segundo 'contra accidentes personales'..."; y

d) Finalmente dispuso que la sociedad demandada pagara a sus demandantes el 50% de las costas de ambas instancias".

III

Motivación del fallo de segundo grado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigada, inicia el Tribunal de Medellín las motivaciones de su sentencia haciendo algunas consideraciones de carácter general en torno a la naturaleza jurídica del contrato de seguro y sus requisitos esenciales, para afirmar que el riesgo de presupuesto fundamental en él: "empero, —agrega— no de todos los riesgos responde el asegurador sino sólo de los *individualizados* concretamente, existiendo separación, singularización, de cada seguro por cada riesgo, cada uno con tratamiento perfectamente individual".

Observa que la manera como se ajusta este tipo de contrato en la práctica, "es de veras determinante de profundos vicios de la voluntad del tomador, quien, ni comprende los términos que emplea el agente, ni se entera del contenido del contrato que estipula; rodacia apenas un esquemático formulario que solamente lo compromete y nunca lo faculta ni lo entera, en el cual declara cuanto le pide el asegurador para valorar si le conviene o no suscribir la póliza..."; que el tomador conoce el contrato solamente cuando recibe la póliza, "conocimiento bien deficiente si se atiende a los términos especialmente complejos en que se redacta, a la manera sinuosa como se define genéricamente el riesgo para irlo desintegrando en cláusulas eximentes y excluyentes, la gran mayoría de las cuales pueden ser tildadas de ambigüedad. A un extremo tal, —añade la sentencia— que los denominados seguros complementarios presentan riesgos *casi*

imposibles de acaecimiento si se mira a la que en un medio específico social, económico y natural suele acontecer".

Y con cita de los artículos 1046, 1054, 1055, 1056, 1077 y 1080 del Código de Comercio, asevera el sentenciador que la póliza mediante la cual se perfecciona el contrato de seguro, debe ser entregada, en su original y firmada por el asegurador, al tomador dentro de los 15 días siguientes a su expedición; que los hechos "físicamente imposibles" no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro; que son inasegurables el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador; que el asegurador puede, a su arbitrio, asumir los riesgos a que estén "expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado" salvas las restricciones legales, las que, apunta la sentencia, "solamente existen a favor del asegurador"; que el asegurado corre con la carga procesal de probar la ocurrencia del siniestro y el asegurador con la de los hechos o circunstancias exeluyentes de su responsabilidad; y que el término para efectuar el pago del siniestro es el de los 60 días siguientes a la reclamación que haga el tomador.

2. Proyectando sus anteriores motivaciones al caso *sub judice*, estima el *ad quem* que mediante la póliza número SE-108694, expedida el 16 de julio de 1976, se acredita el contrato de seguro de vida que aquí se cita como fuente de las obligaciones, cuya efectividad reclaman los demandantes, que en ella se expresó que la suma asegurada es de $ 1.000.000.00 y que "como *beneficios adicionales* se hizo constar el de doble indemnización y el de accidentes personales...".

Nota además el sentenciador de segundo grado que "*anexo* a la póliza" y también por la suma de $ 1.000.000.00, Alvarez Castrillón se aseguró "como beneficio indemnizatorio por *muerte accidental* (doble indemnización)", anexo del cual toma, para transcribir en su fallo, la definición que allí se dio de lo que debe entenderse por accidente "para efectos de estos beneficios"; la cláusula 2ª atinente a la obligación de pagar la indemnización por parte de la aseguradora, "al recibir pruebas fehacientes y con sujeción a las condiciones y estipulaciones de este convenio"; y la 3ª, referente a los casos de excepción allí previstos para no cubrir "ninguna de las indemnizaciones consagradas en la cláusula segunda", particularmente las consistentes en: "e) Encontrarse el *asegurado* en estado de embriaguez o bajo la influencia de estupefacientes"; y "k) Lesiones o muerte causadas voluntariamente por otra persona".

Observa al punto el Tribunal que del contexto de dicho anexo aparece "cómo el beneficio adicional de doble indemnización por muerte accidental ampara apenas el riesgo de la muerte que así sobrevenga por fuerza mayor, por caso fortuito que no provenga de la ingestión de venenos o aspiración de gases venenosos, *la accidental causada no voluntariamente por terceros* y que además de todo lo anterior, no provenga *directamente* de encontrarse el asegurado en estado de embriaguez o bajo la influencia de estupefacientes. Este riesgo, así tan reducido, —asevera la sentencia impugnada—, es enunciado con *ambigüedad* por la compañía aseguradora que bien pudiera definirlo con llaneza en vez de acudir a la serie de detalles exeluyentes y desintegrantes del mismo".

3. Pasa en seguida el fallador a analizar el segundo anexo, denominado "de seguro contra accidentes personales", del cual dice que son relevantes para este proceso la definición que en él se da de lo que debe entenderse por accidente, la cual coincide exactamente con la que trae el anexo de doble indemnización, salvo en el término estipulado para que las lesiones físicas causen la muerte; la cláusula 3ª referente a las "exclusiones" acordadas como supuestos en que "el seguro no cubrirá pérdidas o incapacidades causadas directamente, totalmente o en parte...".

De dichas exclusiones el Tribunal alude concretamente a las siguientes: "m) Asesinato, homicidio o lesiones causadas criminalmente por otra persona... r) Actos humanos mediante arma de fuego, corlopunzante o contundente". Y observa, de otra parte, que según estipulación contenida en la cláusula 4ª de dicho anexo, la póliza quedó sometida a las siguientes limitaciones: "a) La suma máxima que la Suramericana está dispuesta a asegurar por accidentes de un asegurado, dentro de los diferentes amparos contra accidentes personales son: $ 2.000.000.00... En consecuencia, si por cualquier causa una misma persona tuviere varios contratos de seguros de accidentes personales de la Suramericana, cuyos valores asegurados excedan las anteriores cantidades, los excedentes sobre ellas serán nulos y la Suramericana devolverá las primas recibidas en exceso, rebajando o cancelando los contratos en orden inverso a aquél en que fueron tomados o renovados".

4. Dando por sentado que el óbito de Alvarez Castrillón ocurrió el 19 de noviembre de 1977, y que la causa principal de la muerte fue una

"anemia mecánica-hemonspiración-herida traqueal por bala, certificada por el doctor Jorge A. Uribe, según lo anota el acta de defunción"; pasa el fallador *ad quem* a referirse, transcribiéndola en sus pasos esenciales, al acta de la necropsia practicada al cadáver el mismo día por el médico legista Jorge Amado Uribe; a la declaración rendida por este profesional el 15 de marzo de 1979, resumiendo en lo esencial las afirmaciones de este testigo; y a la diligencia de levantamiento del cadáver de Luis Eduardo Alvarez Castrillón, cumplida el 19 de ese mismo mes, de noviembre, en la Clínica San Joaquín de Medellín por el Inspector Cuarto de Permanencia de allí.

Con relación al interrogatorio que dentro del proceso absolvió la demandante, Pulgarín viuda de Alvarez, expresa la sentencia que en él la absolvente "se demuestra elusiva y tenebrosa siendo enfática apenas en cuanto al hecho de que tuvieron que haber cambiado la sangre porque su esposo hacía 8 días no ingería licor"; a continuación compendia la versión que de los hechos ocurridos dio la misma señora en el proceso penal el 25 de noviembre de 1977, "a escasos 6 días del insuceso y cuando ni siquiera se había producido el rechazo de la Suramericana al pago...", para afirmar en seguida que esta versión "así neta y pura si bien trate de torcerse cuando en el proceso civil se provoca su confesión, no logra desdibujarse, como que las elusivas respuestas apenas explican un afán desfigurativo del insuceso para acomodarlo a las exigencias y reparos formulados por la compañía aseguradora cuando negara el pago de los anexos". Y se refiere el fallador, además, a los testimonios rendidos por Hugo de Jesús Betancur Yepes, Luis Alberto Arias García y Manuel Salvador Sepúlveda, cuyas declaraciones resume en lo esencial.

5. Y luego de referar que en este caso se previó el riesgo "de manera no clara", y la "forma torcida como en vez de describir cual sea el riesgo se acude a desintegrarlo a través de la enunciación de los hechos que no son riesgos", afirma el Tribunal de Medellín que "la cuestión indudablemente y por la manera como se redactan y se adhiere a las pólizas, lleva a la conclusión de que basta al beneficiario la demostración genérica de que advino el riesgo así denominado de *muerte accidental* para cumplir con la carga" probatoria que legalmente le corresponde; y que en cambio al asegurador le incumbe "demostrar los acaeceres exclusivos o desintegrantes del concepto de riesgo, como circunstancias eximentes de su responsabilidad".

Continuando en su discurso estima la Sala falladora que la pretensión tiene que ser examinada, entonces, "en cuanto a la resistencia para la comprobación de las defensas excepitivas *exclusiones de responsabilidad* de hechos y circunstancias que el asegurador deberá demostrar".

En este orden de ideas, después de transcribir una vez más los pertinentes casos de excepciones y exclusiones previstos en los anexos "por muerte accidental (doble indemnización)" y "seguro contra accidentes personales", el Tribunal analiza así tales dos documentos: "el primer anexo excluye el pago de la indemnización si la pérdida de la vida resulta directamente de encontrarse el asegurado en estado de embriaguez. El segundo no. El primer anexo concibe así la exclusión común: si la pérdida de la vida es el resultado directo de la voluntad de otra persona. Y el segundo: si la pérdida de la vida es causada *directa o indirectamente* por acto humano mediante arma de fuego". Y al preguntarse las razones de la distinción, se responde el fallador que "escapan al análisis más puro que apenas logra entrever el ánimo de confundir, de no precisar, de volver casuístico lo que debe y puede ser general".

6. Asentados por él los anteriores postulados, cree el sentenciador que para conocer la verdadera voluntad de las partes contenida en el contrato tiene que traer en su auxilio los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, particularmente este último por tratarse de cláusulas ambiguas.

Dice que la ambigüedad por él apuntada radica "en la compaginación de la enunciación genérica que alude a que la muerte se cause *directamente*, con la específica del literal c) que apenas enunciaría el encontrarse en estado de embriaguez. Entonces: puede significar la cláusula contractual que se excluya el pago cuando la muerte se produzca directamente como consecuencia del estado de embriaguez del asegurado o simplemente que siempre que se halle en estado de embriaguez, se excluya".

Añade que frente a la versión de la demandante, confirmada por el testigo Manuel Salvador Sepúlveda, "no cabe la deducción excluyente del pago de que la muerte se produjo como consecuencia directa del estado de embriaguez", pues que no se buscó el peligro por el asegurado y apenas si éste "se resistió al que ocasionalmente se presentaba cuando se dirigían ambos normalmente a su trabajo diario".

Relativamente a la excepción atinente a la muerte ocasionada por un tercero con arma de

fuego el sentenciador, luego de cotejar el texto de los dos anexos, considera ambigua la del primero por el empleo del término "voluntariamente" en ella contenido, y ya que "el hecho narrado no permite de veras tener por demostrado el elemento de la voluntad del tercero, su ánimo. Que quien encontrando a las víctimas de su tentado hurto, corriera, se deturiera y se enfrentara a ellas esgrimiendo una pistola, que el hoy muerto descendiera del automotor y se abrazara con él en actitud de dominarlo..., que ocurriera el disparo..., no demuestra que ocurrierra voluntariamente... cabe la hipótesis de la culpa, del disparo que se produjera en el forcejeo y ella como hipótesis, favorece al demandante y perjudica al demandado a cuyo cargo está la demostración del evento exluyente"; que, en cambio, en el segundo anexo sólo se estipuló como tal el evento de que la vida se perdiera por causa directa o indirecta "en forma criminal por otra persona en asesinato, homicidio...".

7. Conclusión de todo su estudio es, pues, para el Tribunal de Medellín, la de que en relación con el primer anexo no se hallan demostradas las excepciones y que por consiguiente la pretensión deducida con apoyo en él tiene que prosperar; que, contrariamente, frente al segundo anexo sí "prospera la excepción".

IV

Las demandas de casación y consideraciones de la Corte

Como ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada, oportunamente interpusieron casación las dos partes, recursos ambos que se admitieron y se sustentaron.

Con su impugnación pretenden las demandantes que se case la disposición contenida en el numeral 3º de la parte resolutiva del fallo del Tribunal, que denegó la condenación pedida por razón del llamado anexo de "seguro contra accidentes personales", para que en su lugar se imponga a la demandada la obligación de pagar también esta indemnización, junto con los intereses pedidos y las costas procesales. Por su parte la demandada busca que se quiebre, en cambio, la primera resolución de la sentencia combatida, por la que se la condenó a pagar una indemnización de $ 1.000.000.00 por razón del anexo denominado "por muerte accidental (doble indemnización)", para que en su lugar se desestime esta pretensión por haberse demostrado en el proceso una de las excepciones previstas contractualmente "para no cubrir ninguna de las indemnizaciones".

Concebidos así los fines de las dos demandas de casación, la lógica indica que se estudien y despachen en orden inverso al en que vienen propuestos, desde luego que si la muerte de Alvarez Castrillón no ocurrió accidentalmente, en las condiciones expresadas en la póliza del seguro, tal cual lo asevera la demandada, se impondría la absolución total de ésta y en ese supuesto, por esa razón, el recurso de la demandante resultaría impróspero.

A. Recurso de la demandada

1. Esta parte, en su respectiva demanda y con fundamento en la causal primera de casación, le formula un solo cargo a la sentencia de segundo grado.

Mediante él la acusa de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1056, 1077-2 del Código de Comercio; 1602 y 1624 del Código Civil, como consecuencia de los errores de hecho en que habría incurrido el *ad quem* en la apreciación de algunas pruebas.

Y entre las pruebas que a juicio del censor habrían sido erróneamente apreciadas, aquél señala las siguientes: las cláusulas de la póliza de seguro de vida y su primer anexo, atinentes a la definición de accidente y excepciones, dentro de éstas particularmente la del literal k); la diligencia de autopsia practicada al cadáver del interfecto; el formulario de reclamación del seguro; la declaración testimonial de Manuel Salvador Sepúlveda; el interrogatorio absuelto en este proceso por la demandante Pulgarín viuda de Alvarez; y las fotocopias del proceso penal adelantado con causa en el homicidio de Alvarez Castrillón.

2. En desarrollo del cargo el censor, luego de compendiar el contenido de las pruebas que estima mal apreciadas por el Tribunal, en radical discrepancia, con éste asevera que de todas ellas surge "un hecho claro, cierto e indubitable: el hecho de que la muerte del señor Luis Eduardo Alvarez Castrillón se produjo por un agente humano, en el cual por simple operación de raciocinio inductivo, debe suponerse la participación primigenia y activa de la voluntad humana como causa prima de la acción obituaria"; y que esta realidad fáctica no puede dejar de reconocerse, porque es evidente que dicha muerte fue causada "por un acto de violencia humana, perpetrado por un oscuro malviviente, mediante disparo de arma de fuego".

Estima la impugnación, sin embargo, que el problema está en la confrontación del anterior hecho criminoso y la apreciación que el fallador "hace del mismo y de la excepción constituida por el literal k) de la cláusula 8ª del primer anexo", puesto que, añade, el razonamiento al respecto de la sentencia impugnada "está incluido en el pretexto falaz de que la cláusula de la excepción o exclusión del riesgo debe ser interpretada contra la aseguradora, y en que en el crimen no aparece la voluntad humana del agente activo del delito que puso fin injusto a la vida del señor Alvarez".

Considera el censor, concretando el yerro de hecho que denuncia, que la referida cláusula no es ambigua, pues que sí, como lo expresa la sentencia, con ella "se amparan los estragos hechos *voluntariamente* por un agente humano, 'a contrario sensu' se amparan los daños causados *involuntariamente* por una persona"; y que el hecho de que el fallador, relativamente a esa estipulación, "da cuenta cierta y acertada de su claro contenido en solo dos líneas de su providencia", es la demostración de que esa cláusula no tiene ambigüedad alguna.

3. Continuando en el desenvolvimiento del cargo, asevera el impugnador que no es solamente la referida estipulación la que, al calificarse en la sentencia de ambigua, se interpreta contra la aseguradora, sino que además son todos los hechos "los que se evalúan equivocadamente para producir el resultado de tornar en írrita la exclusión". Dice, en efecto, que "merced a un retorcido casuismo, se intenta disectar el hecho cierto, manifiesto y evidente, de que la muerte violenta del señor Alvarez fue el resultado de una voluntad proterva, para entrar en unas disquisiciones exculpativas o por lo menos atenuantes de semejante atrocidad, tratando de desdibujar (por no decir soslayar y aniquilar), la voluntad humana en un trance en que esa voluntad se expresa en la forma no sólo más evidente sino más cruel y tremenda: el trance en que un ciudadano trata de reclamar contra un intento de hurto de sus bienes, o de capturar al bribón que había realizado el conato delictual, y recibe muerte del malvado. Por cierto que la voluntad aleatoria del homicida no se sabe de qué forma se manifiesta más predispuesta a la comisión de su horrendo delito: si cuando, según la primera declaración de doña Judith, ella y su esposo salieron en persecución de los ladrones y el mayor, haciéndole frente al señor Alvarez, le dio muerte de un balazo; o cuando, según su última declaración, los ladrones eran quienes perseguían en forma empecinada el carro en que ella y su esposo se dirigían al trabajo, y el señor Alvarez fue muerto por disparo de uno de los ladrones perseguidores. En ambos casos, los hechos reproducen con una nitidez incontrastable el diáfano trasfondo de voluntad humana que constituye el núcleo y motor de la tragedia".

4. Puntualizando las violaciones de la ley sustancial que denuncia, afirma el casacionista que según el artículo 1056 del Código de Comercio el asegurador puede a su arbitrio asumir todos o algunos de los riesgos, "y en el caso *sub judice* la Suramericana expresamente dejó de asumir el riesgo de la muerte del asegurado causada voluntariamente por otra persona"; que se quebrantó pues esta norma sustancial por consecuencia de la "equivocación fáctica consistente en sostener que el riesgo excluido de la muerte voluntariamente causada no fue el que se realizó, sino su opuesto, o sea la muerte involuntariamente causada"; y que, entonces, ordenar el pago de una indemnización "por un riesgo legítimamente excluido... es vuelve el flagrante quebranto de la susodicha norma fuente de legitimación del convenio exclusivo del riesgo verdaderamente acaecido".

Que de conformidad con el artículo 1077 *ejusdem* la aseguradora debía asumir, y evidentemente asumió en este caso, el deber de probar los hechos "exclusivos de su responsabilidad, que en este caso no eran otra cosa que el no amparo del riesgo consistente en la muerte causada voluntariamente por otra persona"; que, sin embargo, "la mala evaluación del ascitado perpetrado en la persona del señor Alvarez, consistente en que el sentenciador asume la 'involuntariedad' del crimen", condujo al Tribunal a infringir, aplicándolo indebidamente, el 2º inciso del artículo 1077 citado; que por el mismo "erróneo entendimiento del hecho principal" llegó el sentenciador, luego de invalidar la cláusula del contrato legítimamente celebrado y exclusivo del riesgo por muerte voluntaria, a hacer actuar también indebidamente el artículo 1602 del Código Civil; y, por último, que como la americana cláusula no es ambigua, hizo mal el sentenciador al aplicar el artículo 1624 *ibidem*.

Se considera

1. *En el derecho positivo colombiano impera el principio, según el cual las leyes que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, cuando éstos, al celebrarlos, acatan las prescripciones legales y respetan el orden público y las buenas costumbres. El postulado de la* normatividad de los actos jurídi-

cos (artículo 1602 del Código Civil) se traduce esencialmente, entonces, en que legalmente ajustado un contrato se convierte en ley para las partes, quienes por consiguiente quedan obligadas a cumplir las prestaciones acordadas en él.

Cuando por disentimiento de las partes en el punto se discuten judicialmente la naturaleza y el alcance de las obligaciones surgidas de la relación material por ellas acordada, corresponde al juzgador, a fin de determinar las prestaciones cuyo cumplimiento debe asegurar, interpretar el contrato, o sea investigar el significado efectivo del negocio jurídico.

2. *En dicha labor de hermenéutica la primera y cardinal directriz que debe orientar al juzgador es, según lo preceptúa el artículo 1618 del Código Civil, la de que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; las demás reglas de interpretación adquieren a tomar carácter subsidiario y, por tanto, el Juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando le resulte imposible descubrir lo que hayan querido los contratantes.*

Lo cual significa que cuando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación. Los Jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales, incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno solo de los contratantes.

Los contratos deben interpretarse cuando son oscuros, es cierto, pero tal labor de hermenéutica tiene que encuadrarse dentro de lo racional y lo justo, conforme a la intención presunta de las partes, y sin dar cabida a restricciones o ampliaciones que conduzcan a negar al contrato sus efectos propios: la violación de esta limitante implicaría el claro quebranto del principio legal del efecto obligatorio del contrato; al actuar así el Juez se rebelaría directamente contra la voluntad de las partes claramente expresada, modificando a su talante los específicos efectos queridos por ellas al contratar.

3. *Se ha dicho con estricto que el contrato por adhesión, del cual es prototipo el de seguro, se distingue del que se celebra mediante libre y previa discusión de sus estipulaciones más importantes, en que en aquél una de las partes ha preparado de antemano su oferta inmodificable, que la otra se limita a aceptar o rechazar sin posibilidad de hacer contrapropuestas.*

Y es verdad, como lo apunta la sentencia recurrida, que la mayoría de las veces ocurre que tales contratos se hacen constar en formatos impresos que el asegurado ni siquiera se entera de su contenido anteladamente. Pero de que ello sea así no puede desconocerse a esa clase de convención su naturaleza contractual, pues mientras el cliente puede rechazar la oferta su voluntad actúa, a tal punto que al acogerla presta libremente su consentimiento.

Es igualmente cierto que, inspiradas en la equidad, jurisprudencia y doctrina han sostenido que estos contratos deben ser interpretados a favor de la parte que ha dado su consentimiento por adhesión. Mas, este criterio interpretativo no puede entrañar un principio absoluto: es correcto que se acoja cuando se trata de interpretar cláusulas que por su ambigüedad u oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos, pero no cuando las estipulaciones que trae la póliza son claras, terminantes y precisas. En tal supuesto esas cláusulas tienen que aceptarse tal como aparecen, puesto que son el fiel reflejo de la voluntad de los contratantes y por ello se tornan intangibles para el Juez. Pueden aparecer ante éste exageradas, rigurosas y aún odiosas tales estipulaciones; sin embargo, su claridad y el respeto a la autonomía de la voluntad contractual le vedan al juzgador, pretextando interpretación, desconocerles sus efectos propios.

4. *El 16 de julio de 1976, Luis Eduardo Alvarez Castrillón y la "Compañía Suramericana de Seguros de Vida S. A." celebraron el contrato de seguro de que da cuenta la póliza número EE-108694, con vigencia hasta el 16 de julio del año 2017.*

Mediante dicho pacto ésta aseguró la vida de aquél por la suma de $ 1.000.000.00, valor que la entidad aseguradora se obligó a pagar "al fallecimiento del asegurado, si ocurriere antes de la fecha de expiración, comprobado que sea legalmente tal fallecimiento y determinada su causa"; declaró allí el tomador del seguro que "acepta expresamente las estipulaciones contenidas en esta póliza y en sus anexos...".

En la misma fecha la referida póliza se adicionó con dos anexos referentes, el primero a "beneficios indemnizatorios por muerte accidental (doble indemnización)", por la cantidad de $ 1.000.000.00; y el segundo a "seguro contra accidentes personales", también por la misma suma.

Tanto en el primero como en el segundo anexo los estipulantes definieron lo que, para los beneficios acordados, debía entenderse por accidente. Y con apoyo en la permisión legal que le ofrece el artículo 1076 del Código de Comercio, la compañía aseguradora, con aceptación del asegurado, determinó, en cláusulas llamadas "excepciones", en el primer anexo, y "exclusiones", en el segundo, los riesgos que, por la muerte del asegurado, dejó de asumir.

En el primero de dichos dos anexos, que es el único que aquí debe analizar la Corte, desde luego que a él solamente se refiere la demanda de casación que se está estudiando ahora, se expresó que para los efectos del contrato acordado debía entenderse "por accidente el hecho externo, violento, visible y ocasional no causado voluntariamente por una persona, *que dentro de los noventa (90) días siguientes a su ocurrencia, produzca la muerte del asegurado..." (se relieva); estipulóse, además, que la Suramericana pagaría la indemnización correspondiente, "al recibir pruebas fehacientes y con sujeción a las condiciones y estipulaciones de este convenio...".*

Y en la cláusula 3ª bajo la denominación de "excepciones", *se acordó que la compañía aseguradora "no cubrirá ninguna de las indemnizaciones consagradas en... este anexo, si las pérdidas enumeradas... resultaren directamente de cualquiera de las causas siguientes:*

"a)...

"b)...

"c) Encontrarse el asegurado en estado de embriaguez o bajo la influencia de estupefacientes;

"d)...;

"e)...;

"f)...;

"g)...;

"h)...;

"i)...;

"j)...;

"k) Lesiones o muerte causadas voluntariamente por otra persona".

5. Esta última estipulación integrante de la cláusula de "excepciones" del anexo de "doble indemnización" es, justamente, la que el Tribunal de Medellín, luego de hacerle imbricada disección comparando sus palabras estructurales con las que en punto de riesgos no amparados trae el anexo de "accidentes personales", encuentra ambigua y oscura; sustentando su cardinal conclusión en el punto, así: "el primer anexo consagra así la exclusión común: si la pérdida de la vida es el resultado directo de la voluntad de otra persona. Y el segundo: si la pérdida de la vida es causada directa o indirectamente por acto humano mediante arma de fuego". Y al preguntarse las razones de la distinción, responde el ad quem que ellas "escapan al análisis más puro que apenas logra entrever el ánimo de confundir, de no precisar, de volver casuístico lo que debe y puede ser general".

Al respecto la Corte tiene que decir, después de regulatar la referida cláusula contractual en su contenido objetivo y gramatical, que ella, ya sea que se la considere aisladamente o ya en conjunto con las demás estipulaciones que ese mismo anexo presenta, no ofrece oscuridad o ambigüedad ninguna; que, contrariamente, en tal expresión se encuentra corruscante la voluntad de los contratantes, consistente en que la aseguradora no cubriría "ninguna de las indemnizaciones" acordadas, entre otros casos, cuando la muerte del asegurado fuera causada directa y "voluntariamente por otra persona", cláusula terminante, clara y precisa que, por consiguiente, en su interpretación no cabe atribuirle sentidos diversos.

La verdad es que analizados los textos de las cláusulas 1ª y 3ª, literal k), del anexo en comento, referentes la primera a la definición de accidente indemnizable; y la segunda al caso de riesgo no asumido por muerte del asegurado, no se asoma entre ellos la más leve contradicción; de entrambos surge armoniosa conjunción, a tal punto que el segundo texto es la expresión tautológica de la idea que la primera contiene. Tanto da decir que es accidente indemnizable "el hecho externo, violento, visible y ocasional, no causado voluntariamente por una persona...", *que es lo que expresa la primera cláusula, como afirmar que si la muerte es causada* directa y voluntariamente por otra persona, *la aseguradora no asume obligación de indemnizar, que es precisamente el texto de la segunda, expresión que por consiguiente asume un carácter de explicación casi innecesaria.*

Es cierto que la póliza de seguro de vida se adicionó, en este caso, con dos anexos que esti-

pularon beneficios de "doble indemnización", con el primero; y por "accidentes personales", con el segundo. Pero también lo es que estos dos seguros adicionales son autónomos entre sí, y que a pesar de su coexistencia y de tener los dos un denominador común, cual es la póliza número 8E-108694, en cada uno de ellos el riesgo amparado es diferente: la muerte accidental en el uno y en el otro, los accidentes personales. Su independencia requiere entonces que para determinar el alcance de las obligaciones de cada uno de ellos se apliquen sus propias cláusulas; y que no se excluyan éstas para hacer actuar las del otro, ni menos hacer un híbridismo de las estipulaciones de los dos seguros para aplicarlo indistintamente al uno y al otro.

6. Amparada en la permisión del artículo 1056 del Código de Comercio, que faculta al asegurador para asumir sólo determinados riesgos, la Compañía Suramericana expresó su voluntad, consentida por el tomador del seguro de vida, de no cubrir la doble indemnización en el caso de que la muerte del asegurado fuera causada "voluntariamente por otra persona", restricción que evidentemente no la prohíbe la ley.

Y si bien es cierto que conforme al artículo 1077 2 *videm*, tenía que asumir la carga de la prueba de los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad; también lo es que cabalmente cumplió en el proceso con ese específico deber, como lo demuestran los siguientes elementos de prueba:

a) La copia del acta expedida por el Notario 7º de Medellín acredita que a las 9:30 de la mañana del 19 de noviembre de 1977, murió en esa ciudad Luis Eduardo Alvarez Castrillón y que la causa principal de su muerte fue "*anemia mecánica-hemoaspiración-herida traqueal por bala...*";

b) La copia de la diligencia de necropsia practicada ese mismo día al cadáver del interfecto por el médico legista Jorge Amado Uribe, quien al concretar su diagnóstico y conclusión, dice: "Lesión con proyectil disparado con arma de fuego, que penetrando por pliegue axilar anterior izquierda, y en su trayecto horizontal hacia la derecha, produjo herida de tráquea y esófago, con inundación por sangre de las vías aéreas...; las mencionadas lesiones fueron de *naturaleza mortal*, y le causaron la muerte por anoxia mecánica, debido a la oclusión de las vías aéreas... NOTA: La dosificación de alcohol, dio una concentración de alcohol etílico (etanol) en sangre de 80 mgs%, o sea un tercer grado de embriaguez, efectuado por el método de Newman;

c) La fotocopia del acta de levantamiento del cadáver de Alvarez Castrillón, practicada pasadas las 10 de la mañana de ese mismo día por el Inspector de Permanencia, en la Clínica San Joaquín de esa ciudad, en la cual se dice que el cuerpo muerto examinado "presenta como violencia: Herida con proyectil de arma de fuego en línea axilar anterior izquierdo con tatuaje". En esta diligencia estuvo presente, según se expresa en el acta, Judith Pulgarín de Alvarez quien informó que el cadáver "corresponde a su esposo"; que "su deceso se produjo... cuando era trasladado a la Clínica, de la vía pública en la carrera 54 con calle 21..."; que "a su esposo le disparó y dio muerte un sujeto de quien ignora su nombre"; y que "los hechos tuvieron ocurrencia, en el momento que su esposo u occiso le reclamó al citado sindicado que, por qué le iba a robar las porcelanas de la casa, lo que no pudo hacer debido a que fue visto por su esposa y la del servicio y que salieron en persecución de éste y al localizarlo en la citada dirección y su esposo hacerle el reclamo, como el sujeto se hallaba armado de un revólver lo disparó contra él causándole la muerte";

d) Esta misma señora rindió declaración en el proceso penal correspondiente el 25 de noviembre de ese mismo año, quien entonces en su declaración jurada expresó que trabajaba con su esposo en un almacén de esa ciudad; que "el sábado pasado entre nueve y nueve media a.m., estábamos en el garaje mi esposo, la sirvienta Lola Arias con mi niño de 18 meses y yo. Un pelado que iba a robar a la casa entró y sacó una porcelana de mi pieza y luego la dejó en un sofá de la sala y siguió recorriendo la casa... se tropezó, otra niña del servicio... oyó y salió y vio salir de la casa un pelado corriendo sin que llevara nada. Diez minutos después salimos nosotros como de costumbre a trabajar, mi esposo y yo, y luego íbamos llegando por la parte de atrás del zoológico para llegar más pronto porque teníamos una fiesta por la tarde, cuando mi esposo vio los ladrones y los reconoció; entonces los muchachos se fueron corriendo y a la media cuadra se plantó el más grande estando frente al carro de nosotros y mi esposo al ver que se nos enfrentó se bajó del carro en defensa de nosotros, pero sin nada de arma; entonces inmediatamente mi esposo le fue a echar mano a ese muchacho éste le dio un balazo..., el tipo se enfrentó al lado de mi esposo y en ese momento fue que mi esposo decidió bajarse porque si no nos mata a los dos entre el carro...";

e) En el interrogatorio de parte que dentro de este proceso ordinario absolvió la citada Pul-

garín viuda de Alvarez, modificando en parte su versión anterior, expresó que ella y su esposo iban el día de marras al lugar de su trabajo ordinario y que cuando estaban llegando a la parte posterior del zoológico "nos alcanzaron dos muchachos corriendo parecía que peleaban ellos o discutían, el carro de nosotros seguía cuando oímos un disparo, mi esposo paró el carro y se tiró por la parte izquierda y yo por la derecha, cuando yo di la vuelta al carro ya mi esposo tenía un balazo, inmediatamente empezó un vómito de sangre por boca y nariz...". En este interrogatorio la absolvente fue elusiva y rehusó dar explicación de sus contradicciones cuando el Juez se la demandó; se mostró temerosa, y solamente fue enfática en cuanto al hecho posible de que hubieran cambiado la sangre de su esposo, porque "hacía más de ocho días él no se había tomado un trago...";

f) En el formulario de reclamación del seguro, firmado y presentado por la viuda a la compañía aseguradora el 5 de diciembre de 1977, esa beneficiaria, al determinar las circunstancias que rodearon la muerte del asegurado, expresó: *"Disparo efectuado por un maleante no identificado quien previamente había tratado de cometer un robo en la residencia del asegurado"*;

g) Fotocopia de la investigación penal que con causa en la muerte del sobredicho Alvarez Castrillón se ha adelantado por los Juzgados 9º y 47 de Instrucción Criminal, 10 Superior de Medellín, en la cual se recibieron, entre otros, los testimonios de Jesús Antonio Londoño Estrada y Hugo de Jesús Betancur Yepes. Expresó entonces el primero que él, por razón de encontrarse en su sazón dedicado a sus trabajos de albañilería en lugares aledaños a donde ocurrió la tragedia, en el día de los hechos vio que "venían dos muchachos maliciosos, el uno se entró a un solar que linda con la casa del señor que fue asesinado y el otro muchacho se sentó al frente del solar, en esas salió el difunto hasta el andén de la casa y los muchachos salieron... El difunto se quedó mirándolos hasta que voltiaron la esquina, luego entró a la casa y sacó el carro y salió en él... Como a los diez minutos nos avisó un muchacho... que habían matado al señor que momentos antes había sacado el carro y que el rumor era de que lo habían matado para robarle el carro".

Y Betancur Yepes, en declaración rendida en ese proceso penal, expresó que estando él dedicado a su trabajo en el barrio Santa Fe de Medellín, el día referido "lo único que escuché fue cuando sonó el balazo, porque yo tenía una sierra prendida... entonces seguí destrozando madera, cuando observé para allá vi al cliente botando bocaradas de sangre..."; y que en ese momento no alcanzó a ver sino a un muchacho "que trasteruó a la esquina, yo lo alcancé a ver a una distancia de unos quince metros, iba al trote"; y

h) En este proceso ordinario rindieron declaración testimonial Manuel Salvador Sepúlveda y el médico legista Jorge Arnado Uribe Arango.

Asevera el primero que el 19 de noviembre de 1977 se encontraba en su negocio atendiéndolo, cuando "más o menos a las nueve de la mañana vi un señor hacia el muro del parque del zoológico, pero me estaba dando la espalda y tenía a otro señor cogido así (como abrazándolo con los brazos por la cintura) estaba dándome la espalda también, contra el muro, estaba como tratando de dominar al tipo que tenía así abrazado, no le paré muchas bolas a la cosa porque vi que lo cogía así, yo me puse a desayunar. Al poquito oí una detonación:... y entonces me asomé y entonces el señor ya estaba echando sangre por la boca, y el tipo salió corriendo, cogió por la calle 22 a salir al barrio Trinidad, pero de esas cosas que yo no pude identificar al tipo...".

En su declaración jurada el médico que practicó la necropsia al cuerpo inerte de Alvarez Castrillón, ratifica el diagnóstico y la conclusión por él apuntados en el acta correspondiente; refiere lo referido en ella relativamente a la concentración de alcohol; enfatiza en torno a la muy escasa probabilidad de error o de cambio de sangre; y, finalmente, describe las características del tercer grado de embriaguez por él anotado en el acta de la referida necropsia.

7. Todo el acervo probatorio practicado, cuyo contenido la Corte ha compendiado, analizado fríamente demuestra una gran verdad que aparece corroborada en el proceso: que la muerte del precitado Alvarez Castrillón fue causada por un acto de violencia humana, ejecutado por un oscuro maleante mediante disparo de arma de fuego.

Y en verdad que, acatando el contenido de las pruebas practicadas, resulta imposible desconocer la intervención de la voluntad del autor del disparo en la realización de ese hecho violento. Si para evitar su captura por el dueño de los bienes que previamente el ladrón había intentado robar, éste disparó contra aquél su arma de fuego y como consecuencia de ello le dio muerte, en ese trance trágico aparece ostensible el propósito o la voluntad predispuesta del maleante, quien

actuó así al verse perseguido por los esposos Alvarez-Castrillón, según la primera declaración de Judith, o al ir el bribón en persecución de los cónyuges, según lo asevera la misma viuda en la versión que últimamente ella dio de los hechos.

8. Todo lo cual impulsa a la Corte a aceptar que realmente la compañía aseguradora sí demostró el hecho o circunstancia que, como excluyente de su responsabilidad, se estipuló en el literal k) de la cláusula 8ª del anexo contentivo del seguro por "muerte accidental (doble indemnización)".

Consiguientemente tiene que decir que el Tribunal sentenciador sí incurrió, al apreciar las pruebas puntualizadas, en el manifiesto error de hecho que le enrostra la censura; y que como tal yerro fue la determinante del quebranto de normas sustanciales denunciado, el fallo de segundo grado, en su disposición de condena a la demandada a pagar la doble indemnización, tiene que casarse para, en su lugar, absolver a dicha compañía de esa pretensión, como lo hizo la sentencia de primera instancia.

B. *Recurso de los demandantes*

1. Estos, en su respectiva demanda y dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, formulan contra la sentencia de segundo grado un solo cargo.

Mediante él la acusan de ser indirectamente violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 1037, 1054, 1056, 1070, 1072, 1077, 1080 y 1162 del Código de Comercio, a causa de los errores de hecho y de derecho en que habría incurrido el Tribunal por no haber apreciado algunas de las pruebas practicadas, y por haber estimado erróneamente el contenido de otras.

2. Entre las pruebas que a juicio del impugnador habrían sido dejadas de apreciar por el Tribunal, aquél cita el certificado del Notario 7º de Medellín, sobre fallecimiento del señor Alvarez. Y como pruebas mal apreciadas indica las siguientes: la póliza contentiva del contrato de seguro de vida y sus anexos; la copia de la liquidación del seguro y el "recibo de descargo"; la comunicación de 13 de diciembre de 1977, dirigida por la sociedad demandada a la viuda de Alvarez; las fotocopias del proceso penal correspondiente a la muerte del mismo Alvarez Castrillón; la diligencia de necropsia practicada al cadáver de éste; el interrogatorio de Judith Pulgarín, formulado a ella dentro de este proceso; y los testimonios de Hugo de Jesús Betancur Yepes y Manuel Salvador Sepúlveda.

Concretando los errores de hecho que denuncia dice la impugnación que éstos consistieron en haber dado por demostrada, sin estarlo, la excepción de no realización del riesgo asegurado respecto al anexo de la póliza llamado "contra accidentes personales"; y aceptar que la sociedad demandada probó que la muerte del asegurado fue "causada por asesinato, homicidio o actos humanos mediante arma de fuego". Y asevera la censura, de otra parte, que el yerro de derecho que le enrostra al sentenciador radica en que éste, "sin competencia porque ella corresponde a los Jueces Penales", da por probado que Alvarez Castrillón falleció a consecuencia de un asesinato, "un homicidio o como resultado de un acto humano con arma de fuego".

3. En desarrollo del cargo el casacionista comienza por afirmar que aquí se celebró un solo contrato de seguro, que es el contenido en la póliza, así ésta se hubiera adicionado con dos anexos "y así se hayan establecido definiciones diferentes sobre lo que la aseguradora entiende por accidente y aquello que en el primer anexo se denomina como excepciones y en el segundo se califica como exclusiones".

Y luego de analizar algunas de las estipulaciones contenidas en tales tres documentos, concluye el impugnante que ellas "son ambiguas, arquetipo de los Estados de adhesión en los que el asegurador redacta el texto de las obligaciones que dice contraer y las excepciones, exclusiones y limitaciones..."; que el Tribunal pecó contra la lógica al estimar ambiguas las cláusulas del primer anexo y no las del segundo, pues ese mismo criterio debió aplicarlo en éste "para llegar a idéntica conclusión porque se trata de un solo contrato", el cual por tanto correspondía interpretar en su integridad según los arts. 1622 a 1624 del Código Civil, en armonía con el 823 del Código de Comercio.

4. En el capítulo de su demanda que denomina "prueba de las exclusiones", el casacionista dice que, según lo ordenan los artículos 1077 del Código de Comercio y 177 de Código de Procedimiento Civil, a la aseguradora correspondía demostrar los hechos que la eximen de pagar el siniestro, o sea que la muerte del asegurado fue por causa de asesinato u homicidio, o, según la exclusión del literal r) la muerte debida a "actos humanos mediante arma de fuego... ", lo que aquí no aparece demostrado porque para eso "la competencia está radicada en los Jueces Penales... No corresponde a la justicia civil concluir

que dicha muerte obedeció a "actos humanos..." porque la investigación, la acción sobre la muerte de una persona, corresponde al Estado y se ejerce por el funcionario de instrucción y el Juez Penal competente"; y que en este caso la prueba trasladada "no permite llegar a conclusión alguna sobre la infracción penal, el autor, la causa del delito, etc. Los Jueces civiles carecen de competencia para definir estos extremos".

Considera además la censura que de los testimonios de Jesús Betancur Yepes y Manuel Salvador Sepúlveda, ni de las respuestas que la demandante dio al interrogatorio que se le formuló en el proceso, ni menos de la diligencia de necropsia, pruebas de las cuales compendia su contenido, "resulta comprobado el acto humano previsto en el anexo y menos aún el homicidio o el asesinato"; que el Tribunal apreció "indebidamente esas pruebas y de allí el error en que incurrió...".

Añade la impugnación que, de otra parte, con el certificado del Notario 7º de Medellín se demuestra "legalmente el fallecimiento" de Alvarez y "se determina su causa como lo exige la póliza"; que así lo aceptó la compañía aseguradora cuando pagó el primer millón de pesos previsto en el contrato; y que "como se trata de un solo contrato, así se hayan expedido dos anexos... ese documento (alude al certificado notarial) tiene la misma eficacia en relación con el segundo anexo, porque no puede dársele un valor probatorio diferente"; que al no hacerlo así el *ad quem* incurrió en ostensible error de hecho.

Se considera

1. En la parte de su sentencia que con esta demanda se impugna, el Tribunal de Medellín, luego de analizar el contenido de las pruebas practicadas, estimó que la compañía aseguradora sí había demostrado el hecho previsto como circunstancia excluyente de su responsabilidad en el segundo anexo, o sea en el referente a "seguro contra accidentes personales", es decir, "si la pérdida de la vida es causada directa o indirectamente en forma criminal por otra persona en asesinato, homicidio y lesiones; o directa o indirectamente por acto humano mediante arma de fuego", al tenor de los literales m) y r) de la cláusula 3ª de dicho anexo.

Y con apoyo en tal discernimiento el *ad quem* declaró probada, como ya lo había hecho el Juez de primer grado, la "excepción de no realización del riesgo asegurado" por dicho anexo.

Conclusión esta que en rigor de verdad en nada contradice, muchísimo menos en forma ostensible, la evidencia de los hechos que las pruebas demuestran, porque, como se dejó dicho al despachar la demanda anterior, todas éstas ponen de relieve una gran verdad que sería necio intentar siquiera desconocer: que la muerte de Alvarez Castrillón, ocurrida en Medellín el 19 de noviembre de 1977, fue causada por un acto de violencia humana, ejecutado por un oscuro ladrón, mediante disparo de arma de fuego hecho por éste en el momento en que el dueño de los bienes que previamente había intentado hurtar pretendía capturarlo.

2. Hecho claro, cierto e indiscutible este, para cuyo reconocimiento no se le puede desconocer facultad a los Jueces Civiles, pretextando la falta de jurisdicción penal, pues si las pruebas que lo acreditan han sido debidamente trasladadas no se lo puede ignorar ante la trascendencia que tiene en el dirimento de la cuestión civil que aquí se controvierte.

Aunque en el sumario respectivo la justicia penal no haya calificado el delito, ni se haya podido localizar al delincuente, lo cierto e indubitable es que las piezas trasladadas sí proclaman sin titubeación alguna que el finado Alvarez Castrillón fue muerto por "acto humano mediante arma de fuego", que es, justamente, la circunstancia prevista en el literal r) del anexo en comento como hecho excluyente de la responsabilidad de la compañía aseguradora. Por lo demás, el Tribunal en su sentencia se limitó a aceptar esa ocurrencia sin calificarla de asesinato, homicidio u otro semejante.

3. Ciertamente que la compañía aseguradora, amparada en la facultad que le consagra el artículo 1056 del Código de Comercio, expresamente manifestó no asumir el riesgo por accidentes personales, ni cubrir por ende indemnización, entre otros casos en los siguientes: "a)...; b)...; c)...; m) Asesinato, homicidio o lesiones causadas criminalmente por otra persona; n)...; o)...; r) Actos humanos mediante arma de fuego, cortopunzante o contundente".

No podía ver el Tribunal, como evidentemente no la vio, ambigüedad u oscuridad algunas en las citadas dos cláusulas, porque, contrariamente a lo que asevera el recurrente, tales expresiones son meridianamente claras y precisas en la determinación de los hechos a que ellas se refieren, sin que por tanto permitan atribuirles, al aquilatarlas separadamente, sentidos diversos

Por lo demás, bastaría remitir aquí a lo dicho al respecto en el despacho de la demanda anterior para afirmar, con tanto mayor razón, que en la última cláusula de este anexo no se divisa ambigüedad; que se trata de una estipulación clara y de significación unívoca e inconfundible, referente a una determinada circunstancia cuyos riesgos puede discrecionalmente al asegurador asumir o no, pues su exclusión no la prohíbe la ley.

4. El Tribunal sí vio y apreció en su sentencia la copia del acta de la defunción del mentado Alvarez Castrillón, expedida por el Notario 7º de Medellín. A este documento hizo alusión expresa en su fallo y por eso dio por probado el fallecimiento de dicho señor.

Empero, como observó que la compañía demandada había invocado en su defensa el hecho de que dicho fallecimiento se había causado por un "acto humano mediante arma de fuego", circunstancia que conforme a lo estipulado en el anexo se había acordado como exclusiva de su responsabilidad, tenía inexorablemente que entrar a estudiar, como efectivamente lo hizo, si el hecho excepcivo se configuraba o no. Y como de su análisis en el punto llegó a conclusión positiva, consecuencialmente declaró probada "la excepción de no realización del riesgo asegurado" mediante el segundo anexo.

5. Conclusión de lo expuesto es, entonces, la de que el cargo que los demandantes en el proceso le formulan a la sentencia del Tribunal es infundado, y así habrá de declararlo la Corte en la parte resolutiva de su fallo.

V

Sentencia de instancia

Obvia conclusión de todo lo expuesto es entonces la de que, por la prosperidad del cargo que en casación le formula la sociedad demandada, la sentencia del Tribunal, en cuanto la condenó a pagar a los demandantes $ 1.000.000.00 como suma asegurada por concepto de muerte accidental, según el anexo de "doble indemnización", y sus intereses comerciales, tiene que casarse; y que como el ataque que a dicho fallo formulan los demandantes, en cuanto declara probada la excepción propuesta en relación con el anexo de "seguro contra accidentes personales", resultó impróspero, dicha específica resolución tiene que mantenerse.

Todo lo cual significa que la sentencia de primer grado, que reconoció las excepciones propuestas por la demandada frente a todas las pretensiones de los demandantes y por tanto denegó las súplicas de éstos, reclama su integral confirmación.

VI

Decisión

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de quince (15) de junio de mil novecientos setenta y nueve (1979), proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y actuando en sede de instancia,

Resuelve:

1º CONFÍRMASE la sentencia de primer grado, proferida en este mismo proceso el cinco (5) de octubre de mil novecientos setenta y ocho (1978) por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín.

2º CONDÉNASE a los demandantes al pago de las costas causadas en la segunda instancia del proceso, las cuales serán tasadas por el Tribunal *ad quem*.

3º Los mismos demandantes del proceso deben pagar las costas causadas en su recurso extraordinario que les resultó impróspero; y

4º Sin costas en el recurso de casación propuesto por la sociedad demandada, por haber resultado exitoso.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, con salvamento de voto, *Germán Giraldo Zuluaga*, con salvamento de voto, *Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.*

Nicolás Pájaro Peñaranda
Secretario General.

Salvamento de voto

Nos hemos separado de las respetables conclusiones de la mayoría de la Sala, por las siguientes razones que compendiamos así:

1ª Habiendo demostrado los demandados que se había producido la muerte accidental del asegurado, correspondía a la sociedad aseguradora acreditar que el deceso estaba rodeado de las

circunstancias previstas en la póliza como excluyentes de su responsabilidad, lo que no se comprobó plenamente, en nuestro concepto, pues no existe probanza que permita afirmar con solidez que fue el proyectil que salió del revólver que se dice disparó el maleante el que segó la vida del asegurado. Sobre el punto no existe dictamen que permita aseverar esa esencial identidad, lo que deja abierta la puerta a que pudiera haberse realizado la hipótesis no imposible de que un proyectil disparado de otro lugar hubiera ocasionado esa muerte. Además, tampoco existe prueba plena, no obstante las afirmaciones confusas y contradictorias de la viuda, de que en el forcejeo entre víctima y victimario no se haya realizado culposamente, no voluntariamente, el movimiento que accionó el arma de fuego.

2ª La cláusula en que se detallan las circunstancias en que el riesgo asegurado no se pagaría, es francamente ambigua, como bien lo estudió el Tribunal.

Por tanto, no podemos compartir el criterio expuesto en la sentencia de la Corte.

Bogotá, agosto 28 de 1990.

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper.

RESOLUCION DE PROMESA DE COMPRAVENTA

Sistema de casación puro y sistema ecléctico de casación.

Dentro del sistema ecléctico de casación puede llegarse a la violación del derecho sustancial por dos vías: la directa o la indirecta; esta última forma de quebranto es la resultante de un error manifiesto de hecho o de uno de derecho en la apreciación de los medios de prueba.

El error de hecho recae sobre la contemplación objetiva de la prueba: su existencia y contenido; el de derecho sobre su contemplación jurídica, sobre su valoración, según el sistema legal que la regula.

Las claras y ostensibles diferencias existentes entre los dos errores, que le infunden entidad específica propia a cada uno de ellos, impiden confundirlos.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

Bogotá, D. E., 4 de septiembre de 1980.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 9 de octubre de 1979, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por *Rey Abdala Antonio Duarte Méndez* frente a la sociedad *"Inversiones González Fonnegra Limitada"*.

I

Antecedentes

1. El 14 de julio de 1974, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron en esta ciudad de Bogotá, se ajustó entre los citados Rey Abdala Antonio Duarte y la compañía "Inversiones González Fonnegra Limitada", representada ésta en ese acto por su Gerente Elena A. de González, el contrato de promesa de compraventa cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) La citada compañía se comprometió a vender a Duarte Méndez, y éste a comprar a aquélla, el dominio de las oficinas números 504, 505 y 506 del edificio de la carrera 7ª número 18-65 de esta ciudad, comprendida cada una de dichas tres oficinas dentro de los linderos especiales que allí se determinaron;

b) Acordaron los contratantes como precio de la compraventa prometida la suma de $ 550.000, de los cuales el prometiente comprador entregó en esa fecha a su prometiente vendedora "como arras... que serán imputadas al precio al perfeccionarse la negociación", $ 50.000, comprometiéndose a pagar el saldo así: $ 150.000 "en efectivo, a la firma de la escritura"; y los $ 350.000 restantes "con préstamo que gestionará ante una Corporación de Ahorro y Vivienda", obligándose a reconocer, si para la fecha del otorgamiento de la escritura no ha obtenido dicho préstamo, "el ajuste monetario y los intereses en las mismas condiciones que prestan dichas entidades";

c) Acordaron los estipulantes que la convención prometida se perfeccionaría, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, a las cuatro de la tarde del día 20 de diciembre de 1974, en la Notaría Tercera de Bogotá;

d) Mediante la cláusula 7ª del contrato se obligó la prometiente vendedora a entregar a su prometiente comprador, para su estudio por éste, los siguientes documentos referentes al inmueble objeto del negocio: el certificado de libertad completo, "que comprenda un período no menor de 20 años"; la copia de la Escritura Pública número 5.817 de 18 de noviembre de 1970, de la

misma Notaría 3ª; y todas "las copias simples de aquellas escrituras públicas que aparezcan citadas en el certificado de libertad...", entrega que debía hacer "dentro de los 90 días siguientes a la fecha" de la promesa;

c) Acordaron los convencionistas, y así lo expresaron en la cláusula 3ª de la promesa, que "si del estudio de los títulos de propiedad resultare insuficiente o incorrecta la titulación del inmueble materia de *este* contrato (vicios en la tradición, gravámenes, limitaciones, etc.) no se celebrará la compraventa y *el prometiente vendedor* devolverá inmediatamente al *prometiente comprador* la suma que éste ha dado como arras..."; y

f) Finalmente, después de manifestar que el inmueble referido tenía a la sazón un gravamen hipotecario a favor de "Inversiones Minerva", que la prometiente vendedora se obligó a cancelar "con anterioridad a la firma de la escritura o en el mismo instrumento", se acordó que la entrega real y material del bien prometido en venta se haría "a la firma de la escritura".

2. Llegado que fue el 20 de diciembre de 1974, de común acuerdo los dos prometedores resolvieron, y así lo consignaron en el cuerpo de ese mismo documento, prorrogar "el presente contrato hasta el día 20 de junio de 1975, con un aumento de las arras en la suma de cuarenta mil pesos ($ 40.000) moneda corriente, que se hace en la presente fecha...".

3. Así las cosas, el 20 de junio de 1975 Eduardo José González, actuando en representación de "Inversiones González Fonnegra Limitada", se presentó a la Notaría 3ª de Bogotá llevando consigo algunos documentos e hizo otorgar la Escritura número 2.234, en la cual, después de referirse pormenorizadamente al sobredicho contrato de promesa y a su prórroga, manifestó que "se ha presentado a otorgar la escritura pública a que hace referencia la promesa de venta que se adjunta y que ha permanecido en esta Notaría desde las cuatro de la tarde hasta las cinco y cuatro minutos de la tarde, sin que hasta este momento se hubiere presentado el prometiente comprador".

En este documento el Notario hizo constar "que tuvo a la vista los documentos", que esa escritura relaciona, "y que el señor Eduardo José González Angulo se presentó a las cuatro y treinta de la tarde del día de hoy y permaneció en la Notaría hasta las cinco y cuarenta y cinco de la tarde".

4. Por su parte, Rey Abdala Antonio Duarte Méndez, se presentó también a esa Notaría ese mismo 20 de junio de 1975 e hizo otorgar la Escritura número 2.236, en la cual, después de referirse al contrato de promesa de compraventa aludido y particularmente a su cláusula 7ª, que imponía a la prometiente vendedora la obligación de entregarle para su estudio, dentro de los 90 días siguientes, los documentos en ella indicados, manifestó que "no obstante lo anterior, el prometiente vendedor hasta la fecha no ha hecho entrega de la Escritura Pública" número 5.817 de 18 de noviembre de 1970, "pese a ser requerido en la fecha en que se prorrogó la promesa... y haber solicitado todos los documentos debidamente actualizados para su estudio correspondiente. Los documentos antes relacionados son indispensables para el compareciente máxime si se tiene en cuenta que se trata de un bien inmueble de propiedad horizontal, motivos por los cuales el exponente se abstiene de firmar la escritura correspondiente".

En esa escritura el Notario Tercero hizo constar que el mentado Duarte Méndez se presentó a su despacho, "a la hora de las cinco y cinco p. m., del día veinte (20) de junio de mil novecientos setenta y cinco (1975) y permaneció en él hasta las seis p. m....".

II

El litigio

1. Mediante libelo que fue repartido el 25 de julio de 1975 al Juzgado Decimonoveno Civil del Circuito de Bogotá, el citado *Rey Abdala Antonio Duarte Méndez* demandó a la compañía *Inversiones González Fonnegra Limitada*, a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, la justicia hiciese los siguientes pronunciamientos:

a) Que está resuelto, por incumplimiento de la sociedad demandada en las obligaciones que para ella generó, el contrato de promesa de compraventa acordado por ellos y contenido en documento suscrito en la ciudad de Bogotá el 14 de junio de 1974;

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la compañía demandada a devolver al demandante la suma de $ 180.000, o sea el valor doble de lo recibido por aquélla de éste a título de arras; y

c) Que se la condene además al pago de las costas procesales.

2. En apoyo de sus pretensiones el demandante invocó, además de algunos de los que fluyen de los antecedentes relatados, los hechos siguientes:

Que según la cláusula 7ª del documento contentivo de la promesa de compraventa, ajustada el 14 de junio de 1974, la sociedad demandada, como prometiente vendedora, se obligó a entregar al prometiente comprador "todos los documentos necesarios para el estudio de títulos"; y que dicha obligación la incumplió "por cuanto la titulación de los inmuebles prometidos no le fueron entregados (sic) al prometiente comprador".

3. En su oportuna contestación a la demanda la entidad demandada se opuso a las pretensiones deducidas en ella; y en cuanto a los hechos, salvo los atinentes a la celebración del contrato de promesa de compraventa y su prórroga, los cuales sí aceptó, negó los demás.

En esa misma oportunidad propuso la excepción de contrato no cumplido por parte del demandante, pues, expresó que éste no pagó "las arras estipuladas", ni compareció a la Notaría a suscribir la escritura "en la fecha y hora señaladas para hacerlo".

Para fundamentar la excepción propuesta, manifestó la demandada que su demandante cubrió el aumento del valor de las arras acordado en diciembre de 1974 con el giro de dos cheques por la suma de $ 20.000, cada uno, de los cuales el número 0055121, girado contra el Banco de los Trabajadores, "no fue pagado por el Banco girado por encontrarse cancelada la cuenta corriente del girador"; que al no resultar efectivo el mencionado cheque, "el demandante incumplió sus obligaciones contraídas en el contrato de promesa de compraventa... y lo convenido en la prórroga..., relevando en esta forma a la sociedad vendedora..., de sus obligaciones contractuales"; que, de otra parte, el demandante no acudió a la Notaría 3ª a las cuatro de la tarde del 20 de junio de 1975 a suscribir la escritura, pues solamente se presentó allí "pero a la hora de las cinco y cinco (5:05 p. m.), es decir, cuando la hora convenida había terminado"; y que este nuevo incumplimiento del demandante de sus obligaciones, una vez presentado, relevaba también a la sociedad demandada de "cumplir lo convenido de acuerdo con el artículo 1.609 del Código Civil".

4. Durante el término del traslado de la demanda inicial la sociedad demandada, fundándose jurídicamente en la facultad que le confiere el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, formuló demanda de reconvención contra su demandante, a efecto de que, previos los trámites pertinentes, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que está resuelto, por incumplimiento del contrademandado de las obligaciones que para él generó, el contrato de promesa de compraventa que relativamente a las oficinas números 504, 505 y 506 del edificio "Excelsior" de Bogotá celebraron ellos el 14 de junio de 1974;

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condena al mismo contrademandado a perder en favor de la demandante en mutua petición la suma de $ 90.000, que ésta recibió de aquél a título de arras; y

c) Que se impongan al citado Duarte Méndez las costas procesales.

5. Como fundamento de sus pretensiones la contrademandante invocó, además de los hechos que fluyen de los antecedentes relatados y los alegados en apoyo de la excepción de contrato no cumplido por ella propuesta, los siguientes:

Que por virtud de la prórroga del plazo de la promesa de compraventa acordada en diciembre de 1974, el valor de las arras se aumentó en $ 40.000, es decir, que éstas entonces "valdrían noventa mil pesos ($ 90.000)"; y que actualmente, a instancia del Gerente de la compañía quien formuló la respectiva denuncia, se adelanta contra Rey Abdala Antonio Duarte "un proceso penal por infracción al Decreto 1.135 de 1970..., iniciado el 27 de junio de 1975 ante el Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Bogotá..., por el giro del cheque número 0055121 contra el Banco de los Trabajadores por la suma de $ 20.000..., el cual no fue pagado por el Banco girado por encontrarse cancelada la cuenta corriente del girador".

6. Enterado que fue el contrademandado de la demanda de mutua petición, oportunamente la contestó negando los hechos que, afirmados en ella, le son desfavorables; expresó entonces, además, que en reunión realizada en las oficinas de "Alfonso Angel Díaz & Cía. Ltda.", administradora del inmueble prometido en venta, se había hecho por los prometedores, en presencia del Gerente de esta compañía, un arreglo por virtud del cual se descontarían, entre otros, el cheque de $ 20.000, acuerdo que "Inversiones González Fonnegra" no cumplió, sino que, posteriormente, "le manifestaron que querían dar por terminado y en forma rápida, la disolución

del contrato de promesa de compraventa de las oficinas (504, 505 y 506) en consideración de que había una persona interesada en dar más por su compra".

Expresó que no es cierto que sólo hubiera arribado a la Notaría Tercera de Bogotá después de las 5:00 p. m., del día convenido para el otorgamiento de la escritura, que sí lo hizo antes de esta hora "y estuvo tomando tinto con el señor Eduardo González Angulo y el doctor Orlando Quintero", reunión en la cual "le volvieron a decir que rompiera la promesa de compraventa y le amenazaron con demandas penales y civiles".

7. Trabada así la relación jurídico-procesal, con la práctica de algunas de las pruebas pedidas por ambas partes, se surtió la primera instancia, a la que el Juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 6 de abril de 1979, mediante la cual decidió la controversia así:

a) Declaró resuelto, pero por incumplimiento del contrademandado en sus obligaciones, el contrato de promesa de compraventa referido, acogiendo así la súplica de la demanda de reconvención;

b) Dispuso la pérdida a favor de "Inversiones González Fonnegra Limitada" de la suma de $ 90.000, que como arras ésta recibió del demandante principal;

c) Declaró probada la excepción de contrato no cumplido, propuesta por la demandada frente a la demanda inicial;

d) Como consecuencia denegó las peticiones deducidas en esta demanda; y

e) Condenó al demandante y contrademandado a pagar las costas del proceso.

8. Como efecto de la apelación interpuesta por la parte desfavorecida contra lo así resuelto, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, luego de haber ritnado el grado, infirmó la sentencia apelada y en su lugar decidió el litigio así:

a) Acogiendo las súplicas de la demanda principal, decretó la resolución del contrato de promesa de compraventa ajustado entre los litigantes el 14 de junio de 1974;

b) Declaró no probada la excepción de contrato no cumplido, propuesta por la sociedad demandada "Inversiones González Fonnegra Limitada";

c) Condenó a esta misma compañía a devolver a su demandante la suma de $ 100.000, "valor de las arras dobladas";

d) Dispuso, relativamente a la demanda de mutua petición, que "se declara probada la excepción de contrato no cumplido, en razón de que el contrademandado probó el incumplimiento del contrademandante, motivo por el cual se accede a la resolución del contrato únicamente..."; y

e) Finalmente impuso a la sociedad vencida las costas causadas en las dos instancias del proceso.

III

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Inicia el *ad quem* las consideraciones de su sentencia determinando las obligaciones que, según el documento suscrito el 14 de junio de 1974, surgieron de la promesa de compraventa para los contratantes. Y observa, a renglón seguido, "que en razón a acuerdo posterior, se prorrogó el término de la suscripción del documento, al 20 de junio de 1975 y se aumentó el precio de las arras en $ 40.000".

2. Pasa luego el Tribunal a analizar las pruebas practicadas, "a fin de determinar —dice— la forma como los contratantes dieron cumplimiento a sus obligaciones".

Y al efecto, en relación con lo atinente a la comparecencia de los prometientes a la Notaría Tercera para otorgar la escritura, nota que se presentaron, una por cada parte, las Escrituras números 2.234 y 2.236 de 20 de junio de 1975, cuyos contenidos compendia, para concluir al punto: "Esto es, que dada la hora que certificó el Notario, los contratantes estuvieron simultáneamente en la Notaría por varios minutos, en tal caso puede afirmarse que ambos cumplieron la obligación de presentarse al lugar de la cita".

3. Relativamente a la obligación que la prometiente vendedora adquirió por la cláusula 7ª del pacto, dice la sentencia: "Más lo que en la demanda principal se alega, es que el demandado no suministró la documentación" referida en dicha cláusula, "lo cual fue admitido por la sociedad demandada quien dijo que no había suministrado dichos documentos (contestación al numeral 4º fol. 29, Cdno. 1), en razón de que el prometiente comprador no había pagado la totalidad de las arras. Por tanto, —concluye el Tribunal—, la sociedad demandada confesó el hecho

de que se le imputa en la demanda principal: el no suministro de la documentación dentro del plazo acordado".

Referente a la explicación que al hecho confesado dio la sociedad demandada, dice la sentencia: "Al respecto es de observar que la obligación de aportar los documentos, se debería cumplir antes del 14 de septiembre de 1974. Hasta entonces el prometiente comprador debía haber cancelado solamente cincuenta mil pesos como arras, ya que los cuarenta mil pesos fueron acordados el día 11 de diciembre de 1974, esto es, con fecha posterior al 14 de septiembre". Y añade que, según la cláusula 1ª de la promesa, la prometiente vendedora aceptó haber recibido entonces esa cantidad, de la cual expresaron que se regiría por "lo dispuesto en el artículo 1859 del Código Civil"; y que en tales circunstancias la sociedad demandada "no puede justificar el incumplimiento de una obligación con el incumplimiento de una obligación *contraída posteriormente* por el prometiente comprador, pues si bien es cierto que se estableció que Duarte había girado un cheque de $ 20.000 que resultó sin fondos, tal cheque fue de fecha abril 11 de 1975 (fol. 3), esto es, que no pudo haber sido girado para el pago de los $ 50.000, obligación que debía cumplir el prometiente comprador, antes de la del prometiente vendedor: entrega de la documentación".

4. Luego de aseverar que cuando de un contrato surgen diferentes obligaciones, éstas tienen que cumplirse "en la forma y tiempo acordados" en él, proyectando su aserto al caso presente expresa el juzgador de segundo grado: "...si el prometiente comprador, cumplió la obligación de pagar los $ 50.000 en el acto de la firma de la promesa de compraventa, la siguiente obligación correspondía al prometiente vendedor, esto es suministrar antes del 14 de septiembre (1974) la titulación necesaria para establecer la libertad de la tradición. Y si, como lo confesó la sociedad demandada, no cumplió esta obligación, han de prosperar las peticiones de la demanda principal".

Refiriéndose a la excepción de contrato no cumplido propuesta frente a la demanda principal, el Tribunal la desecha con la siguiente argumentación: "*En el orden tiempo*, el demandante cumplió la obligación de entregar las arras de $ 50.000, luego el demandado ha debido probar que entregó la documentación, el 14 de septiembre de 1974. Mas como no lo probó, ni lo justificó pues para esa fecha, no existía por parte del prometiente comprador obligación pendiente, la excepción de contrato no cumplido no puede prosperar".

5. Llevadas sus consideraciones a este punto, acomete en seguida el sentenciador el análisis de la pretensión contenida en la demanda de mutua petición.

Y para rechazarla observa: "Al contestar la demanda, admite el contrademandado el incumplimiento en relación con el giro del cheque, dando razones explicativas al efecto. Además, es cierto que se presentó a las cinco y cinco de la tarde, hechos éstos que podrían edificarse como incumplimiento del contrademandado, *pero que no pueden alegarse por el contrademandante*, pues éste no probó *que hubiera cumplido la obligación de suministrar* la documentación dentro del término anterior. Por tanto, la sociedad contrademandante, no puede alegar el incumplimiento del prometiente comprador, por no haber probado que cumplió la obligación *séptima*, anterior en el tiempo a su incumplimiento, por lo cual al respecto ha de declararse probada la excepción de contrato no cumplido...".

IV

El recurso extraordinario

Como ya se dijo, contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación la demandada. En la demanda respectiva formula contra dicho fallo dos cargos, ambos con apoyo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y que la Corte procede a estudiar y despachar conjuntamente por venir ambos sustentados en idéntico o similares fundamentos.

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar indirectamente, por inaplicación, los artículos 1494, 1495, 1502, 1553, 1602, 1618, 1620, 1621 y 1622 del Código Civil, 714 y 822 del de Comercio, 91, 195, 200, 252, 254, 258 y 264 del de Procedimiento Civil, 60 del de Régimen Político y Municipal, y 3º, 89 y 90 del Decreto 960 de 1970; y por aplicación indebida, los textos 1546, 1609, 1859, 1608 y 1610 del Código Civil, 98, 195, 200, 305 y 392 del de Procedimiento Civil, a causa de los errores de hecho y de derecho en que habría incurrido el *ad quem* en la apreciación de algunas de las pruebas.

Tres son, en suma, los errores de hecho y dos de los de derecho que al través de este cargo la censura le enrostra al sentenciador.

2. En el desenvolvimiento de la impugnación el casacionista concreta y sustenta así los yerros de la primera clase que denuncia:

a) El contrato de promesa de compraventa "no fue apreciado íntegramente por el juzgador de instancia porque, aunque tuvo en cuenta únicamente el texto original del contrato, omitió el estudio integral de la cláusula de prórroga. No miró el pacto adicional firmado por las partes el 20 de diciembre de 1974; esta prórroga que aparece al final del contrato original como se aprecia en los folios 5 vuelto del cuaderno número 1 y 2 vuelto del cuaderno número 2".

Y luego de exponer los casos en que, según doctrina y jurisprudencia, se estructura el error manifiesto de hecho en la apreciación de un contrato, asevera el impugnador que él ocurre no sólo cuando el juzgador lo ignora totalmente, sino también "cuando le adiciona cláusulas o pactos que le dan un contenido mayor, y cuando le desconoce alguna cláusula y le disminuye su alcance; es decir, cuando no tiene en cuenta la totalidad de su contenido como pasó en este caso".

En muchos pasajes de su dilatado escrito sustentatorio del recurso extraordinario insiste el casacionista en que el error de hecho que aquí invoca, consiste en que el Tribunal "no apreció todo el contrato" pues no tuvo "en cuenta también la prórroga de él suscrita el 20 de diciembre de 1974...". Y sobre este cardinal aserto pasa a puntualizar las muchísimas violaciones de ley que denuncia.

b) El segundo yerro fáctico que a la sentencia por él combatida le endilga el censor, lo hace consistir en que el Tribunal malinterpretó "la contestación de la demanda", puesto que, añade, al analizar la contestación que la demandada dio al hecho cuarto de la demanda inicial, vio en ella la confesión de no haber entregado oportunamente los títulos del inmueble "y omite la parte de la respuesta que implica la negación del incumplimiento".

Asevera la impugnación, luego de transcribir el texto del artículo 200 del Código de Procedimiento Civil, que "no obstante la claridad de la norma, el Tribunal sólo tiene en cuenta una parte de toda la oración con que se contesta el hecho planteado por el demandante: la frase 'es cierto'. Pero ignora el predicado, o sea, toda la aclaración posterior hecha cuando dice: La entrega de dichos documentos no se hizo en virtud del incumplimiento anterior del prometiente comprador en el pago de las arras...".

c) Para sustentar el tercer error de hecho que denuncia en este primer cargo, el recurrente argumenta así: "En el cuaderno número 1, folio 29 (vto.) y 30 aparecen las excepciones propuestas a la demanda: en su fundamento de hecho, puntos tercero y cuarto, se lee claramente que el vendedor no había entregado los títulos del inmueble porque al ser rechazados los cheques cuedó relevado de sus obligaciones contractuales, se individualizan los cheques y se demuestra su rechazo. Como la demanda y su contestación, las excepciones y la oposición a ellas, y la demanda de reconvención y su contestación imponen al juzgador la guía a la cual, de acuerdo con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil debe ceñirse, si no tuvo en cuenta todo el conjunto y vio confesión donde no la había y allanamiento a un hecho, sin que tal existiera, y no vio, en cambio el conjunto que lo hubiera llevado a no afirmar tal cosa", incurrió en una evidente falencia de hecho que lo condujo, de contragolpe, a quebrantar las normas sustanciales que señala en el cargo.

3. Continuando en el desenvolvimiento de este cargo, la demanda de casación concreta y sustenta así los dos errores de derecho que denuncia:

a) La certificación expedida por el Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá y la carta enviada por el demandante a la sociedad Alfonso Angel Díaz & Cía., expresa aquí el casacionista, "sirven para demostrar que el prometiente comprador sólo pagó la parte del aumento de las arras, el 11 de abril de 1975, no en la fecha convenida (20 de diciembre de 1974)"; que con respecto a estas probanzas, lo mismo que con la confesión del demandante al contestar la contrademanda, el Tribunal incurrió en error de derecho "al no concluir que ellos constituyen plena prueba del incumplimiento del demandante"; y que con su proceder infringió los preceptos 251 y 264 del Código de Procedimiento Civil, incurrió así en error de derecho.

b) El segundo yerro de esta estirpe que en el primer cargo denuncia el impugnador, lo hace éste consistir en que el Tribunal quebrantando con ello los artículos 264 antecitado y 89 y 90 del Decreto 960 de 1970, no les dio valor de plena prueba a las Escrituras números 2.234 y 2.236 de 20 de junio de 1975, otorgadas ambas en la Notaría 3ª de Bogotá.

Que el apuntado error de derecho condujo al Tribunal a concluir, "en forma equivocada", que los contratantes "estuvieron simultáneamente en la Notaría por varios minutos" y que por eso concluye en que ambos cumplieron "la obli-

gación de presentarse al lugar de la cita". Afirmación esta que es equivocada, dice el casacionista, y que "contradice la constancia expresa del Notario y conduce, naturalmente a la violación de las normas sobre la autenticidad de las declaraciones de estos funcionarios en las escrituras públicas y las que dicen cuándo hay mora y cómo se computa la hora estipulada para cumplir la obligación...".

Y luego de compendiar el contenido de estas escrituras públicas, dice el recurrente que de ellas se infiere claramente:

a) Que el prometiente comprador "no llegó a cumplir su obligación a la hora convenida y, por consiguiente no cumplió";

b) Que el vendedor se allanó sin embargo a cumplir lo prometido por él; y

c) Que como el juzgador no dio a la declaración del Notario "el valor de plena prueba" que le otorga la ley, "incurrió en error de derecho en la apreciación" de esos dos documentos.

Cargo segundo

1. Con éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria indirectamente de las mismas normas indicadas en el cargo anterior, también por los mismos conceptos allá determinados, como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que habría incurrido el *ad quem* en la apreciación de algunas de las pruebas practicadas en el proceso.

Dos son los yerros de *facto* y tres los de derecho, que al través de este cargo la impugnación le enrostra a la sentencia combatida extraordinariamente.

2. En desarrollo del cargo la demanda de casación concreta y sustenta así los dos yerros de la primera especie que denuncia:

a) "El Tribunal se equivocó al interpretar la contestación de la demanda y, por consiguiente, incurrió en error evidente de hecho ya que al analizar lo contestado al hecho cuarto de la demanda afirma que en él hay una confesión simple de no haber entregado oportunamente los títulos del inmueble y omite la parte de la respuesta que implica la negación del incumplimiento. Esta interpretación errónea de la contestación al hecho cuarto conduce a la violación del artículo 200 del Código de Procedimiento Civil que prohíbe dividir estas respuestas".

Añade la censura que toda la contestación al hecho cuarto de la demanda "es indivisible porque la afirmación de no haber entregado los títulos, vista en conjunto con el predicado agregado como explicación, conducía indudablemente a entender: no entregué los títulos (no pagué) porque aún no los debía y cuando llegó el plazo no estaba obligado. En el expediente aparece la prueba de la prórroga del contrato con todas sus consecuencias, entre ellas, la de haberse iniciado de nuevo los términos para el cumplimiento de las obligaciones de las partes...; por consiguiente, si el comprador no pagó en esa fecha las arras completas y si los cheques que giró el comprador para cubrir el complemento salieron sin fondos, como en efecto se probó, el comprador incumplió su primera obligación", realidad esta que, añade la censura, "el Tribunal no acepta en virtud de la equivocada apreciación de la contestación a la demanda...".

b) En este cargo el censor denuncia como segundo error de hecho, empleando exactamente los mismos términos para sustentarlo, lo que en el cargo anterior acusa también como tercer yerro fáctico. Dice aquí, en efecto: "En el cuaderno número 1, folio 29 (vto.) y 30 aparecen las excepciones propuestas a la demanda; en sus fundamentos de hecho, puntos tercero y cuarto, se lee claramente que el vendedor no había entregado los títulos del inmueble porque al ser rechazados los cheques quedó relevado de sus obligaciones contractuales, se individualizan los cheques y se demuestra su rechazo. Como la demanda y su contestación, las excepciones y la oposición a ellas, y la demanda de reconvención y su contestación imponen al juzgador la guía a la cual, de acuerdo con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil debe ceñirse, si no tuvo en cuenta todo el conjunto y vio confesión donde no la había y allanamiento a un hecho, sin que tal existiera, y no vio, en cambio, el conjunto que lo hubiera llevado a no afirmar tal cosa", violó los artículos 93, 195 y 305 del Código de Procedimiento Civil.

3. Continuando en el desenvolvimiento de esta censura, para concretar y sustentar los tres errores de derecho que en este cargo segundo denuncia, el casacionista repite lo que, en cargo anterior, había planteado ya como yerros, unas veces como de facto y otras como de valoración. En efecto:

a) El primer error de derecho lo hace consistir aquí la censura en el mismo aspecto que, en el cargo anterior, invocó como primer error de facto. Es decir, que el Tribunal no apreció el documento contentivo del contrato de promesa de compraventa "como una integridad, sino ais-

lada e independientemente el texto original del contrato, y una parte integrante de él: la cláusula de prórroga firmadas por las partes el 20 de diciembre de 1974 que aparece al final del contrato original como se aprecia en los folios 5 vuelto del cuaderno número 1 y 2 vuelto del cuaderno número 2"; y que al así actuar el juzgador de segundo grado quebrantó los artículos 258 del Código de Procedimiento Civil y 1622 del Código Civil.

b) En este cargo se denuncia como segundo error de derecho el mismo que ya había denunciado con ese carácter en el primer cargo, o sea que se trata de una repetición inocua e injustificable.

Dice en efecto, que la certificación expedida por el Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá y la carta enviada por el demandante a la compañía Alfonso Angel Díaz, "sirven para demostrar que el prometiente comprador solo pagó la parte del aumento de las arras, el 11 de abril de 1975, no en la fecha convenida (20 diciembre de 1974)"; que con respecto a la apreciación de estos elementos de prueba, lo mismo que a la confesión del demandante cuando contestó la demanda de reconvención, "el Tribunal cometió errores de apreciación al no concluir que ellos constituyen plena prueba del incumplimiento del demandante".

c) Fiel, aunque innecesario trasunto de lo que el censor acusa como segundo error de derecho en el cargo primero, es el que aquí también denuncia con el mismo carácter y con iguales fundamentos.

Expresa, en efecto, que el Tribunal incurrió en yerro de valoración "al no dar a las Escrituras Públicas 2.234 y 2.236 del 20 de junio de 1975, otorgadas en la Notaría Tercera de Bogotá, el valor probatorio que les corresponde de acuerdo con los artículos 264 del Código de Procedimiento Civil y 89 y 90 del Decreto 960 de 1970, normas que dan a estos documentos el carácter de plena prueba, particularmente a las declaraciones que en ellas hacen los Notarios".

Añade la censura que este error cometido por el sentenciador de segundo grado "le hace decir en forma equivocada", que los contratantes "estuvieron simultáneamente en la Notaría por varios minutos", afirmación que "contradice la constancia expresa del Notario y conduce, naturalmente a la violación de las normas sobre la autenticidad de las declaraciones de estos funcionarios en las escrituras públicas... y las que dicen cuándo hay mora y cómo se computa la hora estipulada para cumplir la obligación".

V

Consideraciones de la Corte

1ª Luego de aquilatarla en su contexto, la lectura de la demanda de casación que hoy se considera, autoriza a la Corte para advertir que a través de ella su autor no expone un criterio claro y definido en punto de errores de apreciación probatoria, a tal extremo que en algunas de sus censuras plantea como errores de derecho cuestiones que son de la esencia del de hecho, o a la inversa; que en otras hace un hibridismo de los dos yerros para hacer derivar el uno de la comisión del otro; y que en otras más acusa sucesiva y repetidamente, frente a las mismas pruebas, las dos especies de yerros.

La apuntada deficiencia de técnica en la formulación de la demanda de casación reclama entonces, a fin de darle el pertinente despacho, la necesidad de que la Corte refiere hoy algunas de sus doctrinas en la materia.

2ª Ya se ha dicho *que en los países cuyas legislaciones consagran el sistema de casación pura, este recurso extraordinario se establece para entender tan sólo de las cuestiones de derecho, a tal punto que el examen de los hechos queda total y absolutamente eliminado de su esfera jurídica. A la luz de dicho sistema, la actividad unificadora de la jurisprudencia la cumple la casación, pero con total prescindencia de la apreciación que de la cuestión fáctica haya hecho el sentenciador de instancia.*

Sin embargo, la doctrina se vio muy pronto ante la evidente dificultad de separar entre la quaestio facti *y la* quaestio juris, *como medio para prescindir absolutamente de aquélla en casación, cuya finalidad es, en últimas, la tutela del derecho objetivo. Advirtióse, por tanto, la necesidad de abrir el campo de la casación para el examen excepcional de hechos, puesto que, se dijo, si el Juez parte de premisas falsas con respecto a ellos y este yerro motiva la trasgresión del derecho sustancial, la casación no puede cumplir a cabalidad sus fines de nomofilaquia y de unidad interpretativa de la jurisprudencia; para resolver el problema planteado, en su sazón se estableció el sistema ecléctico de la casación, que es el que campea en las legislaciones contemporáneas, en el cual se autoriza, si bien limitado y excepcionalmente, el examen de las cuestiones de hecho.*

Se impone aceptar, entonces, que dentro de este sistema ecléctico de la casación, que es el adoptado por la legislación colombiana, a la violación del derecho sustancial puede llegarse por dos vías diferentes: la directa o la indirecta. Preséntase la primera forma cuando el juzgador, prescindiendo del problema probatorio, deja de aplicar en su sentencia un texto legal de naturaleza sustancial que ha debido emplearse en ella, o lo aplica pero dándole un alcance que no tiene, o hace obrar en el caso litigado un precepto legal impertinente; y ocurre la segunda forma, es decir la indirecta, cuando la equivocada aplicación del derecho sustancial o su no aplicación es el resultado de los yerros en que incurre el fallador en el campo probatorio.

3ª En la determinación que el Juez haga de la situación fáctica concreta a fin de subsumirla en la voluntad abstracta de la ley, es posible que incurra en errores, ora en cuanto a la existencia física de las pruebas en el proceso o en la objetividad que ellas demuestran, o ya en la valoración de los medios que tiene por existentes, yerros que lo conducen, por contragolpe, a violar indirectamente la ley sustancial. Se dice en tales casos, que esta forma de quebranto es la resultante de un error manifiesto de hecho o de uno de derecho en la apreciación de los medios de prueba aducidos para demostrar los supuestos fácticos alegados como fundamento de la pretensión o de la excepción.

Como lo ha dicho exhaustivamente la jurisprudencia de la Corte, ocurre el error de hecho *cuando el fallador cree equivocadamente en la existencia o inexistencia del medio de prueba en el proceso, o cuando al existente le da una interpretación ostensiblemente contraria a su contenido; se presenta el* error de derecho, *en cambio, cuando el Juez interpreta erradamente las normas legales que regulan la producción o la eficacia de la prueba, o su evaluación, es decir, cuando el Juez interpreta dichos preceptos en forma distinta al verdadero alcance de ellos. Lo cual significa que el error de hecho equivale al desacierto del sentenciador en la contemplación objetiva de la prueba; el paso que el error de derecho se traduce en la desacertada contemplación jurídica de ella: el primero es el yerro sobre la existencia o el contenido de la prueba; el segundo, sobre su valoración de ésta, según el sistema legal regulativo del medio probatorio.*

4ª Si bien los dos errores de apreciación probatoria, el de hecho y el de derecho, tienen como punto común el que producen idéntica consecuencia, o sea la violación de una norma sustancial por inaplicación o por aplicación indebida, es lo cierto que entrambos existen muy claras y ostensibles diferencias que les infunden entidad específica propia y que por consiguiente impiden confundirlos.

En efecto. Mientras el de hecho alude a la existencia de un medio de prueba, como elemento material del proceso, el de derecho se refiere a la interpretación o inaplicación de las normas legales que lo gobiernan. El primero, cuando se da por preterición o desconocimiento del medio, es obvio que no conduce a valoración errada, justamente porque se lo ignora; el segundo, en cambio, supone siempre que el Juez parte de la existencia de la prueba en el proceso, pues este es un paso indispensable para ponderarla legalmente. Lo cual significa que el error de derecho presupone que el Juez sí vio y apreció la prueba, lo que descarta el yerro de hecho.

Después de notar la diferencia existente entre estas dos especies de yerros en la apreciación de la prueba, varias veces ha dicho la Corte que "no puede hacerse de estos dos errores un compuesto como el que hizo el recurrente, para, del error de hecho propuesto por punto de partida del cargo, derivar el yerro de valoración como motivo de la trasgresión del derecho sustancial. En el medio, lo uno o lo otro, pero no esto como transformación de lo primero...". (CVII, 85).

5ª En el presente caso dijo el Tribunal, luego de referirse en detalle al documento de 14 de junio de 1974, contentivo del contrato de promesa de compraventa ajustado en esa fecha por las partes de este proceso y de determinar, singularizándolas, cada una de las obligaciones que para ellas surgieron de la convención, que "en razón a acuerdo posterior, se prorrogó el término de la suscripción del documento, al 20 de junio de 1975 y se aumentó el precio de las arras en $ 40.000". Y siendo ello así, como en realidad lo es, no puede decirse con acierto, como lo hace la censura en los dos literales a) de sus cargos primero y segundo, que "el Tribunal omitió el estudio integral de la cláusula de prórroga. No miró el pacto adicional firmado por las partes el 20 de diciembre de 1974"; prórroga que, añade la censura, "aparece del final del contrato original como se aprecia en los folios 5 vuelto del cuaderno número 1 y 2 vuelto del cuaderno número 2".

Coruscante es entonces que el Tribunal sí vio y apreció en su fallo, por lo que el error de hecho denunciado al respecto resulta inexistente, la cláusula mediante la cual los contratantes, el

20 de diciembre de 1974, de común acuerdo resolvieron: "se prorroga el presente contrato hasta el día 20 de junio de 1975, con aumento de las arras en la suma de cuarenta mil pesos ($ 40.000) moneda corriente, que se hace en la presente fecha".

Y al analizar esta especial estipulación en conjunto con todas las demás cláusulas que contiene el pacto prorrogado, estimó el sentenciador y así lo dedujo en su fallo, que dicha modificación sólo se refería a dos aspectos: diferir la fecha acordada inicialmente para el otorgamiento de la escritura mediante la cual se perfeccionaría el contrato de compraventa prometido; y el aumento de la suma acordada como arras del negocio. Pero que las demás cláusulas del contrato, particularmente la 7ª que imponía a la prometiente vendedora el deber de entregar a su prometiente comprador la titulación del inmueble prometido enajenar, dentro de los 90 días siguientes a la fecha de la promesa, se había dejado inalterada. Cotejados el discernimiento del Tribunal en el punto y lo que la cláusula de prórroga muestra, se impone aceptar inequívicamente que aquél corresponde con justedad al contenido objetivo de ésta, pues evidentemente la estipulación de prórroga, tal cual se concibió, ni por asomo permite afirmar que el plazo para el cumplimiento de aquella obligación también se hubiera diferido; o que, como lo pretende el recurrente, el tiempo acordado inicialmente para el cumplimiento de todas las obligaciones quedó también modificado.

6ª Mucho menos es cierto que, como lo asevera la censura en los dos cargos el Tribunal, al apreciar la contestación que la demandada dio al hecho cuarto de la demanda inicial, hubiera "omitido la parte de la respuesta que implica la negación del incumplimiento". En efecto:

Al referirse a la demanda principal observa la sentencia impugnada que la sociedad demandada negó el incumplimiento a ella enrostrado, "pues dice que el demandante no pagó las arras acordadas, ya que entregó un cheque, entre otros, el cual resultó sin fondos, ante el cual el demandado no hizo entrega de la documentación"; posteriormente, al analizar los hechos invocados como *causa petendi* de la demanda de reconvención, transcribe los pertinentes a la defensa invocada principalmente en su favor por dicha parte; y posteriormente, en la parte considerativa de su fallo, reitera el Tribunal que la sociedad demandada aceptó no haber suministrado la documentación de que trata la cláusula 7ª, justificando su omisión en que "el prometiente comprador no había pagado la totalidad de las arras".

No es pues que el *ad quem* hubiera dejado de ver la explicación que a su confesión dio la demandada; sino que, viéndola y apreciándola en su integridad, estimó que dicha sociedad no podía "justificar el incumplimiento de una obligación suya con el incumplimiento de una obligación *contraída posteriormente* por el prometiente comprador". Y agregó, explanando esta cardinal conclusión, que, según el pacto original y su prórroga, después que el prometiente comprador había pagado el 14 de junio de 1974 la suma acordada inicialmente como arras, "la siguiente obligación correspondía al prometiente vendedor, esto es, suministrar antes del 14 de septiembre de ese mismo año la titulación necesaria para establecer la libertad de la tradición".

Y si, como atrás se vio, el plazo acordado para cumplir esta especial obligación adquirida por la prometiente vendedora, no fue modificado expresamente cuando se difirió el relativo al otorgamiento de la escritura que perfeccionaría el pacto prometido, se impone aceptar que no hubo por parte del sentenciador de segundo grado error en la apreciación de dicho medio de prueba.

7ª Especialísima y concreta alusión hizo el Tribunal en su sentencia a las Escrituras números 2.234 y 2.236 de 20 de junio de 1975, otorgadas ambas en la Notaría 3ª de Bogotá, para dar por plenamente establecido con ellas, por lo que no incurrió en el error de derecho que al respecto le endilga el acusador, que tanto la prometiente vendedora como el prometiente comprador comparecieron ese día a la Notaría citada; y que permanecieron allí, la primera "desde las cuatro y media hasta las cinco y cuarenta y cinco de la tarde"; y el segundo "desde las cinco y cinco minutos de la tarde hasta las cinco y media".

Y si evidentemente ese y no otro es el contenido de las constancias notariales que aparecen en dichas escrituras, no se ve cómo pueda decirse que el Tribunal alteró lo que esas pruebas muestran. Dice al punto la primera de las dos escrituras referidas que el representante de la sociedad demandada, Eduardo José González "se presentó a las cuatro y treinta de la tarde del día de hoy y permaneció en la Notaría hasta las cinco y cuarenta y cinco de la tarde"; y se lee en la segunda que Rey Abdula Duarte Méndez "se presentó al despacho de esta Notaría, a la hora de las cinco y cinco p. m., del día veinte

(20) de junio de mil novecientos setenta y cinco (1975) y permaneció en él hasta las seis p. m....". Por consiguiente, en nada contradice la evidencia de los hechos, mucho menos en forma ostensible, que la sentencia combatida hubiese concluido "que los contratantes estuvieron simultáneamente en la Notaría por varios minutos...".

8ª Es pertinente observar además, para advertir la sinrazón de los cargos que al respecto se formulan contra la sentencia de segundo grado, que no es que en ésta se hubiera admitido que el demandante se presentó a la Notaría antes de las 5:05 p. m. del sobredicho día, ni tampoco que en ella se acepte que el cheque de $ 20.000 girado por el demandante el 11 de abril de 1975 hubiese sido pagado por el Banco girado. No.

Contrariamente reconoce la sentencia que la aludida comparecencia tuvo lugar después de la hora convenida contractualmente; y que el referido cheque fue impagado, porque su girador tenía a la sazón cancelada su cuenta corriente. Pero agrega el Tribunal, lo que es cosa bien distinta, que esos dos hechos "que podrían calificarse como incumplimiento del contrademandado..., *no pueden* alegarse por el contrademandante, pues éste no probó *que hubiera cumplido la obligación de suministrar* la documentación dentro del término anterior", argumento este que tiene que aceptarse en todo su alcance, ya que, como atrás se vio, la principal conclusión del Tribunal, relativa a que la fecha para cumplir la obligación de entrega de títulos por la prometiente vendedora al prometiente comprador no fue prorrogada contractualmente, salió indemne de los ataques formulados contra ella.

9ª De todo lo atrás dicho tiene que seguirse, como corolario obligado, que ninguno de los errores de apreciación probatoria que el casacionista denuncia aparece demostrado; y que, como consecuencia, los dos cargos formulados contra la sentencia recurrida tienen que rechazarse.

VI

Decisión

Por 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 nueve (9) de octubre de mil novecientos setenta y nueve (1979), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso extraordinario son de cargo de la recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda
Secretario General.

NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA

El artículo 83 del Código de Procedimiento Civil se refiere a toda relación o acto jurídico respecto a los cuales no sea posible resolver de mérito sin que comparezcan al proceso todos los sujetos de la relación y no hace distinciones según se declare la inexistencia o la nulidad del acto.

Como la obligación principal no vada por cambio de deudor se afecta con la declaración de ser inexistente el pacto novatorio, el cual lleva pareja la orden de cancelar la escritura que lo contiene y su registro, ha debido demandarse y citarse al proceso al acreedor que aceptó el cambio de deudor, aunque la garantía real no se afecte por el cambio de propietario del inmueble gravado.

La no integración del litis consorcio necesario da lugar a sentencia inhibitoria.

Reformatio in pejus. La Corte, como Juez de Instancia, puede modificar la sentencia del a quo en la parte que, por no ser desfavorable al recurrente, no fue apelada, siempre que estén de por medio cuestiones de orden público como los presupuestos procesales.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Ricardo Uribe Holguín.

Bogotá, D. E., 29 de septiembre de 1980.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este proceso ordinario de *Elvira Escobar de Restrepo contra Grancolombiana de Vivienda Limitada, GRANVIVIENDA.*

I

Antecedentes

1. El proceso se inició con demanda en que se piden estas declaraciones:

a) Que es nula la Escritura número 4.728, otorgada ante el Notario Cuarto del Círculo de Cali, el 5 de junio de 1975, por "carecer de firmas de contratantes realmente puestas al pie de la misma, por carecer de la firma del Notario, por haberse anulado con las palabras 'no corre' ilegalmente levantadas en otro acto escriturario igualmente nulo, y por consiguiente por hallarse en la actualidad adherida al protocolo, como una minuta no corrida como escritura pública por el señor Notario Cuarto de este Círculo";

b) Que se rescinda el contrato contenido en ella;

c) Que es nula la escritura aclaratoria de la anterior, distinguida con el número 1.910, corrida ante el mismo Notario el 12 de julio de 1976, por haber sido "otorgada por quien carece de representación legal de la empresa que dice representar (el otorgante), conforme disponen los artículos de Código Civil y de Comercio que se citarán más adelante, y porque realizó auto notarial aclaratorio mediante escritura pública usurpando el derecho concedido por el artículo 103 inciso 2º del Decreto-ley 960 de 1970, a persona diferente de quien hace la aclaración o inclusive carecería de este derecho la persona jurídica a quien dice representar el otorgante";

d) Que se rescinda la declaración contenida en tal escritura;

e) La demandante tiene derecho para recuperar el inmueble a que tales escrituras se contraen, conforme a las reglas sobre nulidad y rescisión;

f) La sociedad demandada no tiene derecho de que se le restituya el precio pagado por razón de la venta de ese inmueble;

g) La sociedad demandada es responsable del deterioro y de los intereses y frutos del inmueble desde cuando lo ocupó, conforme a las reglas sobre prestaciones a cargo del poseedor de mala fe;

h) La misma sociedad es responsable de los perjuicios que ha sufrido la demandante con motivo de los actos que se rescinden, perjuicios que serán regulados con arreglo a "los artículos 554 y 555 del Código de Procedimiento Civil";

i) La sentencia en que todo esto se disponga se inscribirá en el competente registro, y se ordenará cancelar el de las dos escrituras aludidas;

j) Se condenará a la sociedad demandada en las costas del proceso.

2. Como hechos constitutivos de la *causa petendi*, se invocaron en la demanda los que pueden resumirse así:

a) Mediante la Escritura número 3.195, del 2 de junio de 1975, de la Notaría Segunda de Cali, Alonso José Murgueitio Restrepo y Olga Lucía Escobar de Murgueitio vendieron a Elvira Escobar de Restrepo una casa de habitación distinguida con el número 1 de la manzana R del barrio Ciudad Jardín, de Cali, inmueble cuyos linderos se indican;

b) Para pagar a los Almacenes Generales de Depósito Mercantil S. A., —ALMACENAR—, el valor de un supuesto faltante y evitar así el riesgo inminente de un proceso penal contra Murgueitio Restrepo, Gerente de la Sucursal de Cali, Elvira Escobar de Restrepo convino en otorgar la Escritura número 4.728, cuya nulidad se pide en primer lugar, mediante la cual declaró: 1º Que vendía a Granacolombiana de Vivienda Limitada, —GRANVIVIENDA—, la expresada casa. 2º Que el precio de la venta era la cantidad de $ 3.000.000, pagadero por GRANVIVIENDA así: $ 812.792.30, haciéndose cargo de pagar a la Corporación de Ahorro y Vivienda del Valle el monto de un crédito a su favor, en Upacs, y a cargo de la vendedora, garantizado con hipoteca sobre la misma casa; $ 60.000, haciéndose cargo de pagar al Banco de Colombia el monto de un préstamo otorgado a Alonso José Murgueitio Restrepo; $ 1.512.429.56, entregándolos a Almacenes Generales de Depósito Mercantil S. A., —ALMACENAR—, para cancelar lo que Murgueitio Restrepo adeudaba a esta sociedad como faltante; y el saldo, o sean $ 614.825.14, que la compradora declaró haber recibido a su satisfacción en el acto del otorgamiento de la escritura;

c) Comoquiera que para el otorgamiento últimamente mencionado se presentó un certificado de paz y salvo catastral que exhibía como repisado el nombre de la dueña de la casa, el Notario puso en cada hoja de la escritura las palabras "no corre", y al final del instrumento, bajo su firma y sello, escribió lo siguiente: "Esta escritura no corre por haberse presentado el certificado catastral adulterado el nombre del tradente". Sin embargo, el Notario agregó la escritura al protocolo notarial y la numeró;

d) Además de lo dicho, la escritura no aparece firmada por los comparecientes. En hoja separada, y bajo la leyenda "corresponde a la escritura pública número ... de ... de ... de 1976 están las firmas de los comparecientes, sin que pueda saberse si tales firmas corresponden o no al instrumento. Finalmente, después de la nota conforme a la cual la escritura no corre porque se presentó un certificado de Catastro adulterado, y a vuelta de página, se lee: "la nota que dice esta escritura no corre *no vale* - ver Escritura número 1910 de julio 12 de 1976", palabras que no aparecen respaldadas con ninguna firma;

e) Entretanto, se siguió proceso penal contra Alonso Murgueitio Restrepo, proceso que terminó con sobreseimiento definitivo a su favor, por no haberse demostrado ningún saldo a cargo suyo y a favor de los Almacenes Generales de Depósito Mercantil S. A. Por lo tanto, Elvira Escobar de Restrepo, sabiendo que no había deuda alguna de su cuñado y confiando en que la escritura por la cual ella dijo venderle la casa a Granvivienda no había corrido por declaración del propio Notario, se negó a atender las insistentes demandas de esta sociedad para que otorgara nueva escritura;

f) Así las cosas, el 12 de julio de 1976, se presentó en la Notaría Cuarta de Cali Fernando García Llorada, quien dijo obrar en nombre y representación de Granvivienda, a pesar de que no adujo ningún poder, y mediante la Escritura 1.910 de esa fecha dijo aclarar la número 4.728 (que como queda dicho nunca llegó a ser escritura pública), agregando al protocolo un nuevo certificado catastral en reemplazo del rechazado por el Notario y citando al efecto el artículo 103 del Decreto-ley 960 de 1970;

g) Ese artículo autoriza a aclarar ciertos errores en una escritura mediante el otorgamien-

to de otra "suscrita por el actual titular del derecho", quien a la sazón era Elvira Escobar de Restrepo, de quien García Lloreda no era representante, por lo cual la Escritura 1910 no tiene ningún valor, ni lo hubiera tenido aun cuando éste hubiera sido mandatario de Granvivienda, que tampoco lo era.

3. Con oposición de la sociedad demandada, quien negó o exigió prueba de la mayoría de los hechos, se adelantó el proceso hasta pronunciarse sentencia de primera instancia, mediante la cual el Juez Décimo Civil del Circuito de Cali, acogió favorablemente todas las pretensiones de la demanda, con las prestaciones mutuas correspondientes, y condenó en costas a la parte vencida.

4. Apelada esta decisión por la parte desfavorecida, recurso al cual adhirió la demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante el fallo acusado ahora en casación resolvió:

"1º Revocar los puntos *primero y segundo*. En su lugar no se *accede* a declarar la nulidad de una escritura inexistente, por los motivos expuestos.

"2º Confírmanse los ordenamientos hechos en los puntos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 9º, 10 y 11, aclarándose que la cancelación de los registros se refiere no sólo al de la Escritura pública número 1.910 de julio 12 de 1976, sino también al correspondiente a la Escritura número 4.728 de julio 5 de 1975.

"3º Costas de esta instancia a cargo de la sociedad demandada. Tásense".

II.

Motivación del fallo impugnado

A vuelta de transcribir las súplicas de la demanda, resumir los hechos en que se las funda y hacer breve reseña de la actuación surtida, comienza el Tribunal sus consideraciones distinguiendo entre sí el instrumento y el negocio jurídico que contiene y explicando cuál es el proceso necesario para el otorgamiento de una escritura pública válida.

2. Y refiriéndose en primer término a la Escritura número 4.728, dice: "A folios 1º a 15 del cuaderno principal aparece una copia de la mencionada escritura, en la que no se observa la firma del Notario, ni de los contratantes. Sólo aparece esta nota puesta de puño y letra del Notario: 'Esta escritura no corre por haberse presentado el certificado catastral adulterado el nombre del tradente' y a continuación firma y sello del Notario. En el reverso del folio donde lo anterior aparece, se observan dos notas que dicen: 'La nota que dice esta escritura no corre, no vale', 'ver Escritura 1.910 de julio 12 de 1976'. Después de un espacio en blanco y en hoja diferente aparecen las firmas de Elvira Escobar de Restrepo, Jorge Enrique Arango Vallejo y Jorge A. Ocampo. Se anota que en la hoja en donde aparecen las anteriores firmas ni siquiera se dijo a qué acto correspondían, obsérvese que se dejó esta incompleta anotación: 'corresponde a la escritura pública número ... de ... de ... de 1975' (véase folio 6 cuaderno principal).

"La realidad es que este instrumento no autorizado por Notario ni firmado por los contratantes, no adquirió jamás la calidad de escritura pública y es inexistente como tal, como es inexistente el acto jurídico a que estaba dirigido, inexistencia que no requiere pronunciamiento alguno. 'Artículo 100. El instrumento que no haya sido autorizado por el Notario no adquiere la calidad de escritura pública y es inexistente como tal...'. (Decreto 960 de 1970)".

3. Por cuanto toca con la Escritura número 1.910, advierte el sentenciador, la situación es otra.

Con base en lo prescrito por el artículo 103 del citado Decreto-ley de 1970, Fernando García Lloreda pretendió mediante ese instrumento "aclarar" la Escritura número 4.728, diciéndose representante de Granvivienda. Mas por ese artículo está dispuesto que "una vez autorizada la escritura, cualquier corrección que quieran hacer los otorgantes deberá consignarse en instrumento separado, con todas las formalidades necesaria y por todas las personas que intervinieron en el instrumento corregido, debiéndose tomar nota en éste de la escritura de corrección".

De lo cual concluye el Tribunal: "Es a todas luces ilegal el acto jurídico llevado a cabo mediante la Escritura número 1.910 de 12 de julio de 1976, porque en forma por demás insólita a través de la misma se pretendió 'aclarar' y 'ratificar' un *no acto jurídico* de una inexistente escritura. Sólo cabe 'aclarar', 'ratificar' o 'corregir' la escritura que existe, es decir, lo que ha sido autorizada por Notario. Luego la declaración de nulidad de esta escritura es atinente, como lo es la de los registros que surgieron a raíz de la misma...".

4. En seguida examina el sentenciador lo concerniente a la integración del contradictorio, sobre lo cual dice:

"En su alegato ante esta instancia el apoderado de la parte demandada. . manifiesta que debió citarse a la Corporación de Ahorro y Vivienda del Valle, como tercer interviniente en la Escritura número 4.728, citación importante para que se integrara el contradictorio...

"La citación que ordena el artículo 83 (del Código de Procedimiento Civil) para integrar el contradictorio debe hacerse cuando se pretende la declaratoria de nulidad de un negocio jurídico, no siendo necesaria en el caso materia de estudio, en que ni siquiera cabe hacer un pronunciamiento de inexistencia de la Escritura número 4.728 tantas veces citada, debiéndose confirmar la sentencia, pero haciéndose la salvedad que con relación a la misma, por ser inexistente, no cabe hacer pronunciamiento —repítese— de nulidad".

5. Por último, estudia el Tribunal lo tocante con las restituciones mutuas que deben hacerse las partes, advirtiendo que cada una "tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato invalidado".

Y, en fin, califica de poseedora de buena fe a la sociedad demandada, para los efectos de las restituciones que debe hacer.

III

La demanda de casación

Seis cargos formula la parte recurrente, todos por la primera causal.

De ellos sólo será estudiado y despachado el primero, que está llamado a prosperar.

Primer cargo. Está planteado así: "Violación por aplicación indebida de los artículos 100 y 45 del Decreto 960 de 1970; 40 del Decreto número 1250 de 1970; 739, 1746, 961 y 964 del Código Civil; y por falta de aplicación del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil".

Explica el impugnador que en la Escritura número 4.728 del 5 de julio de 1975 intervinieron como otorgantes, no solamente Elvira Escobar de Restrepo, demandante en el proceso, y Granvivienda, única demandada, sino además la *Corporación de Ahorro y Vivienda del Valle*, entidad que no fue llamada al litigio. Agrega que la citada escritura contiene, además de la venta hecha por Elvira Escobar de Restrepo a Granvivienda, un acto jurídico importante, cual es la subrogación en cabeza de Granvivienda de la obligación, con garantía hipotecaria sobre la casa vendida, que pesaba sobre Alonso José Murgueitio Restrepo y Olga Lucía Escobar de Murgueitio, a quienes expresamente se liberó de tal obligación. Y concluye que, por lo tanto, el contradictorio no quedó bien integrado sin que se demandara también a la Corporación acreedora, la cual compareció al otorgamiento de la mencionada escritura y expresó: "Que sin causar novación alguna al contrato de hipoteca celebrado entre 'La Corporación' como acreedora y los señores *Alonso Murgueitio Restrepo y Olga Lucía Escobar de Murgueitio*, como deudores... y haciendo formal reserva de la hipoteca constituida por dicha escritura, *acepta* a la sociedad Grancolombiana de Vivienda Limitada –GRAN VIVIENDA. . de las condiciones civiles conocidas, como deudora en todas y cada una de las obligaciones contenidas en la citada escritura en lugar de *Alfonso Murgueitio y Olga Lucía Escobar de Murgueitio...*".

Y para mayor claridad agrega el censor: "En otros términos: el desconocimiento de la escritura por inexistencia y la orden de su cancelación y la del registro, no podían realizarse sino con la presencia del acreedor hipotecario que intervino en dicho acto y celebró en él una convención cuya eficacia vino también a desconocerse, sin su citación. El desconocimiento aludido, la rescisión, la simulación, etc., de actos, como la nulidad, no pueden ser materia de pronunciamiento jurisdiccional sin la presencia de todos los que intervinieron en su formación, pues si se provee en ausencia de uno cualquiera, en virtud de que la sentencia no lo perjudica según el artículo 17 del Código Civil, seguirá existente el acto respecto a él e inexistente para los restantes, lo que repugna a la lógica jurídica".

Consideraciones de la Corte

1. *Por el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil está dispuesto que "cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal, no fuera posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todos o dirigirse contra todos...".*

El Tribunal consideró que este artículo no era aplicable al caso del proceso, porque no se trata de "la declaratoria de nulidad de un negocio jurídico", sino de "hacer un pronunciamiento de inexistencia de la Escritura número 4.728 tantas veces citada".

2. *Por varios aspectos es equivocada esta conclusión del sentenciador de segundo grado:*

a) En primer lugar, por el artículo 83 no distingue entre la nulidad y la inexistencia, sino se refiere a toda relación o acto jurídico respecto de los cuales no sea posible un pronunciamiento de mérito sin la comparecencia al proceso de quienes sean sujetos de tal relación o hayan intervenido en dicho acto, sin hacer tales distinciones;

b) En segundo lugar, porque si bien es cierto que el Tribunal consideró inexistente la Escritura número 1.732 y el contrato de que da cuenta, no lo es menos que declaró nula la número 1.910 y la aclaración que contiene, al confirmar los numerales 3º y 4º de la sentencia del Juez a quo;

c) En tercer lugar, porque en lo atinente con la Escritura número 1.728, la sentencia acusada no se limita a estimar inexistente ese instrumento y la compraventa a que se refiere sino que además ordena la cancelación de ambas escrituras y de sus inscripciones en el registro.

3. *Cuando varios sujetos forman litis consorcio necesario, el contradictorio no queda integrado sino se los demanda y cita al proceso a todos ellos. En el caso de faltar alguno, no puede el Juez pronunciar sentencia de mérito, sino inhibitoria. Y es claro que si un instrumento público contiene no sólo un contrato de compraventa, sino también una novación por cambio del deudor, y en la celebración de tales actos intervinieron tres personas distintas y se pide la invalidación tanto de la escritura como de su contenido, el Juez habrá de inhibirse si el contradictorio se integra únicamente con dos de esas personas, que fue lo ocurrido en el caso de este proceso.*

4. *Y no se diga que, como según el Tribunal se trata de una escritura y un contrato inexistentes, no nulos, inexistencia que no requiere declaración judicial, porque surge con evidencia de las condiciones del instrumento, el acreedor que aceptó la novación no tiene por qué ser demandado. A más de que, como quedó dicho, no cabe hacer distinción entre inexistencia y nulidad para los efectos del artículo 83, la sentencia acusada toma disposiciones según las cuales la novación tampoco existe y, por lo tanto, la escritura y su registro deben ser cancelados. Nadie podría negar el interés que el acreedor tiene en la novación que celebró y la necesidad que hay de demandarlo y citarlo al proceso.*

5. En su réplica a la demanda de casación, el opositor sostiene que era innecesario demandar a la *Corporación de Ahorro y Vivienda del Valle*, acreedora que aceptó la novación, pues la hipoteca constituida a su favor no se afecta en absoluto al estimarse inexistente la Escritura número 4.728: el bien hipotecado puede perseguirse igualmente sea quien fuere el titular del dominio sobre él.

Ciertamente la hipoteca, o sea la obligación accesoria, no se afecta por el hecho de cambiarse la persona del propietario del inmueble gravado. Pero la obligación principal, que fue objeto de novación por cambio del deudor, sí se afecta con la declaración de ser inexistente el pacto novatorio y con la orden de cancelación de la escritura y su registro. No se pueden hacer estos pronunciamientos sin haberse demandado y citado al proceso al acreedor que aceptó novar, porque éste es un litis consorte necesario.

El cargo, por lo tanto, prospera.

IV

Sentencia de instancia

En su demanda de casación, el recurrente solicita que "se case la sentencia de 18 de enero del año en curso... en cuanto confirmó los numerales 3º a 11 de la proferida el 30 de octubre de 1978 por el Juzgado Décimo Civil del Circuito (de Cali)".

Dedúcese de lo transcrito que el recurrente aspira a que la Corte, casando la sentencia acusada, deje en pie en la de reemplazo los numerales 1º y 2º de la sentencia invalidada.

No bastante, la Corte no podría reproducir, en su fallo de reemplazo, estos dos numerales de la sentencia del Tribunal, pues tratándose, como se trata, de que el proceso ordinario se originó con una *demanda inepta*, por cuanto la actora omitió demandar a la *Corporación de Ahorro y Vivienda del Valle*, falta uno de los presupuestos procesales indispensables para pronunciar sentencia de mérito, y éstos son de orden público.

El principio de la no reformatio in pejus, como es sabido, no es absoluto. En casos excepcionales puede la Corte, como Juez de instancia luego de casar una sentencia, modificar la del a quo aún en la parte que no fue objeto del recurso de apelación, por no ser desfavorable al apelante. Uno de tales casos es el de que vaya envuelta una cuestión de orden público, como son los presupuestos procesales. Ciertamente no podría la Corte inhibirse por ineptitud de la demanda y, a la vez, dejar en firme decisiones de fondo pronunciadas en la sentencia acusada.

En consecuencia, la Corte se declarará inhibida para pronunciarse de mérito sobre las cuestiones debatidas en este proceso, y no confirmará ni revocará, en ninguna de sus partes, lo resuelto en la primera instancia.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia objeto del recurso extraordinario, dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, y en su lugar, procediendo en instancia, revoca en todas sus partes la pronunciada por el Juez Décimo Civil del Circuito de Cali y decide: *Declárese inhibida* para proferir sentencia de mérito en este proceso, por falta de integración completa del contradictorio.

Las costas de primera y segunda instancia son de cargo de la parte demandada. Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Luis H. Mera Benavides
Secretario.

CONTRATO DE TRANSPORTE DE COSAS

Cómo se prueba. Responsabilidad del transportador por incumplimiento del contrato. El asegurador se subroga en los derechos del asegurado indemnizado contra el autor del daño hasta concurrencia de su importe.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Alberto Ospina Botero.

Bogotá, 9 de octubre de 1980.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 22 de febrero del año en curso, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso ordinario de la Compañía Skandia Seguros de Colombia S. A. contra la sociedad Transportes Sisu Tolima Limitada.

Antecedentes

I. Por demanda presentada el 2 de noviembre de 1978, que por repartimiento le correspondió al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, solicitó la mencionada sociedad Skandia que con intervención de la sociedad de Transporte Sisu, se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que se condene a la referida sociedad demandada a pagarle a la sociedad demandante la suma de un millón veinticuatro mil ciento sesenta pesos ($ 1.024.160), por concepto del "valor de las mercancías" entregadas a aquélla por Cartón de Colombia para su transporte de Buenaventura a Cali;

b) Que se condene a la sociedad demandada a pagarle a la compañía demandante "el equivalente al 25% del total de la mercancía perdida como indemnización adicional de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1031 del Código de Comercio";

c) Que se condene a la demandada a pagar intereses del dos y medio por ciento (2.5%) mensual sobre la suma de que tratan las dos peticiones precedentes a partir del 14 de junio de 1978, "fecha en que Skandia Seguros de Colombia S. A., indemnizó al asegurado hasta la fecha en que se efectúe el pago de la suma principal";

d) Que se condene en las costas del proceso a la parte demandada.

II. La pretensión descansa en los presupuestos de hecho que a continuación se relacionan:

a) El 12 de diciembre de 1977, con motivo de un contrato de transporte celebrado entre Cartón de Colombia S. A. y Transportes Sisu Tolima Limitada, aquélla le entregó a ésta, según orden de descargue número 112553 de la Empresa Puertos de Colombia, 800 bultos de dióxido de titanio, con un peso total de 16.615 kilos, cargamento que recibió la sociedad transportadora en su oficina de Buenaventura a través del conductor Luis E. Martínez, "quien conducía el vehículo doble troque, color gris, de placas NF-3281, afiliado" por su propietario a Conaltra;

b) El conductor del vehículo Luis E. Martínez firmó el recibo de la carga como aparece en la planilla única de carga y, a pesar de que han transcurrido más de 10 meses desde la fecha en que Transportes Sisu Tolima Limitada, recibió el cargamento antes descrito, la mercancía "no ha sido entregada en las bodegas de Cartón de Colombia en la ciudad de Cali, como se había contratado";

c) "En varias oportunidades tanto Cartón de Colombia S. A., como diversos apoderados de Skandia Seguros de Colombia S. A., aseguradores de la carga, han solicitado por escrito y personalmente a la Empresa Transportes Sisu Tolima Limitada, el pago del cargamento no entregado, pero sin embargo se han negado a reconocer el mismo";

d) Con motivo del contrato de seguro celebrado entre Skandia y Cartón de Colombia y de

la pérdida de la mercancía, la compañía aseguradora le pagó al asegurado Cartón de Colombia la suma de un millón veinticuatro mil ciento sesenta pesos ($ 1.024.160);

c) "De acuerdo con el hecho anterior Skandia Seguros de Colombia S. A., se encuentra legalmente subrogada en todos los derechos de Cartón de Colombia S. A., a tenor de lo dispuesto por el artículo 1095 (sic) del Código de Comercio por el documento aportado y por ministerio de la ley". Y de conformidad con el artículo 1080, de la misma obra, la empresa transportadora se encuentra obligada a pagar el valor de la mercancía recibida y no entregada a su destinatario;

f) La empresa transportadora se ha negado al pago del valor de la mercancía por ella recibido, alegando caso fortuito o fuerza mayor, pero "es a ella a quien corresponde probar estos hechos previa sentencia judicial que los declare y por lo tanto la responsabilidad recae totalmente sobre Transportes Sisu Tolima Limitada, de acuerdo al (sic) artículo 992 del Código de Comercio".

II. En oportunidad procesal, la sociedad demandada consignó en escrito de 6 de febrero de 1979 su respuesta al libelo demandatario, en el sentido de desconocer los hechos, por lo que patentizó oposición a las súplicas y formuló las excepciones que denominó de "inexistencia del crédito subrogado a cargo de la parte demandada", "ilegitimación en causa, o mejor, falta de interés ad causam en la persona del demandante", y "extinción de la obligación".

IV. Tramitada la primera instancia, el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali le puso fin con sentencia de 25 de julio de 1979, parcialmente favorable a la parte demandante, pues mediante ella se hicieron las siguientes declaraciones y condenas:

"1ª Declárase no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

"2ª Como consecuencia, declárase responsable a la sociedad Transportes Sisu Tolima Limitada, representada por su Gerente Humberto Navia T., de la pérdida de la mercancía que se le entregara para ser transportada por la sociedad Cartón de Colombia S. A.

"3ª Condénase a la sociedad Transportes Sisu Tolima Limitada, a pagar a la sociedad demandante, como subrogataria de los derechos del asegurado, la suma de un millón veinticuatro mil ciento sesenta pesos ($ 1.024.160), valor de la indemnización que ésta tuvo que pagar por concepto del siniestro a la compañía Cartón de Colombia S. A. Pago que debe efectuarse dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

"4ª Condénase en costas a la parte demandada".

V. Inconforme la parte demandada con la resolución precedente, interpuso contra ella el recurso de apelación, al cual se adhirió luego la parte demandante, habiendo culminado la segunda instancia con sentencia del 22 de febrero de este año, mediante la cual se revocó la del *a quo*, se negaron las súplicas de la demanda y, consiguientemente, se absolvió de ella a la sociedad opositora, lo que dio lugar a que la parte actora interpusiera el recurso extraordinario de casación, que la Corte procede a resolver.

La sentencia del Tribunal

La motivación de esta sentencia empieza por resumir la pretensión, pues dice que se funda, según los hechos de la demanda, en que entre las sociedades Cartón de Colombia S. A. y Transportes Sisu Tolima Limitada, se celebró un contrato de transporte mediante el cual la última se obligó a transportar 800 bultos de dióxido de titanio desde Buenaventura hasta la ciudad de Cali; pero como tal mercancía no fue entregada en el lugar de su destino, "la sociedad actora tuvo que pagar el valor de dicha mercancía a Cartón de Colombia S. A., por razón del contrato de seguro que tenía celebrado" con esta última para amparar los riesgos.

Agrega el Tribunal que como la pretensión de la parte demandante "se ubica en el campo de la responsabilidad contractual", puesto que alega incumplimiento de la sociedad demandada con sus obligaciones respecto del contrato de transporte, el punto medular para decidir el litigio, consiste "en analizar si se celebró el contrato de transporte que la actora alega como incumplido por parte de la sociedad demandada. Esto es obvio, porque debe demostrarse la existencia del contrato que es fuente de la obligación incumplida".

Definido por el Tribunal que se trata de un contrato regido por el Código de Comercio, afirma que según el artículo 981 de dicho estatuto, "para que se entienda celebrado el contrato de transporte en relación con los lugares entre los cuales se va a producir; en relación con el medio que se va a emplear; en relación con el plazo en que se va a realizar el transporte y, finalmente, en relación con el precio que se obliga a pagar

el remitente al transportador por el transporte que se vaya a realizar".

Situado el Tribunal en este punto, afirma lo siguiente: "En el presente litigio, según el hecho 1º de la demanda, se pretende probar ese contrato de transporte, entre Cartón de Colombia S. A., como remitente y Transportes Sisu Tolima Limitada como transportador, con los documentos que obran a folios 15 a 20 del cuaderno principal, y que fueron presentados por la sociedad actora con su libelo demandatorio. ... Pero tales documentos fueron presentados en copias xeros, es decir, en reproducciones mecánicas y no en sus originales. Esos documentos exhiben todos una constancia de autenticación extendida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Menores de Buenaventura que simplemente dice lo siguiente: 'es fiel xeroxcopia tomada de su original. Buenaventura, abril 25 de 1978'. ... Ese texto de la actuación judicial que se realizó con el fin de autenticar tales documentos está indicando muy a las claras que tal actuación judicial fue incompleta y, por lo tanto, la aportación de tales documentos al proceso no tiene validez porque no se hizo en la forma ordenada por la ley".

Con apoyo en lo preceptuado por el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil, el cual transcribe, agrega el Tribunal que, "como se ve, el legislador fue muy cauteloso al reglamentar el asunto de la aportación al proceso de copias de documentos, especialmente cuando se trata de transcripción o reproducción mecánica, pues en este caso exigió que la autenticación que del documento haga un Juez o un Notario debe estar acompañada de una actuación consistente en el cotejo, es decir, en la confrontación del documento. De tal manera que la autenticación, para que tenga validez, debe aparecer con la constancia de que el funcionario realizó el cotejo ordenado por la ley.

"Ese cotejo en los documentos mecánicamente reproducidos tiene marcada importancia porque, en los casos en que las circunstancias así lo requieran, el funcionario que hace la autenticación expresará el estado material que ostente el documento copiado. Tal podrá ocurrir, por ejemplo, cuando el original copiado muestre enmendaduras; igual podrá ocurrir cuando el documento copiado, a pesar de que tenga antefirma, no exhiba firma alguna, y así otras circunstancias por el estilo.

"Así, pues, los mencionados documentos que obran a folios 15 a 20 del cuaderno principal no fueron válidamente aportados al proceso en razón del defecto por ausencia de cotejo de que se acaba de hablar.

"Entonces aunque tales documentos no fueron objeto concreto de tacha de falsedad por la parte demandada, ellos no adquirieron el reconocimiento ficto que se contempla en el numeral 3º del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil".

Más adelante el *ad quem* sienta la apreciación siguiente:

"Y si en gracia de discusión llegare a admitirse que los aludidos documentos tuvieron una aportación válida al proceso, forzoso es concluir que respecto de ellos no se produjo el reconocimiento implícito que se contempla en el citado numeral 3º del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, pues este reconocimiento sólo tiene lugar cuando el documento aparece suscrito o manuscrito por la parte contra quien se opone, según afirmación de quien presenta el documento. Pero al revisar los documentos que obran a folios 15 a 20 del cuaderno principal, en donde el actor dice que aparece el contrato de transporte celebrado entre Cartón de Colombia S. A. y la sociedad demandada Transportes Sisu Tolima Limitada, no se encuentra en ellos firma de representante alguno de la parte demandada. Unicamente en el documento que obra a folio 17 del cuaderno principal que se denomina Orden de Cargue número 149358 y que tiene un rótulo de Puertos de Colombia, aparece un sello que dice: "Transportes Sisu Tolima Limitada", pero sin ninguna firma que signifique la suscripción de tal documento por parte de la sociedad demandada. Y en el documento que obra al folio 18 del cuaderno principal, y que se distingue como Cumplido número 8545 A, tampoco aparece firma alguna de la sociedad demandada o de persona a nombre de esa sociedad.

"De ahí, pues, que con tales documentos no se demuestra el contrato de transporte que se alega como base para la pretensión de la actora, pues en ellos no consta contrato alguno entre la sociedad Cartón de Colombia S. A. y la sociedad demandada, fuera de que en tales documentos tampoco aparece actuación con firma de la sociedad Cartón de Colombia S. A., a través de algún representante de ésta".

Continúa el sentenciador de segundo grado en el examen de la prueba atinente al contrato de transporte y en esta labor se ocupa del interrogatorio de parte rendido por el representante de la sociedad demandada Carlos Humberto Navia Hernández, respecto del cual dice que "negó a

no aceptó los hechos por los cuales se le interrogó en las preguntas primera a sexta del cuestionario presentado por la parte actora, anotándose que la pregunta segunda no se le formuló. La pregunta séptima que se le formuló y la respuesta que el interrogado dio dicen: '7ª Sírvase informarnos si es cierto, sí o no, que Transportes Sisu Tolima, no entregó la mercancía a que se ha aludido a través de esta diligencia o sea los 800 bultos conteniendo (sic) dióxido de titanio'.

"'A la 7ª dijo: la mercancía no fue entregada'.

"Para hacer una exacta apreciación de esta respuesta es necesario tener en cuenta que el interrogado había negado todos los puntos que se le formularon en las preguntas precedentes, relacionadas con el contrato de transporte que se describe como base para la demanda. De modo que al analizar esa respuesta a la pregunta 7ª, es necesario concluir que allí el interrogado no está aceptando la celebración de un contrato de transporte entre Cartón de Colombia y la empresa por él representada, sino que simplemente responde que la mercancía a que alude la pregunta no fue entregada.

"En modo alguno esa manifestación significa aceptación de la celebración del contrato de transporte que en esta providencia se ha venido estudiando; esa frase de la respuesta referida sólo indica el conocimiento que el interrogado tiene de que la mercancía por la cual se le preguntó no fue entregada. Pero en su frase no aparece aceptación de la celebración del contrato.

"Aún más, la frase en su ambigüedad también podría significar que el interrogado está diciendo que a él no se le entregó la mercancía a que la pregunta alude".

Concluye el Tribunal que no estando demostrada la existencia del contrato de transporte que se alegó celebraron Cartón de Colombia y la sociedad demandada, "carece de base la pretensión" de la parte demandante.

El recurso de casación

Con fundamento en la causal primera, dos cargos formula la parte recurrente contra la sentencia del Tribunal. Se estudia el segundo por estar llamado a prosperar.

Cargo segundo. Lo hace consistir en quebranto indirecto de los artículos 981, 982, 992, 1030 y 1031 del Código de Comercio, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

El yerro fáctico que el censor le achaca al *ad quem*, lo fundamenta en dos aspectos: en la falta de fidelidad objetiva de la prueba de confesión y en la omisión de otros medios de convicción.

Respecto del primer yerro que le imputa al Tribunal, o sea, el de haber cercenado la prueba de confesión, afirma que "si se analiza la diligencia de interrogatorio de parte rendida el 18 de abril de 1979 (folio 3 cuaderno 2º) por Carlos Humberto Navia Hernández, representante legal de Transportes Sisu Tolima Limitada se tiene que el Tribunal de Cali incurre en un evidente error de hecho al afirmar que en las preguntas primera, tercera, quinta y sexta '*había negado* todos los puntos que se le formularon', pues basta confrontar el interrogatorio para observar que el exponente *no niega*, simplemente responde que no le consta por cuanto él no se encontraba en Buenaventura cuando los hechos ocurrieron.

"Mucho trecho existe de negar la existencia de un hecho a afirmar que no le consta el mismo de ahí que cuando se le formuló la pregunta 7ª, pregunta clave, e interrogársele acerca de si había entregado la mercancía ya no vino a responder, siguiendo la tónica anterior que no le constaba, como perfectamente había podido hacerlo, *sino que la mercancía no fue entregada*, respuesta que corresponde a una circunstancia que a él sí le constaba pues como representante legal de la empresa transportadora estaba al tanto de que esa mercancía se encontraba desaparecida de ahí que no existe ninguna base lógica para encontrar en esa respuesta la aceptación, implícita obviamente, pero muy clara de la existencia del contrato de transporte.

"Pero es más, si el honorable Tribunal de Cali no hubiese procedido con la ligereza en que lo hizo en el análisis de esta prueba y hubiera constatado la pregunta siguiente, la octava, ya ninguna duda acerca de la aceptación del contrato de transporte podía quedar.

"La pregunta octava decía: 'Sírvase informarnos que diligencias ha adelantado Transportes Sisu Tolima, tendientes a la recuperación de la carga que no ha podido entregar a Cartón de Colombia en Yumbo'. A la 8ª dijo: '*Yo sé que se está adelantando una investigación manejada por el doctor Hugo Jaramillo, no sé de que carácter será.*

"Más claridad no es posible. Si existe una investigación es porque la mercancía, como lo

había confesado en la pregunta anterior *no había sido entregada*, no a Transportes Sisu, como lo insinúa el Tribunal de Cali sino a Cartón de Colombia como claramente se le preguntó y no pudo negar, mal podía hacerlo, el interrogado.

"Si esa investigación por la no entrega de la mercancía a Cartón de Colombia se le encomendó precisamente al abogado que lo representa judicialmente, el doctor Hugo Jaramillo, si existen cartas, a las cuales nos referiremos más a espacio donde el encargado de la investigación habla de los esfuerzos para localizar esa mercancía, ¿podrá dejarse de apreciar todo ese material probatorio para empecinarse en sostener la no demostración del contrato de transporte?

"A todas luces no. Del interrogatorio de parte, en especial de las preguntas séptima y octava surge claramente la demostración del mismo y mal puede premiarse la labor obstaculizadora de la administración de justicia en que desde un primer momento se empeñó la parte demandada cuando al contestar la demanda lo hizo en forma evasiva, sin afrontar el reconocimiento o no de los hechos alegados como era su deber, conducta que persistió en el interrogatorio de parte cuando con respuestas evasivas las más de las veces se pretendió eludir toda referencia al contrato de transporte, maniobra que afortunadamente falló en las preguntas 7ª y 8ª en las que quedó de bulto evidenciada la existencia del contrato.

"Prueba, entonces, la confesión la existencia del contrato de transporte que como ya se vió no exige ninguna formalidad especial para su estructuración y por lo mismo si el Tribunal de Cali no le quiso dar valor, injustificadamente, como ya se demostró a la prueba documental del mismo, se le ha debido dar a la de confesión estimándola en forma objetiva y fiel, pues si lo hubiera hecho, por este medio hubiese tenido que dar por estructurada la prueba del contrato de transporte".

Con relación al segundo aspecto, vale decir, al yerro de hecho por omisión de prueba en que incurrió el Tribunal, dice la sociedad recurrente:

"En efecto, aportadas como pruebas documentales con la demanda sin que hayan sido objeto de tacha aparece una carta dirigida el día 21 de junio de 1978 a Carlos Humberto Navia por quien fuera apoderado de Skandia Seguros de Colombia en este proceso, el doctor Eduardo Henao, carta en la cual claramente se refiere a la 'pérdida del cargamento entregado a ustedes por Cartón de Colombia S. A.' y solicita una entrevista, para efectos de obtener un arreglo en orden al pago de la mercancía extraviada.

"Esta carta no la responde el doctor Carlos Humberto Navia, a quien estaba dirigida dado su carácter de representante legal de Transportes Sisu Tolima Limitada, sino que con fecha 7 de julio de 1978 y con copia para Sisu Tolima Limitada, la contesta el doctor Hugo Jaramillo por encargo que le hiciera el Gerente de Transportes Sisu, mandato que dicha persona reconoce en su interrogatorio de parte cuando dijo que encargó de la investigación precisamente al doctor Hugo Jaramillo de ahí que existe la plena prueba en el proceso de que esas cartas las recibió y ordenó contestar la parte demandada de ahí que su contenido la vincule y le sea oponible.

"Dice la misma:

"'Acusamos recibo de su comunicación relativa al negocio de la referencia y a ella damos respuesta *por encargo de nuestro cliente Transportes Sisu Tolima Limitada*.

"'En realidad, estuvimos con ustedes en *conversaciones tendientes a un arreglo entre las partes por la pérdida de la mercancía cuyo transporte se encomendó a nuestros clientes*, con buen ánimo conciliatorio pero sin que ello haya implicado en ningún momento aceptación de responsabilidad. Por parte de Transportes Sisu Tolima se continúa con algunas pesquisas tendientes a obtener información sobre el paradero de la mercancía en mención y su recuperación, lo cual parece estar muy cerca de una feliz culminación'. (Folio 22, cuaderno 1º)

"No vio el Tribunal de Cali esta importantísima prueba, para nada le consideró en su fallo no obstante haber sido debatida en primera instancia donde de manera por demás inexplicable el habilidoso abogado de Transportes Sisu pretendió desconocerle todo valor argumentando que no estaba probado el mandato y que esa carta en nada comprometía a la Empresa Sisu Tolima. (Folio 6, cuaderno del Tribunal).

"Y esa carta, o mejor esas dos cartas referidas, analizadas junto con la confesión, pregunta octava del interrogatorio del representante legal de la entidad demandada, contienen la prueba plena, total del contrato de transporte y, lo que es más importante, de su incumplimiento que aquí aparece aceptado de bulto".

Se considera:

1. *El contrato de transporte, según la legislación comercial, consiste "en que una de las*

partes se obliga con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario" (art. 981 Código de Comercio).

2. *El avance de la industria del transporte y, por ende, el sinnúmero de convenciones que a diario se celebran, ha contribuido a que la legislación se mantenga dentro de cierta órbita de amplitud en materia de perfeccionamiento y prueba del contrato de transporte, pues tanto bajo el imperio de la legislación derogada como en el reciente y actual estatuto comercial, el "contrato de transporte se perfeccionará por el solo acuerdo de las partes" y su demostración se hará "conforme a las reglas legales" (art. 981 del Código de Comercio).*

3. *Por tal virtud, en tratándose de la celebración de un contrato de transporte terrestre de cosas, su perfeccionamiento sólo exige el concierto de voluntades y su prueba puede hacerse por cualquiera de los medios legales establecidos en el Código de Procedimiento Civil (artículos 822 y 981 del Código de Comercio), máxime cuando no se expida carta de porte, pues cuando ocurre lo contrario tal documento facilita la prueba, como quiera que hace fe de la celebración del contrato, de sus condiciones, del recibo de la mercancía, del peso, cantidad, volumen, dimensión y embalaje de la misma, así como del número de bultos" (artículo 1031 del Código de Comercio).*

4. En orden a demostrar la sociedad demandante el contrato de transporte de cosas, celebrado entre Cartón de Colombia S. A. y Transportes Sisu Tolima Limitada, referente a la movilización de 800 bultos de dióxido de titanio del Puerto de Buenaventura a Yumbo, adujo al proceso, entre los varios elementos de convicción, interrogatorio de parte, rendido por Carlos Humberto Navia Hernández, representante de la mencionada empresa de transportes y, además, copia de las cartas cruzadas entre los apoderados de las partes, las cuales ponen de manifiesto el referido vínculo contractual, como pasa a verse.

Respecto del interrogatorio de parte, si bien es cierto que el Gerente o representante de la sociedad Transportes Sisu Tolima Limitada, respondió a las primeras preguntas expresando desconocer los hechos, no ocurre lo propio con relación a las respuestas dadas a las preguntas 7ª y 8ª, pues en su orden, preguntas y respuestas presentan el tenor siguiente: Pregunta séptima. "Sírvase manifestarnos si es cierto, sí o no, que *Transportes Sisu Tolima*, no entregó la mercancía a que se ha aludido a través de esta diligencia o sea los 800 bultos conteniendo (sic) *dióxido de titanio*?". Respondió: "la mercancía no fue entregada". Pregunta octava. "¿Sírvase informarnos qué diligencias ha adelantado *Transportes Sisu Tolima*, tendientes a la recuperación de la carga que no ha podido entregar a Cartón de Colombia en Yumbo?". Contestó: "Yo sé que se está adelantando una investigación manejada por el doctor Hugo Jaramillo, no sé de qué carácter será".

Con relación a la prueba documental o cartas mencionadas y que se adujeron a la demanda, expresa la primera, o sea la dirigida por el apoderado de la sociedad demandante a Carlos Humberto Navia, Gerente de Transportes Sisu Tolima, lo siguiente: "Habiendo transcurrido ya algunos días de la fecha en que tuvimos nuestra reunión personal en la oficina de Skandia Seguros de Colombia S. A., de esta ciudad, para tratar sobre la pérdida del cargamento entregado a ustedes por *Cartón de Colombia S. A.*, nos permitimos informarles que la compañía que aseguró Skandia Seguros de Colombia S. A., ya ha respondido ante mi cliente, *Cartón de Colombia S. A.*, por el total del cargamento que asciende a $ 1.024.160 y lógicamente estamos interesados en recuperar esta suma en su totalidad y a la mayor brevedad posible.

"Sin embargo comprendemos que se trata de una suma importante y de consideración y como no es nuestro deseo desde ningún punto de vista perjudicarlos en el normal desarrollo de sus negocios, quisiéramos oír de ustedes alguna o varias propuestas sobre la forma como podrían llegar ustedes a cubrir la suma antes anotada a nuestros clientes.

"Eso se les agradecería, que en consecuencia con lo anterior antes de finalizar el presente mes concertaran una cita con el suscrito para tratar este punto y llegar a una transacción favorable".

Por su parte, la sociedad demandada, a través de su apoderado, respondió en los términos siguientes: "Acusamos recibo de su comunicación relativa al negocio de la referencia y a ella damos respuesta por encargo de nuestro cliente Transportes Sisu Tolima Limitada.

"En realidad estuvimos con ustedes en conversaciones tendientes a un arreglo entre las partes por la pérdida de la mercancía cuyo transporte se encargó a nuestros clientes, con buen ánimo conciliatorio pero sin que ello haya implicado, en ningún momento, aceptación de

responsabilidad. Por parte de Transportes Sisu Tolima Limitada, se continúa con algunas pesquisas tendientes a obtener información sobre el paradero de la mercancía en mención y su recuperación, lo cual parece estar muy cerca de feliz culminación.

"Por otra parte quedaron ustedes de hacer una propuesta concreta sobre la posibilidad de que nuestro cliente pagara parte de esa mercancía y ustedes no la han concretado de esta manera.

"Esperamos, pues, en consecuencia, su propuesta concreta sobre el punto para tratarla con ustedes si ella se encuentra dentro de las posibilidades de nuestro cliente".

5. Ciertamente, con las pruebas antes referidas, sin necesidad de comprender otras, se pone de presente el contrato de transporte celebrado entre la sociedad demandada y Cartón de Colombia respecto de la mercancía consistente en 800 bultos de dióxido de titanio, por lo que el Tribunal cometió error evidente de hecho en la estimación de las pruebas, error que lo condujo a quebrantar las normas que se citan en la censura, lo cual impone casar la sentencia atacada, a fin de que la Corte en instancia pronuncie la sustitutiva.

Sentencia de reemplazo

A. *El transportador contrae una obligación de resultado, a virtud de que de conformidad con el artículo 982 del Código de Comercio, está "obligado a conducir a las personas o a las cosas sanas y salvas al lugar o sitio convenido, dentro del término, por el medio y clase de vehículos previstos en el contrato y, en defecto de estipulación, conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en los reglamentos oficiales, en un término prudencial y por una vía razonablemente directa".*

B. *Ajustado el contrato de transporte con sujeción a la legislación comercial, dicho estatuto así mismo dispone que el transportador "responderá de la pérdida total o parcial de la cosa transportada, de su avería y del retardo en la entrega, desde el momento en que ella quede a su disposición" (artículo 1030).*

En el primer evento, o sea, en caso de pérdida total de la cosa transportada, la indemnización a cargo del transportador se sujetará a las reglas siguientes:

a) Cuando se trate de cosas destinadas a la venta, el transportador pagará al precio de la mercancía puesta en el lugar y fecha previstos para la entrega, más un veinticinco por ciento de dicho precio por lucro cesante; y

b) En los demás casos, el transportador pagará la indemnización que se fije por peritos (artículo 1031, Código de Comercio).

En el segundo evento, vale decir, en caso de daño o avería, se tiene que "el daño o avería que haga inútiles las cosas transportadas se equiparará a la pérdida de las mismas. Hallándose entre las cosas averiadas algunas piezas ilesas, el destinatario estará obligado a recibirlas, salvo que fueren de las que componen un juego. En los demás casos de daño o avería, el destinatario deberá recibirlas y el transportador estará obligado a cubrir el importe del menoscabo o reducción, que se regulará teniendo en cuenta el precio de costo y el lucro cesante, de conformidad con lo dispuesto" en el artículo 1031 (artículo 1032 del Código de Comercio).

C. *En frente de la primera hipótesis, o sea, en caso de pérdida total de la cosa transportada, que es la situación que interesa para definir este litigio, dijo la Corte en fallo reciente que "si recibidas por el transportador las mercancías sufren pérdida total o parcial que las haga inútiles, entonces, si la cosa que se transportaba estaba destinada a la venta, aquél pagará el precio de costo de la mercancía puesta en el lugar y fecha previsto para la entrega, más un 25% de dicho precio, por concepto de lucro cesante. Si las cosas no estaban destinadas a ser vendidas el transportador pagará la indemnización que se fije por peritos" (Cas. Civ. de 7 de julio de 1980, aún no publicada).*

D. *En materia de responsabilidad del transportador por incumplimiento del contrato y, más concretamente por la inejecución, o por la ejecución defectuosa, o por la ejecución tardía de sus obligaciones contractuales, sólo podrá exonerarse total o parcialmente "mediante prueba de fuerza mayor, siempre que ésta no se deba a culpa del transportador, de vicio propio o inherente a la cosa transportada o de culpa imputable exclusivamente al pasajero, al remitente o al destinatario". Igualmente se exonera por "el caso fortuito que reúna las condiciones de fuerza mayor" (artículo 992 inciso 1º y final del Código de Comercio). Ni siquiera mediante la estipulación de cláusulas exonerativas se exime al transportador de responsabilidad, pues sólo excepcionalmente autoriza la ley cláusulas limitativas, ya que al efecto el artículo 992 establece que "las cláusulas del contrato que implican la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades,*

se tendrán por no escritas. *Las cláusulas limitativas de esa responsabilidad, aún a título de pena, fijación en una suma determinada del valor de los perjuicios o cualquier otra, sólo producirán efectos cuando se refieran exclusivamente a la simple mora o relacionado por 'riesgos del transporte', o revistan la forma de seguro''. Y entiende la misma ley por ''riesgos del transporte'' todos aquellos ''sucesos fortuitos, previsibles pero irresistibles, propios de esta actividad y que no provengan de culpa anterior del transportador''.*

E. *Ahora bien, el riesgo que corren las cosas cuando son movilizadas con motivo de un contrato de transporte, puede ser amparado por el remitente o por el destinatario o por otras personas (artículos 994, 1036, 1038, 1039, 1117 y ss. del Código de Comercio).*

Cuando por presentarse el siniestro la compañía aseguradora cubre el valor de la respectiva indemnización, por ministerio de la ley, o sea, sin concurrencia de las partes contratantes, el asegurador se subroga en los derechos del asegurado indemnizado contra el autor del daño, pero sólo hasta el valor de la suma pagada, como quiera que al respecto establece la ley que el ''asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro'' (artículos 1096 y 1124 del Código de Comercio).

Como ha sido principio recto en materia de seguros que este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio (artículo 1088 Código de Comercio), es apenas obvio que circunscriba el derecho del asegurador que ha pagado el valor del seguro a obtener, del autor del daño, apenas el monto de la suma pagada y no una cantidad superior.

F. Al confrontar las pruebas que obran en el proceso con las apreciaciones precedentes, resulta lo siguiente:

a) Al despachar el cargo quedó establecido que entre la sociedad demandada y Cartón de Colombia se celebró el contrato de transporte respecto de 800 bultos de dióxido de titanio, como también, que la empresa Transportes Sisu Tolima Limitada, incumplió al no entregar la mercancía a su destinatario;

b) La mercancía transportada fue asegurada mediante contrato celebrado entre Cartón de Colombia S. A. y Skandia Seguros de Colombia S. A., contra los riesgos de ''pérdida total, falta de entrega, avería particular, saqueo, guerra, huelga, asonada, conmoción civil y piratería'', desde Buenaventura hasta Yumbo, según Póliza Automática de Transportes TR-50081, Certificado de Transportes TR-65185 y el Anexo número 1;

c) Con motivo del siniestro, el cual consistió en la no entrega de la mercancía al destinatario Cartón de Colombia, la aseguradora Skandia Seguros de Colombia S. A., procedió a pagarle el 14 de junio de 1978, a la sociedad asegurada, a título de indemnización por no entrega de la mercancía asegurada, la suma de $ 1.024.160, pues sobre el particular se aportaron los finiquitos de liquidación y pago, suscritos por la sociedad beneficiaria;

d) Que en estas condiciones, la compañía aseguradora, por ministerio de la ley, se subrogó en los derechos del asegurado, hasta el monto del valor recibido por éste como indemnización del siniestro, o sea, hasta la suma de $ 1.024.160 y no por indemnizaciones que rebasen este monto;

e) Que apoyándose la pretensión de la parte demandante fundamentalmente en la subrogación legal de que trata el artículo 1096 del Código de Comercio, su pretensión indemnizatoria queda limitada, por imperativo legal, al valor del importe por ella pagado a la sociedad asegurada;

f) Por cuanto la sociedad demandada no ha sido constituida en mora, no procede condena por intereses;

g) No aparece con respaldo legal y probatorio ninguna excepción y menos las alegadas.

G. Viene de lo dicho, que la decisión de primer grado debe confirmarse, con modificación respecto de la condena en costas, que sólo procede proporcionalmente al haber recibido acogimiento parcial la demanda (artículo 392 num. 5 Código de Procedimiento Civil).

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 22 de febrero de este año, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y, actuando como Tribunal de instancia.

Resuelve:

1º CONFÍRMASE la sentencia de 25 de julio de 1979, proferida por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, lo dispuesto en los tres primeros numerales de su parte resolutiva.

2º MODIFÍCASE lo dispuesto en el numeral 4, en el sentido de condenar en costas al demandado en el setenta por ciento (70%).

3º LAS COSTAS de la segunda instancia corren de cargo de la parte demandada, también en el setenta por ciento (70%).

No hay lugar a costas en el recurso extraordinario de casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Luis H. Mera Benavides
Secretario.

CONTRATO DE SEGURO

Indemnización adicional por muerte accidental. No tiene lugar cuando la muerte ha sido causada intencionalmente por otra persona.

La intencionalidad del hecho dañino fuente de la obligación cuya declaratoria se persigue no puede relacionarse con el tema y la preceptiva de la capacidad civil de que trata el artículo 1503 del Código Civil.

Intereses moratorios a cargo del asegurador: La sentencia que ordena el pago del seguro no tiene carácter constitutivo, ni declarativo sino de condena y, por consiguiente, los intereses moratorios a cargo del asegurador se cuentan desde cuando expiró el término de que disponía para objetar la reclamación y no desde la ejecutoria del fallo.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, octubre 10 de 1980.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 8 de junio de 1979 dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso de la referencia.

El litigio

1. En demanda que correspondió al Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, María Elena Meléndez de Pantín trajo a juicio por vía ordinaria a la sociedad Panamerican Life Insurance Company, cuya sucursal está establecida en Colombia, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que la Panamerican debe pagar a la demandante, una vez "se ejecutorie la sentencia que así lo ordene", la suma de $ 300.000, valor del seguro contenido en la póliza 862-446;

b) Que también le debe pagar la suma adicional de $ 300.000, "por haber muerto la asegurada en forma accidental, por causas externas y violentas"; y

c) Que así mismo debe pagarle los "intereses corrientes, más el 6% anual, desde la fecha de esta demanda y hasta que se verifique el pago", además de las costas procesales.

2. La demandante estructuró su causa para pedir en que Guillermo Rodríguez Casas y su señora Beatriz Mejía de Rodríguez tomaron de la Panamerican una póliza de seguro de vida en cuantía de $ 300.000, con doble indemnización por muerte accidental, el 1º de agosto de 1969, póliza que lleva el número 862-446; que el 29 de julio de 1971 la compañía aseguradora emitió un anexo para dejar constancia de que los beneficiarios del seguro serían el sobreviviente y sus hijos Javier y Liliana Rodríguez Mejía; que los asegurados pagaron normalmente las primas del seguro y aun cuando incurrieron en atraso en algunas ocasiones, la aseguradora pagó por ellos las respectivas primas en virtud de la cláusula "préstamos automáticos para evitar caducidad", habiendo efectuado el último pago el 1º de agosto de 1972 por un período de 3 meses; que la cláusula 3ª de la póliza en su inciso 1º concede un período de gracia de 31 días durante el cual la póliza permanecerá en vigor mientras se efectúa el pago de cualquier prima que no sea la inicial, y que la póliza 862-446 tenía suficiente reserva matemática al producirse el siniestro; que el 3 de noviembre de 1972 fallecieron Beatriz Mejía de Rodríguez a las 4:00 a. m., Guillermo Rodríguez Casas, Liliana y Javier Rodríguez Mejía a las 6:00 a. m., todos por lesiones cráneo-encefálicas ocasionadas con proyectil, pues Guillermo Rodríguez Casas "dio muerte violenta mediante arma de fuego" a su señora Beatriz Mejía de Rodríguez y a sus hijos Javier y Liliana Rodríguez Mejía el día 3 de noviembre de 1972;

que el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá reconoció el 2 de abril de 1974 a María Elena Meléndez de Pontón como interesada en el proceso de sucesión de Beatriz Mejía de Rodríguez, por ser su tía legítima, y hasta la fecha y pese a haber reclamado debidamente a la aseguradora, dicha heredera no ha recibido el pago del seguro correspondiente a la mencionada póliza, la que estipula en la condición 6ª, 2º párrafo, que cuando se tengan que efectuar pagos se efectuarán a los beneficiarios si vivieren, o si no, a los herederos legales del asegurado, pago que debe hacerse cuando "se presente la reclamación debidamente acompañada por documentos que demuestren el siniestro", para lo cual debe tenerse en cuenta que al efectuar la reclamación no había beneficiarios vivos por cuanto todos murieron el 3 de noviembre de 1972; que en virtud de la condición 6ª de la referida póliza, *María Elena Meléndez de Pontón* es quien tiene el derecho de demandar el pago del seguro, por ser heredera de la asegurada y por no vivir ningún beneficiario; que la póliza trae un anexo denominado "convenio mancomunado por muerte y desmembración por causa accidental", según el cual cuando la muerte del asegurado se debe a medios externos, violentos y accidentales, la aseguradora pagará adicionalmente una suma igual al valor asegurado; que la póliza 362-446 se expidió bajo la vigencia de la Ley 105 de 1927 y que el artículo 701 del Código de Comercio vigente para esa época estipula que las condiciones de la póliza pueden fijarse al arbitrio de las partes, en cuya virtud ellas acordaron que cuando "no hubiere beneficiarios vivos al momento del pago, éste se hará a los herederos del asegurado"; y que al morir primero la señora Beatriz Mejía de Rodríguez ella "terminé siendo la asegurada" y el señor Guillermo Rodríguez Casas "terminó siendo beneficiario".

2. Con oposición de la parte demandada, que propuso las excepciones de "rescisión o nulidad del contrato" y de caducidad de la póliza, se entabló el debate y se impulsó cabalmente en su primera instancia, con aducción de pruebas y alegaciones de las partes, hasta culminar con sentencia del 14 de septiembre de 1976, complementada el 17 de diciembre del mismo año, que dispuso condenar a la aseguradora a pagar a la demandante la suma de $ 300.000, por concepto del valor del seguro contenido en la póliza de la referencia, en el término de 6 días a partir de la ejecutoria del fallo, con los correspondientes intereses desde cuando sean exigibles, lo mismo que a pagar las costas del proceso, y negó las demás súplicas de la demanda.

Como ambas partes apelaron de lo resuelto por el Juez, se abrió la segunda instancia ante el Tribunal Superior de Bogotá, en donde después de rituada debidamente, se cerró con fallo del 6 de junio de 1979 que dispuso confirmar el de primer grado con la única modificación de condenar a la parte demandada a pagar a la demandante los intereses de la suma adeudada, a la tasa del 18% anual y computados a partir del momento en que según la sentencia deba pagarse el valor del seguro, hasta cuando el pago se verifique. Y además dispuso complementar la sentencia del Juzgado en el sentido de declarar no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada, condenándola en las costas de la segunda instancia.

Contra este fallo interpuso recurso de casación la parte demandante.

Las motivaciones del fallo impugnado

1. En orden a reseñar estas motivaciones y para el propósito del recurso extraordinario que se está decidiendo, debe tenerse en cuenta que únicamente la parte demandante interpuso casación y que por tanto aquello que se refiere a motivaciones relativas a las condenas ya pronunciadas, y hoy día en firme contra la parte demandada, no merecen mayor comentario por razones de lógica y economía procesales.

2. El Tribunal, después de recontar el litigio y encontrar reunidos los presupuestos procesales, acomete el estudio de la petición principal de la demanda y de las excepciones propuestas por la parte demandada sobre el particular, para concluir que la pretensión es aceptable tal como la acogió el Juzgado de instancia y que las excepciones no son de recibo, y por tanto consigna su conformidad con lo que el Juzgado dispuso al respecto. Y como esta decisión no es materia del recurso de casación que se estudia, pues la parte demandada no lo interpuso contra la sentencia en comentario, simplemente ahora se hace mención de la conclusión a que llegó el sentenciador y que adquirió definitiva firmeza.

3. En cuanto a la segunda súplica o sea la relativa al pago de la doble indemnización en virtud de que la muerte se produjo en forma violenta y por causas externas, el sentenciador observa que la aseguradora se opuso a esa doble indemnización por considerar que la muerte se había causado *intencionalmente por otra persona*, o sea por uno de los asegurados, con lo cual se configuraba una de las excepciones contempladas en la póliza sobre el particular.

Agrega que aun cuando para los testigos Jairo Gómez y Gladys Mejía de Gómez el asegurado Guillermo Rodríguez se encontraba mentalmente mal la víspera del hecho que ocasionó su propia muerte, la de su esposa y sus hijos, ello ni es suficiente para desvirtuar su propia *presunción de capacidad plena*, y que no es de recibo el argumento de que la aseguradora debe demostrar tal capacidad, pues ella se presume y quien alegue lo contrario debe demostrarlo, pues quien pide la doble indemnización "debe probar que la muerte o perturbación se produjo dentro de una de las circunstancias previstas en la póliza. No al contrario, puesto que el hecho de que el artículo 1077 del Código de Comercio consagra a cargo del asegurador la prueba del eximente de responsabilidad, en forma alguna cumbre a desconocer la presunción consagrada en el artículo 1503 del Código Civil. La capacidad se presume legalmente y no probada la incapacidad, ella no requiere prueba alguna". Concluye de lo anterior que debe confirmarse lo resuelto por el Juzgado en cuanto al rechazo de esta petición.

4. Respecto de la pretensión subsidiaria para que se condene a la demandada a pagar a la demandante los intereses corrientes más el 6% anual causados desde la fecha de la demanda hasta cuando se realice el pago, observa que según el artículo 1079 del Código de Comercio el asegurador deberá al beneficiario como indemnización los intereses al 18% anual sobre el monto de la obligación a su cargo.

Aparece que el heredero presentó su reclamo dentro de los límites de la anterior disposición y antes del 25 de octubre de 1974, pero no se sabe cuando exactamente. Y en todo caso se pidió tal prestación a partir de la presentación de la demanda.

Agrega que debe analizarse a la luz de los artículos 38 a 42 de la Ley 153 de 1887 en armonía con el 2036 del Código de Comercio, cuál norma es la aplicable: si la de 1927 o la del actual Código de Comercio, para lo cual debe tenerse en cuenta que los contratos se rigen por las leyes existentes al tiempo de su celebración pero que cuando se trata en el fondo de imponer una sanción no puede concluirse lo mismo. Y que como los intereses son en el fondo una sanción para el asegurador por la no cancelación oportuna del valor correspondiente, debe dársele aplicación al artículo 1080 del Código de Comercio, aun cuando se trate de seguros pactados antes de su vigencia, norma que prevé que el asegurador está obligado a pagar el siniestro dentro de los 60 días siguientes a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite lo pertinente, de acuerdo con el artículo 1077 de la misma obra.

Y para la recta interpretación de dicho artículo, se remite el sentenciador a cuatro hipótesis, de las cuales deben destacarse las que contemplan la situación de que el asegurado o su beneficiario reclamen oportunamente y demuestren el siniestro, pero el asegurador no encuentra que la documentación anexada está correcta, motivo por el cual no se paga el seguro, quedándole al asegurado la vía judicial para obtener el pago correspondiente, o cuando en las mismas condiciones anteriores el asegurador encuentra que existe alguna circunstancia eximente de responsabilidad de su parte, caso en el cual también le quedará expedita al asegurado o al beneficiario la vía judicial pertinente.

Agrega que en las hipótesis propuestas no hay posibilidad de aplicar el artículo 1080 del Código de Comercio "por cuanto en tales circunstancias no habrá seguridad de parte del asegurador ni del asegurado contra la procedencia del pago o rechazo. Si la justicia ordena el primero es desde el mismo momento en que se dispone su cancelación cuando en estricto rigor se puede hablar de mora. Entre tanto solamente existe una situación de latencia, de expectativa que no puede ser sancionada con indemnización moratoria. No fue claro el *a quo* cuando en el auto complementario de la sentencia se refirió genéricamente al pago de intereses sin precisar en qué forma deberían ser liquidados. Por tal razón habrá de modificarse la sentencia en el sentido de que los intereses por mora demandados habrán de ser liquidados, al 18% anual, a partir del momento en que según el numeral 1º de la misma debe pagarse el monto del seguro 'hasta cuando el pago se efectúe'", o sea dispuso que los intereses no correrían sino después de seis días contados a partir de la ejecutoria del fallo.

6. Y por último consideró conveniente adicionar la resolución apelada en el sentido de rechazar expresamente las excepciones de la parte demandada.

Esta es, en síntesis, la sentencia contra la cual interpuso la parte demandante el recurso de casación que ahora ocupa a la Corte.

La demanda de casación

Trae cuatro cargos, todos en el ámbito de la causal primera, que por razones lógicas serán estudiados y decididos en su orden de presentación, con despacho conjunto para los dos últimos.

Primer cargo. Denuncia violación de los artículos 636 del antiguo Código de Comercio, vigente para la época en que se celebró el contrato; 1072, 1077, 1080, 822, 823 y 871 del Código de Comercio; 1622 y 1757 del Código Civil, y 177 del Código de Procedimiento Civil, todos por falta de aplicación y por vía indirecta, a consecuencia de errores de hecho que le imputa al Tribunal en la apreciación de las pruebas.

1. Los errores probatorios los hace consistir así:

El Tribunal apreció en forma errónea la póliza de seguros en lo que respecta a su anexo o convenio por muerte y desmembración por causa accidental, la diligencia del levantamiento del cadáver de Beatriz Mejía de Rodríguez, los testimonios de Jairo Gómez y Gladys de Gómez, el acta civil de defunción de la señora Mejía y la confesión de la parte demandada.

Si el Tribunal hubiera valorado en conjunto y a la luz de la sana crítica, y "de acuerdo con lo que manda el artículo 1622 del Código Civil los medios de convicción mal apreciados" no hubiera incurrido en los siguientes errores evidentes:

a) Decir que no se probó el siniestro para efecto de la doble indemnización o sea que no se probó que Beatriz Mejía de Rodríguez hubiera muerto en forma violenta, por causas externas y accidentales;

b) Encontrar probada la exclusión al sostener que la muerte fue causada por otra persona de manera intencional, cuestión que dedujo al expresar que se hallaba demostrado plenamente que Guillermo Rodríguez Casas era plenamente capaz y que por ello causó la muerte en forma intencional; decir que quien pide la doble indemnización "debe probar que la muerte y perturbación se produjo dentro de las circunstancias de la póliza" y a pesar de que esto se cumplió, no entenderlo así por creer que la póliza exigía igualmente, dentro de ese supuesto, la prueba de que la muerte se causó en forma no intencional; y

c) Decir que la póliza, cuando habla de muerte causada intencionalmente, se refiere al hecho de que la persona sea capaz, con capacidad civil.

2. Desarrolla el censor el cargo manifestando que Gladys de Gómez declaró que la víspera de la tragedia Guillermo Rodríguez Casas mostraba un comportamiento muy raro y su señora le dijo a la declarante que estaba muy preocupada por el estado de ánimo de su esposo y que temía que cometiera alguna locura puesto que él portaba un arma. Y Jairo Gómez refiere que Guillermo Rodríguez dio muerte violenta a su esposa y a sus dos pequeños hijos, de lo cual está plenamente enterado y también de sus antecedentes, por haber sido abogado de Rodríguez, quien últimamente le había comentado estar agobiado por deudas y que los acreedores querían declararlo en quiebra, todo con una situación de desespero y de extremo "nerviosismo" sin que ninguna de las soluciones que le hubiera dado el declarante le hubieran parecido viables y que la víspera de la tragedia Rodríguez estuvo en la casa del testigo y de allí salió muy desesperado, y el día anterior un médico amigo le había inyectado un calmante e insinuado que se hiciera un tratamiento con un especialista en psiquiatría.

Agrega el censor que a pesar de que los testigos dieron la razón de su dicho y formularon su relato en forma exacta y precisa, el Tribunal, con evidente error de hecho, descartó la muerte violenta de Beatriz de Rodríguez, causada por actos externos y accidentales, y no vio el estado de ánimo de su esposo Guillermo Rodríguez para calificarlo como capaz y decir que causó la muerte en forma intencional. "¿Es que puede actuar intencionalmente, con pleno uso de sus capacidades, un individuo que 'se encontraba muy raro en su comportamiento' 'desesperado' y que dos días antes había sido inyectado para lograr tranquilidad?".

A pesar de estos testimonios el Tribunal dice que no hubo siniestro porque no se desvirtuó la presunción de capacidad, artículo 1503 del Código Civil, de Guillermo Rodríguez Casas. En otros términos, el Tribunal dio por probado que la muerte se causó intencionalmente, cuando por el contrario los testigos hablan de una persona que se encontraba en estado de terrible angustia.

En las actas de levantamiento de los cadáveres, así como en los civiles de defunción, aparece irrefragablemente que Beatriz Mejía de Rodríguez murió por medios violentos, externos y accidentales, tal como lo define la póliza en su anexo de doble indemnización.

Además la parte demandada al contestar la demanda confiesa que Beatriz de Rodríguez murió por medios externos violentos y accidentales cuando dijo "como las *lesiones* fueron causadas intencionalmente por don Guillermo" y en su alegato de conclusión manifestó "como se desprende de las declaraciones que obran en el proceso, la muerte de doña Beatriz Mejía de

Rodríguez se produjo por disparos que en forma intencional le hizo su esposo".

Pero el mayor error de hecho del Tribunal fue la manera como entendió el convenio por muerte y desmembración por causa accidental, pues creyó que según su texto, quien reclama la indemnización debe probar que el autor del hecho externo, violento y accidental, en el momento de cometerlo se hallaba en estado de incapacidad, ya que la capacidad se presume según el artículo 1503 del Código Civil, error evidente, pues el texto de dicho convenio indica que lo amparado es la muerte o lesión causada por *medios externos, violentos y accidentales* y que uno de los hechos o circunstancias exclusivas de responsabilidad para el asegurador es el de que dicha muerte o lesión sea causada intencionalmente por otra persona.

3. Es evidente entonces el error del Tribunal al pretender que el convenio de doble indemnización contiene como amparo tanto la muerte o lesión causada por medios violentos, externos y accidentales y que no sea causada por otra persona en forma intencional, pues semejante interpretación riñe con el texto claro del convenio pues obliga al beneficiario a probar la muerte violenta y que ésta la causó otra persona en forma no intencional, según el artículo 1077 del Código de Comercio.

Si el Tribunal hubiera apreciado debidamente el anexo de doble indemnización, hubiera aceptado que el amparo se redujo a la muerte o lesión causada por medios violentos, externos y accidentales, cuestión que debe probar el beneficiario; y que una de las *exclusiones* es la de que esa muerte sea causada *intencionalmente* por otra persona, cuestión esta que debe probar el asegurador para eximirse de su obligación de pagar el siniestro.

4. Y remata el cargo diciendo que por no haber aplicado las normas sustanciales relacionadas en el encabezamiento de la censura, el sentenciador negó la indemnización adicional por muerte accidental y violenta, a favor de la demandante.

Considera la Corte

1. Como la censura viene encarrilada por la vía indirecta y parte de *errores de hecho* que se le endilgan al sentenciador en la apreciación de las pruebas, no es indispensable emprender el examen de la interpretación jurídica que hizo el Tribunal en cuanto al alcance tanto del convenio sobre indemnización adicional por muerte accidental, como a la excepción resultante de que dicha muerte haya sido causada *intencionalmente* por otra persona.

Lo cierto es que el Tribunal llegó a la conclusión de que la carga de la prueba de esta excepción, o sea la demostración de la intencionalidad o no intencionalidad que originó la muerte asegurada, se radica en cabeza del beneficiario del seguro, quien para no verse sometido a que se le aplique tal excepción, deberá comprobar, según el Tribunal, que la muerte no fue causada en forma intencional.

Esta interpretación del sentenciador no ha sido atacada en el contexto del cargo, interpretación que desde luego sólo sería acusable por vía directa ya que con ella no se está desconociendo el texto mismo del contrato de seguro y de sus anexos, y aun cuando será objeto de rectificación doctrinaria más adelante, el despacho del cargo debe partir del entendimiento, así sea jurídicamente equivocado, que el sentenciador dio al mecanismo interpretativo del anexo de doble indemnización y sus excepciones, pues como se dijo tal interpretación, que no revista caracteres fácticos, fue puramente de derecho y toca estrictamente con la determinación de la carga de la prueba en el contrato discutido.

2. En estas condiciones, se observa que *no es exacto, como lo dice el censor, que el Tribunal haya desconocido o ignorado que la muerte de Beatriz de Rodríguez se debió a causas externas y violentas. En este tema están de acuerdo las partes y los falladores.*

Lo que el Tribunal no aceptó es que las lesiones que produjeron el fatal resultado hubieran sido causadas sin intención, *pues las consideró* intencionalmente *causadas por el coasegurado Guillermo Rodríguez, quien después de producir el óbito de su esposa y de sus hijos se suicidó.*

Por tanto, en torno a este factor de intencionalidad *o no* intencionalidad *gira el debate y sobre el cual debe centrarse la acusación.*

3. *El sentenciador no desconoció los testimonios de Juira Gómez y Gladys Mejía de Gómez respecto de que Guillermo Rodríguez "se encontraba mentalmente mal la víspera del hecho que ocasionó su propia muerte, la de su esposa y sus hijos y menos aún que el consenso general halla demencial la conducta de persona que así actúa".*

Pero agregó que tal apreciación no era suficiente para desvirtuar la presunción de capaci-

dad plena que consagra el artículo 1503 del Código Civil.

Y sin discutir por ahora la impropiedad jurídica en que incurrió el Tribunal al querer trasladar del campo netamente civil las nociones de capacidad e incapacidad para enfrentarlas no a actos o declaraciones de voluntad sino a hechos más bien propios del campo doloso o penal, en la posición asumida por el sentenciador se está colejando una presunción, la del 1503 del Código Civil, con dos declaraciones testimoniales.

2. El error de hecho susceptible de dar pie válido a un ataque dentro de la causal primera tiene que ser además evidente y trascendente. La evidencia implica que brille al ojo, o sea que dentro del mismo expediente y sin acudir a razonamientos más propios de instancia que de casación, aparezca irrefutable y nítido.

La sola circunstancia de que el análisis probatorio permita una interpretación bien sea en el sentido en que la acogió el Tribunal o en el que la pretende el censor, no es de por sí suficiente para considerar que el error de hecho se cometió, pues dicho error debe estar singularizado y relievado por la contravidencia que del mismo aparezca en los autos.

De ahí que no encuentre la Corte tal contravidencia, ni menos tal error fáctico, cuando el Tribunal le dio a las declaraciones de los testigos Jairo Gómez y Gladys Mejía de Gómez el alcance de que Guillermo Rodríguez, autor de las cuatro muertes que relata el expediente se encontraba "mentalmente mal la víspera del hecho que ocasionó su propia muerte, la de su esposa y sus hijos" y que según "el consenso general es demencial la conducta de persona que así actúa".

Pero de ahí a que mediante tales declaraciones o mediante las demás pruebas citadas por el recurrente, tales como las actas de levantamiento de los cadáveres en función con la póliza de seguro, se encuentre demostrado que las lesiones ostensiblemente originadas y que produjeron la muerte de toda la familia no fueron intencionales hay un trecho insalvable, pues fácil es apreciar por la forma en que se ocasionaron tales muertes, que en primer lugar Guillermo Rodríguez dirigió el arma contra su esposa y sus dos hijos y luego de consumado lo anterior, la dirigió contra sí mismo, circunstancias que unida a las angustias económicas que para esa época afligían al victimario e inclusive a la de que para ese día podía terminar la vigencia de la póliza de seguro en discusión, muestran una clara intencionalidad en la actitud del homicida, filicida y suicida.

En consecuencia, no es desatinado concluir, como lo hizo el Tribunal, que no fue por accidente sino en forma intencional como se produjeron los cuatro disparos que segaron esas cuatro existencias, concepto accidental que es definitivo para producir y justificar el reclamo y pago de la doble indemnización.

3. Pero sí debe la Corte por vía de rectificación doctrinaria observar al sentenciador que no es ajustado su juzgamiento, cuando se trata de hechos y no de actos jurídicos como fuente de la obligación cuya declaratoria se persigue, traer a cuento el tema y la preceptiva de la capacidad civil que regula, entre otros, el artículo 1503 del Código de la materia, citado e invocado expresamente por el Tribunal, no sólo porque dicho artículo está incorporado dentro del título II del Libro IV del Código en cuestión, que trata "De los actos y declaraciones de voluntad", sin que por el hecho de disparar un arma, bien sea intencional o no intencionalmente, no puede considerarse o catalogarse como un "acto o declaración de voluntad".

El factor que pone en juego la excepción de la póliza de seguro en comentario, no es el de la capacidad o incapacidad civil y ajena *del autor de esas muertes sino el de la intencionalidad del simple hecho dañino, intencionalidad que si bien podría deslindarse de la simple culpabilidad o de la imputabilidad para efectos de la pena correspondiente, en nada atañe al "status" o capacidad civil de las personas. Véase, si no, que el sordomudo que no puede darse a entender por escrito, persona absolutamente incapaz civilmente en relación con actos o declaraciones de voluntad, bien podría causar intencionalmente graves lesiones a un tercero. E igual el disipador interdicto.*

Con la anterior rectificación de doctrina, lo dicho es suficiente para concluir que el cargo no prospera.

Segundo cargo. Denuncia violación, por vía indirecta de los artículos 630, y 663 del anterior Código de Comercio, vigente para cuando se efectuó el contrato; 1054, 1072, 1077, 1080 y 1162, 822, 823 y 871 del Código de Comercio; 1624 y 1757 del Código Civil; 6 y 177 del Código de Procedimiento Civil; y 12 y 29 del Código Penal, por falta de aplicación, y el artículo 1502 del Código Civil por aplicación indebida, todo "como consecuencia "del error de derecho evidente en que incurrió el sentenciador de segunda

instancia al apreciar las pruebas, con resultado definitivo en su fallo".

1. A intento de justificar la censura, pasa el recurrente a relatar así los "evidentes errores de derecho" que le imputa al Tribunal:

1º "Dijo que a la demandante incumbía demostrar que el señor Guillermo Rodríguez Casas actuó en forma no intencional cuando dio muerte a su esposa"; y

2º "Dijo que por presumirse capaz, según el artículo 1503 del Código Civil, el señor Guillermo Rodríguez Casas causó intencionalmente la muerte de su esposa Beatriz Mejía de Rodríguez".

"Estos errores evidentes llevaron al Tribunal a proferir sentencia absolutoria, en cuanto a la doble indemnización", pues si el sentenciador consideró que el convenio de doble indemnización imponía a la demandante la carga de la prueba de que la muerte fue causada por otra persona en forma no intencional, se trataría de una cláusula ambigua, pues si fuere clara no admitiría interpretación distinta de que la muerte causada intencionalmente es una exclusión, razón por la cual debería interpretarse en contra de la compañía que la imprimió, interpretación en contra que no se hizo, con lo cual violó el Tribunal el artículo 1624 del Código Civil.

Agrega que la justicia penal es la única que puede decidir si el autor de los hechos actuó intencional o culposamente, o en estado de enajenación mental, pronunciamiento que no se sabe si se ha producido, ni en qué sentido. Por tanto existe absoluta imposibilidad física para demostrar que el siniestro fue causado voluntariamente por la otra persona, imposibilidad que se predica tanto de la compañía aseguradora como del beneficiario. Y que analizando cuidadosamente los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio en relación con los 1054 y 1162 del mismo y el 663 del Código de Comercio derogado pero vigente para cuando se celebró el contrato, se concluye que el convenio no obliga a la beneficiaria a demostrar la *no intencionalidad* de parte de quien causa la muerte, o sea la pretendida inversión de la carga de la prueba que el Tribunal reconoce como válida no tiene asidero legal. Y si las normas procesales son de orden público, las disposiciones que contravengan lo dispuesto en ese particular se tendrán por no escritas, o sea que el régimen probatorio se sujetará a lo dispuesto en los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil, 1757 del Código Civil y 1077 del Código de Comercio.

Pero al invertir la carga de la prueba u obligar a que se pruebe lo imposible, el Tribunal violó las normas procesales en referencia, lo que influyó definitivamente en su fallo.

2. También, en otro "protuberante error de derecho", el Tribunal dio por demostrado que Guillermo Rodríguez causó la muerte de Beatriz Mejía de Rodríguez en forma *intencional*, pues para llegar a esa conclusión se apoyó en el artículo 1503 del Código Civil y dijo que, según éste, la capacidad se presume y que mientras no se demuestre la incapacidad, aquella no necesita prueba, con lo cual implícitamente está concluyendo que por no haberse desvirtuado la capacidad, la muerte se causó intencionalmente, "craso error de derecho" ya que en primer lugar el artículo 1503 del Código Civil no es aplicable cuando de acciones penales se trata, sino únicamente a los actos y declaraciones de voluntad en materia civil, y en segundo lugar porque al razonar así el Tribunal, olvidó los artículos 12 y 29 del Código Penal según los cuales las infracciones a la ley penal son intencionales o culposas y pueden ser cometidas por persona en estado de enajenación mental, evento en el cual se les aplican las medidas de seguridad, con lo cual se puede concluir que una persona *capaz* en la terminología del artículo 1503 del Código Civil puede actuar, sin embargo, *no intencionalmente* como en el caso de los delitos culposos, elemental conclusión que olvidó el Tribunal cuando concluyó implícitamente que, por no haberse demostrado la incapacidad, se presumía la intencionalidad.

6. Y remata el cargo diciendo que a consecuencia de todo lo anterior el Tribunal violó las normas sustanciales indicadas en el encabezamiento de la censura y por el concepto que allí aparece expuesto.

Considera la Corte

1. La sola lectura y enunciación del cargo pregona su fracaso, pues encarrilado por la vía indirecta, que necesariamente debe derivar de errores en la apreciación probatoria, bien sea en su modalidad del error fáctico evidente o en la del error de derecho, menciona que está cimentado en esta última especie de error, pero al desenvolver la acusación se aparta de lo que debe considerarse como *error de derecho probatorio* y se traslada al campo que podría llamarse de *error de derecho de juzgamiento*, conceptos bien distintos por cierto.

Con notable insistencia se ha dicho que el error de derecho probatorio, uno de los extremos que

permiten apoyar por vía indirecta un ataque dentro de la causal primera, ocurre entre otros casos, cuando a determinada prueba se le da el valor probatorio que legalmente no tiene, o a la misma se le resta el valor que legalmente sí tiene.

Y por último el Tribunal, dado el criterio estricto y extraordinario del recurso de casación que mira más a la salvaguardia de la ley en su cotejo con las sentencias que al interés propio de las partes litigantes.

Pero además debe alegarse y demostrarse que el error imputado es trascendente, pues si no lo fuere obviamente la acusación se torna en vacua e inane.

4. Y el censor no especifica las pruebas que considera, fueren indebidamente apreciadas, por su aspecto normativo-probatorio, por el sentenciador.

Lo cual inexorablemente implica el fracaso de la censura.

Tercero y cuarto cargos. Se acusa la sentencia en el tercero como violatoria de los artículos 822, 1070 y 1080 del Código de Comercio y 27, 1608, 1615, 1617, 1626 y 1627 del Código Civil por falta de aplicación, y por vía directa.

1. Expresa el censor que en la demanda se solicitó se condenara a la aseguradora al pago de intereses de mora desde la presentación de la demanda y hasta cuando el pago se efectúe, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 105 de 1927, o sea intereses corrientes más el 5% anual, pero el Tribunal dijo que dentro del sistema actual el asegurador deberá al beneficiario como indemnización los intereses al 18% anual sobre el monto de la obligación a su cargo, con apoyo en el artículo 1080 del Código de Comercio y por tratarse de una sanción que cabe dentro de lo previsto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

Advierte el censor que no encuentra reparo alguno a tal apreciación y que dirige su acusación contra la decisión del Tribunal "en cuanto niega la condena a pagar intereses moratorios desde la presentación de la demanda, o desde el día sesenta (60) contado a partir de la presentación de la correspondiente reclamación sin que se hubiere efectuado el pago, y ordena el pago únicamente desde que, en conformidad con el fallo de primera instancia, es exigible el pago del seguro".

Transcribe a continuación los apartes pertinentes de la sentencia acusada, que atrás se sintetizaron, en cuanto al momento desde el cual deben comenzar a contarse tales intereses y de los cuales concluye que mientras no exista discusión judicial, en el entretanto solamente hay "una situación de latencia, de expectativa que no puede ser sancionada con indemnización moratoria".

2. Agrega que con lo anterior el Tribunal violó flagrantemente el artículo 1080 del Código de Comercio, por falta de aplicación, violación cometida por la vía directa ya que el mismo Tribunal encuentra que *desde la presentación de la demanda es el punto de partida atendible* para la condena al pago de intereses moratorios, pues si el Tribunal hubiera aplicado el artículo en referencia necesariamente habría condenado a la demandada a pagar intereses moratorios al 18% anual, a partir de la presentación de la demanda, o sea desde el 30 de octubre de 1974, y no como se dijo en la sentencia acusada, o sea 6 días después de que se produzca la ejecutoria del fallo.

3. Nota el recurrente que el Tribunal al citar el artículo en cuestión, curiosamente omitió "aún extrajudicialmente" (sic) cuáles son las eventualidades que ides el Tribunal para decir a cuáles de ellas se aplica el artículo 1080 y a cuáles no, "nada dicen en contra del sentido diáfano del mencionado texto legal".

Por tanto no puede el Tribunal acudir a un contexto que ni siquiera especificó, para desatender abierta y desafiantemente la redacción del artículo, con violación expresa del 27 del Código Civil, según el cual cuando el texto de la ley es claro, éste no se desatenderá por tratar de consultar su espíritu.

La sentencia que condena al pago de un contrato de seguro se limita a declarar que el derecho lo tenía el asegurado o el beneficiario desde cuando ocurrió el siniestro y se probó su cuantía, pero no puede detenerse, como lo hizo el fallador, en el sentido de que la sentencia en sí constituye el derecho del asegurado o del beneficiario, pues si el fallo se limita a declarar y en consecuencia a condenar, lógico es concluir que el asegurador está en mora desde la fecha que indica el artículo 1080 del Código de Comercio y no desde la ejecutoria del fallo.

En el caso debatido, desde cuando se formuló la reclamación a nombre de la demandante se estableció:

1) Que Beatriz Mejía de Rodríguez falleció.

2) Que su muerte fue causada por medios violentos, externos y accidentales.

3) Que el valor del seguro principal era de $ 300.000 y adicionalmente $ 300.000 si la muerte ocurría en las descritas circunstancias.

Y la compañía aseguradora, al responder la objeción en carta del 24 de octubre de 1974, no niega que la señora Mejía de Rodríguez hubiere muerto ni que la muerte hubiere sido causada violentamente, ni objeta el valor de la reclamación; sus disculpas o pretextos para no pagar son otros, como caducidad, reticencia, no legitimación en la demanda.

Como ninguna de esas razones fuera acogida por el Tribunal, es forzoso concluir que desde la fecha de la reclamación se acreditó extrajudicialmente el siniestro y su cuantía, como lo ordena el artículo 1077 del Código de Comercio, el cual se violó por falta de aplicación, y que por no haber pagado dentro de los 60 días siguientes, el asegurador se constituyó en mora, la cual según el Tribunal se debe contar desde la presentación de la demanda.

4. Y cenata la acusación diciendo que, en esas condiciones, muy fácil sería para las compañías de seguros objetar reclamaciones, sea con motivos fundados o sin ellos, si saben que por mal que les vaya en un proceso, que por lo general dura varios años, serán condenadas a pagar únicamente el monto asegurado. Con una demora como la que ha tenido este proceso, salen indemnes, pues el valor del seguro colocado a la modesta tasa del 25% anual, se duplica al término de cinco años.

Y la no aplicación del artículo 1080 del Código de Comercio condujo a que no se aplicaran los demás artículos citados en la censura y que permiten que la condena al pago de intereses implique su liquidación a partir de la fecha de la presentación de la demanda, como fue lo pedido en ésta, y no seis días después de la ejecutoria del fallo respectivo, como lo dispuso la sentencia impugnada.

El cuarto cargo tiene el mismo alcance impugnaticio que el tercero ya reseñado, amenando difiere de éste simplemente por acogerse a la vía indirecta.

Considera la Corte

1. *Ante la expresa manifestación de que el recurrente acepta como tasa del interés moratorio la del 12% anual que señaló el fallo impugnado, se reduce al despacho del cargo en estudio a establecer en primer término si tal interés sólo puede exigirse desde cuando la sentencia que declare la obligación de pagar el seguro quede ejecutoriada y además transcurre el término, en este caso de 6 días, para que el demandado vencido cumpla sus prestaciones, o si corre bien sea desde la fecha en la cual ha debido pagarse el seguro de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio actual, o al menos desde la fecha de la presentación de la demanda, conforme expresamente lo acusó la demandante.*

2. *Es evidente que la obligación de pagar el seguro tiene su origen en el acuerdo de voluntades de las partes, en cuya virtud tomó vida el contrato de seguro correspondiente.*

Y en estas condiciones, reunidos los presupuestos indispensables para reclamar la indemnización, la obligación de pagarla a cargo del asegurador tiene su fuente en el referido concierto volitivo y no en que se pronuncia decisión judicial al respecto, como lo pretende el Tribunal al mencionar que, en la hipótesis de que el asegurador se abstenga de pagar la indemnización por un motivo cualquiera, o que a pesar de estar completa la documentación pertinente existan hechos eximentes del referido pago, se traslada al asegurado o beneficiario la facultad de exigir el pago siempre y cuando que así se declare por sentencia judicial, para cuyo cumplimiento el sentenciador considera además que el asegurador no estará en mora sino después de transcurrida la ejecutoria del fallo y el plazo que en él se fije para el pago.

3. *Sin embargo, dada la fuente de la obligación cuyo cumplimiento se pretende, el pronunciamiento jurisdiccional no tiene carácter constitutivo y ni siquiera declarativo en este caso, en que no se persigue ni una declaración de certeza ni de transformación de una relación jurídica preexistente en otra posterior y distinta, pues se limita, además de subsumir la norma jurídica pertinente en la cuestión de hecho debatida, a dictar una condena derivada de que el asegurado si tiene derecho contractual y preexistente para exigir el pago de la indemnización pactada.*

Este principio general podría a lo sumo admitir la variante de que, si los documentos e informaciones que debe suministrar oportunamente el asegurado o el beneficiario y que el asegurador puede aceptar o rechazar en el término de 60 días contados desde cuando se efectuó cabalmente tal suministro, son en esencia los mismos que sirvieron al sentenciador para pronunciar la decisión de condena a favor del asegurador y a cargo del asegurado, debe entenderse inclusive para efectos moratorios, que desde cuando el ase-

gurador rechazó tal documentación, e inclusive desde cuando le fue presentada, quedó constituido en mora.

Las situaciones anteriormente enunciadas encajan no sólo en lo previsto en los artículos 1077 y siguientes del Código de Comercio reguladoras del pago del siniestro, sino además en los artículos 1604, 1608, 1613, 1614, 1615 y 1617 del Código de Comercio, aplicables por analogía al campo comercial.

1. *Ahora bien: el argumento básico del Tribunal es que en las hipótesis que contempla bajo los literales b) y c) ya mencionadas, al comentar sus motivaciones "no se encontró la posibilidad de aplicación del artículo 1080 del Código de Comercio" por cuanto en tales circunstancias "no habrá seguridad de parte del asegurador ni del asegurado sobre la procedencia del pago o rechazo. Si la justicia ordena el primero, es desde el mismo momento en que dispone su cancelación cuando en estricto rigor se puede hablar de mora. Entretanto solamente existe una situación de latencia, de expectativa que no puede ser sancionada con indemnización moratoria".*

Pero el Tribunal no cae en la cuenta de que la sentencia que ordena el pago del seguro tiene evidente carácter de condena y no constitutiva o declarativa, pues para cobrar el seguro no es necesario e ineludible una previa sentencia judicial, y que la sentencia se limita a hacer actuar la voluntad directa del contrato e indirecta de la ley, que básicamente en materia contractual y en el aspecto que se debate es la de que los contratos legalmente celebrados son la ley para las partes en caso que se le haya sometido a su decisión.

Y por tanto si esa voluntad legal y contractualmente preexistente, de conformidad con el artículo 1077 del Código de Comercio, es la de que la indemnización resultante del seguro contratado se pague en el plazo máximo previsto en esta norma, tal plazo es el que debe dar la medida o punto de partida de la mora en que incurrió el asegurador al no haberlo efectuado en esa ocasión y haber constreñido al asegurado a agotar la vía jurisdiccional para obtener un pronunciamiento de condena en este sentido, pronunciamiento que obviamente apareja ejecución.

En consecuencia incurrió el sentenciador en error jurídico cuando mencionó que el litigio en estudio y por las razones que expuso, ya rebatidas, no se le podía aplicar el artículo 1080 del Código de Comercio, error reflejado en su equivocada apreciación de que la mora del asegurador demandado nunca ocurre sino después de la ejecutoria del fallo respectivo y del transcurso que en dicho fallo se señale para su cumplimiento.

Y la no aplicación de tal artículo condujo a que tampoco se aplicaran los artículos 1608, 1615, 1617, 1626 y 1627 del Código Civil, pertinentes para el caso en virtud del artículo 822 del Código de Comercio, pues ha debido disponer que los intereses moratorios a cargo del asegurador se cuenten desde cuando expiró el término de 60 días dentro del cual objetó la reclamación del asegurado, reclamación que luego la justicia declaró plena y preexistentemente valedera y en consecuencia condenó a su pago, con la modalidad de que en el presente caso y conforme lo indica la censura, la parte demandante expresamente pidió que tales intereses se liquidaran desde la fecha de la presentación de la demanda, o sea desde el 30 de octubre de 1974.

En estas condiciones el tercer cargo está llamado a prosperar, lo que hace innecesario estudiar y despachar el cuarto, que, como se dijo persigue idéntica finalidad y tiene el mismo alcance impugnatorio.

Sentencia de reemplazo

1. En virtud de no haber prosperado los dos cargos principales del casacionista, quedan inafectadas las decisiones que mediante ellos se pretendía modificar.

2. De acuerdo con las consideraciones hechas al despachar el tercer cargo, que sí prospera, relativo exclusivamente a la fecha desde la cual deben computarse los intereses moratorios a cargo de la demandada, tales intereses, señalados en la tasa del 18% anual, aspecto por el cual no reclamó el recurrente, deberían comenzar a liquidarse desde el día en que la compañía aseguradora negó la reclamación de la demandante, día que no puede extenderse más allá de sesenta (60) días después de que la beneficiaria entregó toda la documentación pertinente a dicha compañía aseguradora.

Pero como la demandante delimita expresamente en la súplica tercera de su demanda la liquidación de tales intereses a partir de la fecha de presentación de la misma, o sea del 30 de octubre de 1974 (folios 24 y 25 del cuaderno número 1), los intereses en cuestión se liquidarán a partir de esta última fecha.

La actitud de las partes o de sus apoderados no les implica responsabilidad alguna derivada

de los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 8 de junio de 1979 en este proceso ordinario de María Elena Meléndez de Pontón contra Panamerican Life Insurance Company y en su lugar,

Resuelve:

Primero. CONFÍRMASE lo resuelto por el Juzgado en los numerales 1º, 2º y 3º de la sentencia recurrida de fecha 14 de septiembre de 1976, y en la sentencia complementaria del 7 de diciembre del mismo año, con la corrección, respecto de este último pronunciamiento, de que los intereses se liquidarán a partir de la fecha de la presentación de la demanda, o sea desde el 30 de octubre de 1974, hasta la fecha del pago, a la tasa del 18% anual. Cualquier pago se imputará a intereses en primer término.

Segundo. NIÉGANSE las excepciones propuestas por la parte demandada, a cuyo cargo correrán las costas de la primera instancia.

Sin costas en la segunda instancia ni en la casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Luis H. Mera Benavides
Secretario.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO

La oferta. Su contenido en el antiguo Código de Comercio Terrestre. En el nuevo Código. Naturaleza del contrato ofrecido. Aceptación. Compraventa solemne por voluntad de las partes. Principio de entrega de la cosa vendida. La indemnización por retracto tempestivo del oferente no se subordinaba a la resolución del contrato iniciado o a su cumplimiento, conforme al artículo 187 del Código de Comercio Terrestre.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Ricardo Uribe Holguín.

Bogotá, D. E., 16 de octubre de 1980.

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación propuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 3 de junio de 1978, dentro del proceso ordinario adelantado por "Centro Coltejer S. A.", frente a "Otis Elevator Company", con domicilio en Portland, Condado de Cumberland, Estados Unidos de Norteamérica, con oficinas matrices en New York y sucursal en Bogotá.

Pretensiones

1. Impetra la actora estas declaraciones y condenaciones:

a) Que la "Otis Elevator Company" es civilmente responsable de los perjuicios ocasionados a "Centro Coltejer S. A." por haber incumplido aquélla un contrato celebrado con ésta para el suministro y montaje de varios ascensores y escaleras electromecánicas destinadas para el edificio que Coltejer construyó en Medellín.

b) Que, en consecuencia, "Otis Elevator Company" está obligada a pagar a "Centro Coltejer S. A.", por perjuicios, la suma de treinta y cinco millones de pesos ($ 35.000.000), o la cantidad que se determine dentro del proceso, o en subsidio lo que resulte en liquidación posterior (artículos 307 y 308 Código de Procedimiento Civil).

c) Que igualmente se condene a la demandada a pagar a la demandante el valor de los intereses legales o corrientes sobre el monto de los perjuicios desde el 10 de septiembre de 1970, o a partir de la fecha anterior o posterior que se determinare en la sentencia.

d) Que se condene en costas a la demandada.

Hechos

Como fundamento de lo que se pide, se invocan estos hechos, de los cuales se presenta una síntesis:

1) "Centro Coltejer S. A.", constituido en la actualidad como tal de conformidad con la Escritura número 221 del 23 de enero de 1969, de la Notaría 6ª del Circuito de Medellín, es propietario en esa ciudad de un edificio de 36 pisos y 3 sótanos superpuestos, con el terreno sobre el cual se levantó la construcción, situado en la zona urbana, en la esquina nor-oriental, cruce de la calle 52 (La Playa, Avenida Devecha) con la carrera 49 (Pasaje Junín), marcado en sus puertas principales de entrada con los números 48 de la calle 52, 56-65 de la carrera 47, y 55-22 a 52-50 de la carrera 49, inmueble que linda como se especifica en el libelo.

2) La construcción fue iniciada desde 1969, y se encontraba prácticamente terminada, en el momento de iniciarse este pleito, aunque carente de servicio de ascensores y escaleras electromecánicas, debido a circunstancias que adelante se analizarán.

3) Desde los días en que se hacían las excavaciones, varias firmas especializadas en ascensores y escaleras electromecánicas, entre ellas "Otis Elevator Company", manifestaron su interés para que se les adjudicara el suministro y

montaje de los 9 ascensores para pasajeros, 1 escaleras electromecánicas y 1 ascensor de obra.

4) "Centro Coltejer S. A." abrió entonces una licitación privada a la cual concurrieron, además de "Otis", "Ascensores Shindler de Colombia S. A." y "Ascensores Mitsubishi del Japón", con el resultado de que fue escogida la primera firma.

5º La propuesta u oferta de "Otis Elevator Company", distinguida con el número 2540 del 10 de marzo de 1970, al ser preferida y aceptada por Coltejer, "dejó de ser tal para convertirse en esa misma fecha en un contrato válidamente celebrado entre las partes, en virtud del cual la primera se obligó a suministrar e instalar para la última, en el edificio tantas veces mencionado", los ascensores y escaleras de que se ha hecho mención, obligándose Coltejer a pagar como contraprestación doscientos cincuenta y dos mil ciento ochenta y tres dólares (US$ 252.183) y ochocientos noventa y seis mil novecientos pesos ($ 896.900) moneda corriente.

6) Las conversaciones para la negociación efectuadas con la "Otis Elevator Company" se adelantaron y celebraron con la firma "Walter Bridge Co. Ltda.", concretamente con Edwin Bridge, agente comercial y representante en Medellín de la "Otis", quien estuvo presente en la reunión en la cual "al aceptarse la oferta, quedó definitivamente cerrada la negociación y celebrado el contrato entre las partes, reunión que se llevó a cabo en la expresada fecha diez (10) de marzo de mil novecientos setenta (1970), en las oficinas de Medellín.", en Coltejer, y "a la cual concurrieron además el Presidente de ésta doctor Rodrigo Uribe Echeverría, el Vicepresidente de la misma doctor Guillermo Londoño Mejía, el Gerente de Centro Coltejer S. A., Alvaro Londoño White, y el doctor Alberto Pérez Escobar".

7) Como constancia de lo acordado, se firmó por el doctor Londoño White, a nombre de "Coltejer" y por Federico Dever, Gerente de Ventas para Colombia de "Otis", "el mismo formato impreso y de rutina" que usa esta compañía, para sus ofertas, pero "es verdad que no todo lo que se estipula en ese formato quedó vigente, y que además hubo estipulaciones por fuera del mismo, algunas de las cuales, como podrá verse quedaron escritas en la parte final del documento".

8) Así las cosas, Coltejer informó el 30 de marzo de 1970 a los representantes de las otras compañías que se habían presentado a la licitación, que la decisión final había favorecido a "Otis".

9) Cerrada la negociación, el Gerente de "Walter Bridge Co. Ltda.", Edwin Bridge, por escrito del 12 de marzo de 1970, informó a "Otis Elevator Company" de Bogotá, con solicitud de comunicarlo de inmediato a la casa matriz de la compañía en Nueva York, todas las especificaciones de tan importante negociación.

10) Con cartas del 13 y el 28 de abril de 1970, el Jefe de la Sección de Tráfico de "Otis" en Bogotá, Alfonso Rojas Hernández, dirigió a Edwin Bridge las especificaciones relativas al precio estipulado en dólares para el suministro e instalación de los ascensores y escaleras, acompañando las correspondientes facturas en dólares, con discriminación de la nacionalidad de las fábricas que producirían los equipos contratados, coincidiendo con la parte que en dólares había sido acordada desde el 10 de marzo de 1970.

11) En mensaje cablegráfico del 29 de mayo de 1970, dirigido por "Walter Bridge" a "Otis" de Bogotá, procedió a informarle sobre las fechas límites máximas en que los constructores del edificio deberían entregar, como en efecto lo hicieron, las estructuras de los diversos pisos, y concluye el mensaje con solicitud a la "Otis" de su programa y equipos contratados, "fechas de iniciación de los montajes y fechas aproximadas de desembolso de dinero".

12) Con fecha 9 de julio de 1970, Alvaro Londoño White, Gerente de "Coltejer", dirigió a George H. Fiehler, a Nueva York, Vicepresidente de la "Otis", una carta en que hace alusión a las circunstancias que influyeron en el ánimo de los directores de Coltejer para contratar con "Otis", esperando un "trabajo maravilloso".

13) Entre tanto, Edwin Bridge hacía toda clase de esfuerzos tendientes a que "Otis", en cumplimiento del contrato celebrado el 10 de marzo de 1970, enviara a la mayor brevedad el juego de especificaciones completas y exactas para los equipos y máquinas que debían instalarse, todo en vano porque lo pedido se remitía "pero con errores, lo cual ocurrió así por varias ocasiones".

Por último, el 18 de junio de 1970, el Jefe de Ventas de "Otis" anunció que había enviado al señor Bridge un nuevo juego de especificaciones, el cual, por adolecer otra vez de errores, tuvo que ser también devuelto para su corrección. Finalmente, cuando a la "Otis Elevator Com-

pany" le pudo enviar el tan reclamado juego de especificaciones, ya corregido y sin errores, el señor Bridge procedió, por consideraciones de forma, de organización y para mayor seguridad, a centralizar e incorporar todo aquello en un solo escrito, el cual, una vez firmado por el doctor Alvaro Londoño White como Gerente de "Centro Coltejer S. A.", le remitido con fecha dos (2) de septiembre de mil novecientos setenta (1970) a la "Otis Elevator Company".

14) En comunicación del 24 de julio de 1970, suscrita por Federico Dever, Gerente de Ventas de "Otis" en Colombia, dirigida desde Bogotá a "Walter Bridge", hace un resumen de las negociaciones, corroborando la validez y legalidad del contrato celebrado el 10 de marzo de 1970, y "dice que 'Otis Elevator Company', con base en los planos arquitectónicos enviados por Centro Coltejer S. A., había iniciado ya por esa época la elaboración de los cálculos y planos para el montaje de los ascensores, e inclusive se menciona la intervención del 'Departamento de Operaciones' de 'Otis Elevator Company' en dichos estudios, y la visita que para definir y esclarecer todo aquello hicieron a Medellín el expresado Gerente de Ventas señor Federico Dever y el Técnico de dicha compañía señor Leaño, durante la cual, en el mismo lugar de la construcción del edificio de Centro Coltejer S. A. y en unión de los arquitectos y directores de esta última sociedad, convinieron las modalidades inherentes al montaje de los ascensores y a la instalación de las escaleras electromecánicas".

15) Walter Bridge, después de reunir todos los detalles de la negociación en un solo documento, lo remitió a "Otis", firmado por Londoño White, en carta del 2 de septiembre de 1970, en la que se instaba su pronta devolución con la firma de ellos, con insistencia también de que se acelerara la importación de las escaleras eléctricas.

16 Así que, como se ha expresado antes, la negociación quedó plenamente definida, según lo entendieron las partes, desde el 10 de marzo de 1970.

17) No obstante, el 10 de septiembre de 1970, se produjo en forma sorpresiva, injustificada y arbitraria, la siguiente comunicación telegráfica:

"MF 123-Bogotá C R 44 sep. 10-0945-Bridge, Medellín. Negociación 2540 desde Innes siete septiembre hemos estado tratando de telefonearle para avisar New York no acepta contrato motivo expiración validez de oferta y aumento sucesivos en costos desde su presentación. Esperando actualización precios de Nueva York para someter consideración cliente. Otis".

18) A este mensaje respondió Bridge el mismo día:

"2540. Mensaje suyo hoy stop No menos de 4 veces hemos hablado telefónicamente sus oficinas desde lunes 7 stop Motivo aducen expiración propuesta no es válido puesto que marzo doce enviamos detalladísima carta confirmatoria que nunca fue objetada por ustedes o por New York. stop Lapso transcurrido hasta formalidad firma carece importancia y debíase hojas equivocadas enviáronnos y que tuvimos que devolver a ustedes stop Junio 18 ustedes avisáronnos estaban reescribiendo totalmente contrato el cual nuevamente trajo errores y otra vez hubo que pedirle enviáranmos hojas corregidas stop Una vez logrado texto correcto procedióse firma stop Anuencia sucesivos costos tampoco es argumento válido pues obramos plenamente autorizados por ustedes e informándoles minuto a minuto curso tomaban negociaciones y ustedes decían a su vez estaban en contacto con New York stop En todo caso New York ha tenido conocimiento desde mismo momento cerróse negocio y posteriormente ustedes han enviado alto persona. tratar detalles montaje con cliente stop Antes proceder consideraremos deber recordarles gravísimas reperusiones tendrá tal actitud mercado donde palabra negocios es sagrada stop Fuertemente recordamos reconsideración fin evitar precipitaciones Bridge— Cía. número 951700. Walter Bridge & Co. Ltd.".

19) El 11 de septiembre de 1970, con insuasible actividad que "Otis" no había demostrado en seis meses, dirigió por medio de su Gerente de Ventas, Federico Dever, esta carta:

"Otis Elevator Company... Sres Walter Bridge Cía... Medellín... En relación con nuestra oferta número 2540, fecha marzo 10 de 1970, con un plazo de validez de sesenta (60) días, con pesar debemos confirmar a ustedes que nos encontramos ante la imposibilidad de aceptar ahora un pedido basado en el precio cotizado en aquella época. El precio actualizado para tales equipos es de US$ 420.461, más $ 2.033.556. Rogamos a ustedes comunicar esto a nuestro cliente y mantenernos informados al respecto. Atentamente (Fdo.) Federico Dever. FO Anexos".

20) Entre abril y agosto de 1970 estuvieron en Medellín Federico Dever y el Técnico Leaño, quienes sostuvieron con los arquitectos de Coltejer conversaciones y tomaron acuerdos sobre diversos aspectos del montaje de los ascensores

y escaleras, y posteriormente se hicieron presentes por varios días, en el edificio de Coltejer, el Técnico de "Otis" Luis Berrío, el mecánico de la misma Hernando Luna y los operarios Ignacio Tejada y Javier Osorio, empleados de "Otis" en Medellín, quienes tomaron medidas, efectuaron cálculos e inclusive colocaron "brackets" para los ascensores, actividades indicadoras de que no se trataba de una simple "oferta" si no de un contrato válidamente celebrado el 10 de marzo de 1970.

21) Nunca se puso en duda que "Walter Bridge" tuvo facultades para representar a "Otis" en Medellín ante "Coltejer" en la cuantiosa negociación, tanto que, el 21 de septiembre de 1970, le fue dirigida esta comunicación:

"Estimado Edwin: refiriéndome a nuestra reciente conversación telefónica en que tratamos algunas cosas en relación con la negociación número 2540, Coltejer, quiero confirmar que, de acuerdo con la información que tenemos, tu has obrado de acuerdo con nuestras instrucciones en este negocio. Realmente yo siento que Otis no haya podido aceptar este importante contrato en el momento actual. Sin más por el momento recibe un cordial saludo. (Fdo.) Federico Dever".

22) Coltejer, ignorante de las referidas comunicaciones del 10 y 11 de septiembre, ante las demoras que se estaban presentando, al continuar reclamando actividad de "Otis", originó este mensaje:

"422 Bogotá CR 26 sep. 24-1630-Urgente-Bridge-Medellín. Doctor Londoño acaba llamar a Leaño para solicitar planos ascensores Coltejer. Favor informarle contenido nuestra carta septiembre once con precios actualizados. Blanco-422 Bridge".

Al anterior contestó Bridge:

"Urgente. Septiembre 25, 1970. Lindentree. Bogotá. 2540 su cable hoy stop Respetuosamente insistimos nuestro cable septiembre diez y múltiples conversaciones telefónicas subsiguientes en las cuales hemos expuesto nuestra opinión que existe compromiso formal y definitivo con cliente el cual hay que respetar y cumplir pues sus instrucciones marzo diez no fueron cotizar sino negociar según reportámosle marzo 12 stop Nuevamente recomendámosle reestudio consiente situación basado dar explicaciones reales al cliente y no acudiendo a tecnicismos que no van a creer stop No es concebible que asunto tal magnitud contémplese en carta de ocho líneas stop Consideramos el punto más importante es reputación Otis y nuestra y es sobre esta base que se debe proceder stop Esperamos su nueva decisión. Bridge".

23) En busca de convencer a "Otis" sobre el cumplimiento del contrato, Bridge planeó viaje New York: "Fecha septiembre 28, 1970... Lindetree Bogotá. Texto: Sr. Blanco referencia 2540 stop Ante gravedad problema y además perjuicios pueden reclamarle a Otis hemos resuelto viajar New York cuanto antes nos gustaría señor Blanco acompañáranos stop Telefonéandeles. Bridge".

Dicho viaje no se realizó por haber tenido por entonces Coltejer conocimiento de la situación por conducto de Dever, ya que en la misma fecha éste dirigió la siguiente misiva: "Centro Coltejer S. A.... Medellín... Doctor Alvaro Londoño Gerente... Asunto Coltejer. Negociación número 2540... Nos place referirnos a nuestras conversaciones telefónicas relativas a la negociación en referencia. Confirmamos a usted que el precio actual para los ascensores y escaleras es de... Naturalmente seguirían vigentes todas las especificaciones y condiciones consignadas en nuestra oferta número 2540 de marzo 10, 1970. En vista de que no es posible aceptar ahora el contrato con los precios que regían en marzo, devolvimos a Walter Bridge & Co. los papeles pertinentes, así que fueron recibidos en esta oficina. No siendo otro el motivo de la presente, nos repetimos de ustedes como sus atentos y seguros servidores. Otis Elevator Company. (Fdo.) Federico Dever".

24) En vista del incumplimiento del contrato por parte de Otis, Coltejer comunicó a ésta: "Medellín, 16 de octubre de 1970. Señores Otis Elevator Company. Atte. Señor Federico Dever. Gerente Ventas. Bogotá. Ref. Contrato de compraventa e instalación 9 ascensores y 4 escaleras eléctricas para el Centro Coltejer, celebrado entre Otis Elevator Company de Colombia y Centro Coltejer S. A., en marzo 10 de 1970... De conformidad con su carta de fecha septiembre 28 de 1970... en la que unilateralmente modifican ustedes los precios... nuestra Junta Directiva y la Gerencia consideraron resuelto dicho contrato por voluntad exclusiva de Otis... En esta fecha, hemos celebrado contrato... con una apreciable pérdida para nosotros por diferencia precios... Hemos encomendado nuestros abogados iniciar conversaciones con ustedes con el fin primordial de evitar molestias de una demanda... (Fdo.) Alvaro Londoño White".

25) Edwin Bridge, con fecha 16 de noviembre de 1970, dirigió al Presidente de Coltejer larga carta referente a la negociación, lamentando lo ocurrido y poniendo de presente que había actuado con expresa autorización del Gerente de Otis en Colombia, José Luis Blanco.

26) a 29) Debido al incumplimiento de "Otis", tuvo que contratar "Coltejer", en octubre de 1970, con "Ascensores Mitsubishi", sufriendo gravísimos perjuicios materiales, así:

Por daño emergente:	US$
Mayor valor equipos	2.548.595
Menos economía valor montaje ..	176.900
Más valor ascensor de obra ...	2.371.695
Total	2.577.611

En cuanto a perjuicios por lucro cesante, el edificio debía haber comenzado a producir renta a partir de enero de 1972 pero, por el incumplimiento de "Otis", solamente entrará a producirla a fines del año en cita, lo que hace que se origine una pérdida de ganancias de unos $ 28.000.000.

Luego los perjuicios se estiman en $ 35.000.000.

30) En un último esfuerzo "Coltejer" envió a un abogado de la empresa a buscar en New York, con la casa matriz de "Otis Elevator Company", una transacción, sin resultado positivo alguno.

2. Admitida la demanda, su traslado fue descorrido con oposición a las pretensiones en ella deducidas, con rechazo de los hechos que las fundamentan, tomando el opositor base especial en la argumentación de que no es cierto que la propuesta presentada por "Otis Elevator Company" a "Centro Coltejer S. A.", el 10 de marzo de 1970, se hubiera constituido en contrato, en razón de que no fue aceptada por el destinatario dentro del término fijado para la vigencia de los precios, sin que tampoco puedan tenerse ciertas actividades desarrolladas por el oferente como indicativas de iniciación de trabajos de instalación, ya que no pasan de ser observaciones prácticas preliminares que suelen hacerse independientemente de la relación contractual, como servicio especial y benéfico para los presuntos clientes que se efectúa sólo a riesgo de incurrir en pérdidas de tiempo, dinero y material.

3. El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá, puso fin a la litis en primera instancia mediante fallo del 9 de diciembre de 1976, en el cual se da por sentado que entre las partes en controversia ciertamente se celebró el contrato que se discute, que fue declarado resuelto por la actora, sin ajustar tal determinación al régimen del artículo 1.546 del Código Civil, de suerte que no reclamó la indemnización de perjuicios como consecuencial de uno de los dos extremos que impone como supuestos indispensables la norma en mientes, lo que significa, a la luz de criterio de la Corte, que cita [G. J. LXXL (sic), 1952], petición de modo indebido que constituye excepción perentoria, la que en efecto declara, inhibiéndose por tanto de resolver en el fondo sobre la demanda instaurada, con condena en costas para la demandante.

4. La decisión fue apelada por las dos partes, advirtiendo la demandada que está de acuerdo con el aspecto resolutivo pero no con lo que toca con la motivación, por cuanto en ésta "se admite la existencia de un contrato de venta de ascensores y escaleras eléctricas entre la sociedad que representa y Centro Coltejer S. A.".

5. El tribunal, en la providencia a que en un principio se aludió, dijo: "Con las aclaraciones que contiene la parte motiva de este fallo, se confirma la sentencia apelada. Las costas de esta instancia son de cargo de la demandante", parte que precisamente ha recurrido en casación.

La sentencia impugnada

1. Después de hacer la relación de autos, encuentra el Tribunal que se afinan los presupuestos procesales, no sin antes criticar la definición dada al asunto por el *a quo*, que tiene por equivocada en razón de que no era preciso que primero se recabara judicialmente decisión sobre los extremos del artículo 1546 del Código Civil para que consecuencialmente se resolviera sobre indemnización de perjuicios, como había sido tradicionalmente sostenido por la jurisprudencia, en virtud de que tal criterio fue rectificado por la Corte en sentencia de casación del 3 de noviembre de 1977, que trae a cita *in extenso* en cuanto a sus fundamentaciones, de acuerdo con las cuales la reclamación de perjuicios es independiente del ejercicio de las pretensiones alternativas a que se contrae la disposición sustantiva antes mencionada, esto es, que "puede hacerse valer, como principal que es, sin necesidad de demandar el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo", más todavía en el caso *sub lite*, puesto que "en la misma demanda

se pone de presente que el contrato se encontraba resuelto por voluntad de sus partes".

2. En seguida pasa el *ad quem* al análisis de la pretensión introducida en la demanda, que no es otra, como ya se dejó advertido, que la de indemnización de perjuicios que se alega por el supuesto incumplimiento, por parte de la "Otis Elevator Company", de obligaciones contraídas frente a "Centro Coltejer S. A.", al tener de oferta formulada por aquélla respecto a licitación abierta por ésta en relación con el suministro e instalación de nueve ascensores para pasajeros y uno para obra, además de cuatro escaleras electromecánicas, policitación que, según entiende la sociedad demandante, al ser acogida por ella el 10 de marzo de 1970, quedó en esa fecha constituida en contrato que luego no cumplió la demandada al exigir nuevas cotizaciones en comunicación del 10 de septiembre de 1970, actitud que dio origen a la determinación tomada por Coltejer de tener por resuelto el "contrato", cuya existencia es negada por "Otis", y conceder a otra firma el suministro e instalación de los elementos a que se ha hecho mérito.

3. A propósito, el Tribunal entra al examen de la oferta y su aceptación, de cuya fusión surge el consentimiento contractual, fenómeno aquél que no reglamenta el Código Civil, pero que en cambio está reglamentado en el Código de Comercio antiguo, en sus artículos 184 y siguientes, de aplicación en el caso *sub lite* por haber ocurrido los hechos durante su vigencia (art. 35 de la Ley 153 de 1887), y que el actual de modo similar contempla en sus artículos 846 y siguientes, normas aplicables a los negocios civiles porque son de naturaleza general.

4. En consecuencia, dice el sentenciador que la oferta es acto jurídico unilateral por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato que alcanza su perfeccionamiento al encontrar aceptación por su destinatario, siempre y cuando aparezcan determinadas todas las condiciones que lo caracterizan, vale decir, que la oferta ha de ser "completa", a la vez que su acogimiento debe ser puro y simple y producirse en vigencia de la propuesta, circunstancias que, en criterio del Tribunal, no concurren en el caso sometido a juzgamiento.

5. En orden a poner punto de apoyo a esa conclusión, fíjanse en la sentencia acusada los siguientes razonamientos que importa traer casi en su integridad:

La oferta fue discutida por los directivos de Coltejer el 10 de marzo de 1970, habiéndose solicitado rebaja de $ 500.000.00, que fue aceptada por Otis como se desprende por cierto de las declaraciones del propio Rodrigo Uribe Echeverría, Presidente de la demandante, y del mediador de la demandada, Edwin Bridge, a la vez que de los interrogatorios de parte a que fueron sometidos los gerentes de las sociedades en litigio (fls. 50 y 58 vto. del Cdo. Nos. 10, 11 y 11 y 22 del cdno. Nº 7).

6. Que no pueden calificarse de completas la oferta y la contrapropuesta por ausencia de los elementos y requisitos propios, es conclusión que surge de las siguientes consideraciones:

a) El documento acompañado a la demanda (fls. 22 y 23), del cual se dice que con su aceptación por parte de la actora quedó perfeccionado el contrato para la instalación de los ascensores y escaleras, presenta espacios en blanco que por sí solos impiden tener como perfeccionada la oferta, por cuanto ésta "debe contener en sí todos los elementos, condiciones y circunstancias del acto", para poderle dar esa calegoría, y no la de indeterminada a que hace mención el primer inciso del artículo 192 del Código de Comercio antiguo;

b) Que el documento en referencia no contenía todos los elementos propios para tener la oferta como completa, resulta asimismo de las afirmaciones que se hacen en el hecho undécimo de la demanda según las cuales a la demandada se le solicitó que suministrara a la demandante "su programa relativo a las fechas de despachos de las máquinas y equipos contratados, fechas de iniciación de los montajes y fechas aproximadas de desembolsos de dinero", lo que cabe observar también respecto de las aseveraciones formuladas en el hecho decimotercero, ya que el impreso tenía que contener "el juego de especificaciones completas y exactas para los equipos y máquinas que debían suministrarse e instalarse";

c) Igualmente, las manifestaciones del representante de la sociedad demandante en su interrogatorio de parte (Fls. 22 y s.s., cdno. Nº 7), permiten concluir que la oferta no puede considerarse como completa, pues ponen "de presente la necesidad de elaboración de un documento que contuviera todos los aspectos del contrato propuesto";

d) Lo mismo indican las referencias hechas por Uribe Echevarría, Presidente de Coltejer, en el sentido de que cuando volvía a hablar con Alvaro Londoño... le pregunté por el contrato de ascensores y me manifestó que estaba en es-

respondencia, que el contrato había venido para la firma pero que le habían encontrado pequeños detalles que debían ser corregidos y por eso lo había devuelto, pero que esperaba firmarlo en muy pocos días, y agrega que a partir del 10 de marzo de 1970 no tenía la menor duda de que el contrato se había celebrado y que la firma era una "formalidad para ratificar lo ya conocido", para luego apuntar: "Es de rigor firmar un contrato en cualquier circunstancia en que se haga un negocio, especialmente en el caso concreto de la Otis en que era indispensable fijar programa, plazo y demás condiciones y además dejar por escrito lo convenido entre los representantes de la empresa negociadora en ese momento. Los detalles a que me referí de ambas firmas, Otis Elevator Company y Centro Coltejer S. A., querían perfeccionar eran simplemente minucias que habían de cambiarse pero que era conveniente, opinaban ambas partes, que quedaran claramente estipuladas". (Fls. 101 y ss. del cdno. Nº 10).

"Como puede apreciarse de las transcripciones que preceden, apunta el Tribunal, la oferta y la contrapropuesta hechas el 10 de marzo de 1970, no fueron completas, ya que era preciso un documento en el cual se consignaran todos los aspectos del contrato objeto de una y de otra";

c) Que la oferta y la contrapropuesta celebradas el 10 de marzo eran incompletas es conclusión que surge del mismo dicho de Edwin Bridge, a pesar de su empeño en hacer aparecer que el contrato había quedado concluido en esa fecha. En efecto, hace afirmaciones como éstas: "una vez terminada la reunión lo primero que hice fue avisar telefónicamente a Bogotá sobre el éxito de las negociaciones y uno o dos días después... envié un informe muy detallado... De ahí en adelante siguió el proceso normal de mecánica y papeleo, seguimos con todo el movimiento de documentación y planos, facturas proforma, así como el envío en varias ocasiones del texto del contrato para ser corregido el texto de acuerdo con el equipo que se había negociado. El proceso de estudio de planos y demás, duró más o menos de marzo a septiembre... Como decía éste (el contrato) fue enviado en varias ocasiones para que se corrigiera y que quedara expresando el equipo que se había negociado... La Otis sugirió que fuera redactado en forma total nuevamente... Cuando finalmente recibimos el contrato elaborado nuevamente, fue firmado por el Centro Coltejer y enviado por nosotros a la Otis... Se trató precisamente de cambios en las especificaciones y en sistemas de financiación y demás detalles comerciales propios de un contrato de esta magnitud. Recuerdo que hay una carta dirigida a Centro Coltejer comunicándole la aceptación de una serie de cambios. Se trataba entonces de incorporar o cambiar lo que estaba escrito en la propuesta de Otis para que quedara en armonía con todos esos detalles que se habían convenido. La cuestión de las balaustradas de cristal es uno de los puntos que precisamente sirven de ejemplo". (Fls. 50 y ss. del cdno. Nº 10);

7. Y hace, ya para terminar, estos razonamientos el Tribunal:

"Adujo la demandada en el impreso llamado a dar cuenta de la oferta hecha a la demandante, que como se dejó estudiado es incompleta, un requisito para la existencia de aquélla, consistente en que el impreso que la contenía fuera firmado por la destinataria y aprobada por el representante de la proponente...

"No cabe duda... que las partes sometieron a una determinada formalidad un acto, que es consensual, para que adquiriera consistencia jurídica, ...es forzoso admitir que el acto a que se refiere el impreso no alcanzó a formarse por la omisión de los requisitos acordados por las partes...

"La falta de tal aprobación (de la Otis) indefectiblemente se proyecta en la oferta para señalarla como incompleta, y por lo tanto, no vinculante para la demandada.

"Además, si era mediante la firma del representante de la demandante... como debía que manifestar el consentimiento de Centro Coltejer S. A. ... y si tal firma se colocó aproximadamente en la segunda mitad de julio de ese año, el de 1970, según lo manifestó el gerente de la actora en su interrogatorio (Fº. 26 v., Cdno. 7), la aceptación aparece dada extemporáneamente...

"Y si se juzga la situación de la demandada de acuerdo con la norma siguiente a la acabada de citar (art. 185 C. C.), en cuanto la oferta contenía una declaración unilateral de voluntad, que impedía retirarla mientras no transcurriera el término de sesenta días... como ésta (la aceptación) se hizo fuera de ese lapso... es extemporánea y por lo mismo ineficaz, estando llamada, tan solo, a constituir una nueva oferta.

"Queda establecido, pues, que la oferta fue incompleta y que la aceptación se produjo inoportunamente... quedando, en consecuencia, sin

piso la pretendida responsabilidad contractual que se le imputa a la demandada...".

8. Por otra parte, arguye el Tribunal que no comparte la apreciación de la actora y del *a quo* respecto de que hubo una aceptación tácita del contrato, pues además de que ésta debe provenir de la persona a quien se hace la oferta y no de la proponente de ésta (art. 191 C. Co.), es lo cierto que la presencia de empleados de la Otis en el edificio de Colsejer y la actividad por ellos desarrollada, no puede considerarse como principio de ejecución del contrato, "sino como la verificación de unos actos preparatorios, necesarios para precisar los términos y condiciones del contrato propuesto, tal como se deduce de las exposiciones de Luis Leaño Pulido (Fls. 24 y ss. Cdno. 11), Luis F. Luna (Fl. 236) y Luis Alberto Restrepo (Fls. 241 y ss.)".

9. "Para concluir que no le asiste razón a la demandante en su pretensión indemnizatoria, cabe anotar que si la oferta fue hecha el 10 de marzo de 1970, la proponente tenía derecho a variar el precio del contrato, porque aquél sólo tenía una vigencia de dos meses, que, como se vió, transcurrieron sin que aquél se concluyera, en razón de que la aceptación debe tenerse por hecha fuera de ese lapso".

10. En lo que respecta a la apelación de la demandada, dice el Tribunal que como de manera expresa en el escrito en que interpuso la alzada, puso de presente su conformidad con la parte resolutiva, ésta no podrá ser modificada no obstante que al "no prosperar la pretensión indemnizatoria de la demandante se debía absolver a la demandada". Y termina el sentenciador con la puntualización de que si el Juez *a quo* basó en *defecto* de la demanda su fallo, era claro que en éste no era procedente el estudio de uno de los elementos de la pretensión de la actora, como lo era la existencia del contrato, que por cierto, repite, no existió, según se dejó analizado.

El recurso extraordinario

Se formulan dos cargos a la sentencia impugnada, ambos con estribo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, uno por vía directa y el otro por la indirecta, de los cuales sólo se estudiará el segundo, que está llamado a prosperar.

Segundo cargo. Se formula por violación de normas sustanciales a consecuencia de errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas, esto es, por vía indirecta.

Fueron quebrantadas, en razón de no haber sido aplicadas, las disposiciones contenidas en los artículos 184, 186, 187, 188 y 190 del Código de Comercio, que regían cuando tuvieron lugar los hechos materia de este proceso, y como consecuencia de esa inaplicación, la sentencia dejó de aplicar también el artículo 284 ibídem, y a través del artículo 132 del mismo estatuto, tampoco aplicado, quedaron sin aplicación los artículos 1494, 1495, 1501, 1516, 1602, 1603, 1610, 1613, 1614, 1615, 1957 (inciso 1º), 1880, 1882, 1884, 2053 y 2056 del Código Civil, y así mismo dejó de aplicarse el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

1. En el fallo recurrido, dice el censor, el Tribunal concluye que la oferta no tiene el carácter de completa, puesto que no contiene "todos los elementos y requisitos del contrato", conforme dedúcese del examen probatorio; pero es lo cierto que "no se remite a vacilación alguna que la casi totalidad de esos datos, esto es, los que se refieren a los espacios en blanco del documento contentivo de la oferta, a la petición de un programa sobre fechas de despachos de máquinas y equipos, de iniciación de montajes y de desembolsos de fondos, y al envío de documentos y planos y conversaciones sobre sistemas de financiación (oferta Fls. 22 y 23 del cuaderno Nº 1, hecho 11º de la demandada y declaración de Edwin Bridge, de fls. 50 y 51 v. y 53 y 54 del cuaderno Nº 10), no tienen en sentido alguno la condición de esenciales respecto de los contratos materia de la oferta, y por lo mismo para la eficacia de ésta era indiferente que hubieran hecho o no parte integrante de ella". Y arguye el sentenciador que la oferta es ineficaz por "haber faltado también la especificación de las cosas materia de la misma, lo que sí implicaría efectivamente ineficacia"; pero resulta, continúa el impugnante, "que en esa apreciación el Tribunal yerra de hecho en forma manifiesta, puesto que, contra lo que él opina, es ostensible la presencia en autos de prueba que acredita las especificaciones de los aparatos contempladas en la oferta". Y deduce esa ausencia de tal elemento esencial, en primer lugar, de la afirmación contenida en el hecho 13º del libelo, según resulta de aserto que formula en el aparte de su falla (literal h), Nº 16 del Cdno. Nº 14, fol. 29): "aspectos éstos que ha debido contener el documento... a fin de poder calificar de completa la oferta... igual cosa cabe observar en cuanto a las afirmaciones que contiene el hecho decimotercero ya que el impreso en referencia tenía que contener 'el juego de especificaciones completas y exactas para los equipos y

máquinas...'. Y funda también el Tribunal aquella conclusión en la declaración de Edwin Bridge, de acuerdo con la cual se hicieron correcciones en el texto del contrato, que fueron enviadas a Otis en varias ocasiones" (Fls. 53 y 54 del Cdno. Nº 10).

La afirmación del Tribunal constituye contraevidencia manifiesta porque ciertamente sí fueron determinadas las cosas objeto de la oferta. En efecto:

a) Entre las partes no se ha discrepado acerca de las cosas ofrecidas en venta e instalación por Otis y cuáles eran las que podía exigir Collejer. Por cierto que en la contestación de la demanda (Fl. 326 c. Nº 1 Nº 13), se reconoce que los aparatos materia de la oferta reunían sus respectivas especificaciones. No vio, pues, el Tribunal, que entre las partes no hay controversia respecto de lo que fue objeto de la oferta;

b) En el mismo documento que contiene la oferta (Fls. 22 y 23 C. Nº 1) se anuncia un anexo destinado a dar la descripción y las especificaciones del equipo que se propone suministrar e instalar, y efectivamente aparece ese anexo (Fls. 24 a 51, Cdno. Nº 1) y la parte demandada acepta también haberle presentado (interrogatorio de José L. Blanco y declaración de Federico Dever. F. 16, Cdno. Nº 5 y fl. 292, Cdno. Nº 6);

c) Del dicho de Dever resulta evidente que la oferta del 10 de marzo fue elaborada varias veces para corregir errores e inexactitudes, y es a lo que se refiere el Tribunal al invocar el hecho 13 de la demanda, cuando dice que la actora hizo toda clase de esfuerzos para lograr que Otis enviara el juego de especificaciones, a lo que ésta respondía "remitiendo lo pedido pero con errores" (Fl 4 v., Cdno. Nº 1), y a eso se refiere también en su declaración Edwin Bridge (Fls. 52 v., 53 y 54, Cdno. Nº 10), y en el mismo sentido obra la declaración de Rodrigo Uribe Echavarría, trasc rita por el Tribunal bajo el literal d), folio 29 vuelto, cuaderno 14 del número 16 de la sentencia en la que el testigo aparece informado que el contrato "había venido para la firma, pero que le habían encontrado pequeños detalles que debían ser corregidos y por eso lo habían devuelto";

d) Luego el Tribunal cayó en yerro manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas que invoca en el fallo, ya que estimó, como ausencia de determinación o de especificaciones del equipo negociado, ciertas interferencias o desacuerdos en lo relativo a conseguir que se ajustara, lo que al fin se consiguió, a lo que se había convenido sobre el particular;

e) Mayor error del Tribunal no aceptar que los anexos de especificaciones de los equipos ofrecidos no sean bastantes para tener por suficientemente determinada la oferta y por lo mismo como completa. La propia ley es amplia al respecto (arts. 1518, inciso 1º y 1566 del C. C., aquí implicados).

El error jurídico cometido por el Tribunal, demostrado en el cargo anterior, sumado al error de hecho en que incurrió al estimar como insuficiente la especificación de los equipos a que se refirió la oferta, desarmyen la doble base en que el Tribunal se fundamentó para concluir que la oferta careció de eficacia por no tener calidad de completa. Así que, la sentencia acusada está llamada a ser quebrada en casación.

2. El artículo 1500 del Código Civil, continúa el censor, trae la clasificación de los contratos en reales, solemnes y consensuales; habiendo entendido la doctrina que la regla general es la de los consensuales, ya que en principio el solo consentimiento obliga. Sin embargo, nada impide, si no se afectan el orden público y las buenas costumbres, dentro de la autonomía de la libertad contractual, que las partes convengan en que un contrato de por sí consensual "no se tenga por celebrado o perfeccionado mientras no se otorgue escritura pública o privada que lo contenga", y es claro que mientras ésto no ocurra cabe la facultad de retractación, como sucede a la luz del artículo 1858 del Código Civil que el sentenciador tuvo en cuenta pero equivocadamente, norma que releva fragilidad y precariedad en la condición puesto que no obstante desatenderse la formalidad adicional convenida, el contrato queda perfeccionado "cuando haya un principio de ejecución de las obligaciones propias de él". Pero, por otra parte, es de entender que la estipulación abre cabida a la suposición de que únicamente busca fines probatorios, evento en el cual el contrato se perfecciona desde el momento en que se produce el acuerdo de voluntades y "el otorgamiento del documento apenas viene a generar a cargo de las partes una obligación de hacer", como lo sería la de otorgar el respectivo instrumento con la finalidad de constituir prueba del contrato, que no como indicativo del perfeccionamiento del mismo, tesis esta que encuentra respaldo en varios tratadistas, según los cuales para que se tenga la adición como voluntad de las partes dirigida a que el contrato consensual se torne solemne, es necesario que esa voluntad "sea bien

precisa en ese sentido y que la formalidad haya sido exigida para el perfeccionamiento mismo del contrato y no para establecer únicamente una prueba inequívoca de su celebración", habiéndose de entender que "en la duda para calificar un contrato consensual transformado en solemne por las partes, el juez debe inclinarse por la naturaleza consensual".

3. Desde la contestación de la demanda invocó la demandada a su favor el ordenamiento en comento, habida cuenta de que la oferta reza en su cláusula 15ª: "Esta propuesta aceptada por el cliente al pie y aprobada por el representante legal de Otis, constituirá el contrato entre las partes y toda declaración o convenio no incorporado aquí se entiende como sustituido por el presente documento". Y en efecto, al contestar el hecho 5º del libelo, Otis expresó que "en la propuesta se dijo que el contrato mismo no se reputaría perfeccionado mientras el cliente no manifestara su aceptación oportuna al pie de ella, en el sitio que al efecto aparece, y la aprobara el representante legal de la Otis Elevator Company en Colombia, mediante su firma en el espacio que, a ese efecto, también se indica en la propuesta, en conformidad con el artículo 1858 del Código Civil, que no se reputará perfecto el contrato hasta el otorgamiento de una escritura privada, que era la propuesta misma suscrita por las partes oportunamente, y como ello no ocurrió no puede reputarse perfecta la venta e instalación propuesta y no aceptada a tiempo. Si hubiera sido cierto que Centro Coltejer S. A. hubiera aceptado la propuesta el 10 de marzo de 1970, en esa fecha la hubiera firmado".

4. El Tribunal acepta el anterior planteamiento, cuando sienta que la oferta, que fue incompleta, impuso un requisito para su existencia "consistente en que el impreso que la contenía fuera firmado por la destinataria y aprobada por el representante de la proponente". De ahí deduce el sentenciador que no cabe duda que las partes sometieron el acto a una determinada formalidad para que adquiriera vida jurídica, de donde es forzoso admitir que el acto "no alcanzó a formarse por la omisión de los requisitos acordados por las partes", circunstancia que se "proyecta en la oferta para señalarla como incompleta y, por lo tanto, no vinculante para la demandada".

5. Lo que así dogmáticamente afirma el Tribunal, comenta el recurrente, al tener la cláusula como impositiva de una formalidad *ad substantiam actus*, es, por el contrario, absoluta inexactitud fruto de errores manifiestos de hecho cometidos al apreciar o interpretar la referida oferta con condición adicional para el perfeccionamiento contractual, "cuando en verdad lo que allí se previó fue algo relacionado con la documentación simplemente de tales contratos". Efectivamente, la comentada cláusula no contiene la finalidad que le apunta el sentenciador, ya que en el mejor de los casos apenas podría despertar perplejidad respecto de si se la empleó a modo de *substantiam actus* o solo *ad probationem*, duda que llevaría a optar por el segundo de los extremos, esto es, tomándola con proyecciones simplemente probatorias. Y en verdad que ese es su sentido si en mira se tiene que la misma cláusula reza que "toda declaración o convenio no incorporado aquí, se entenderá como sustituido por este documento", pasaje "indicativo de que la primera parte de la proposición lo que quiere significar es que el escrito en que está contenida la propuesta, "firmado por las partes, deba ser tenido como prueba única de la relación contractual que las ligue en caso de ser aquélla aceptada". Además, una declaración de voluntad, un acto jurídico, no es susceptible de ser firmado, sino que lo que se firma es el escrito en que "queda aprisionado el contexto de la declaración o acto". Y valga finalmente destacar "que constituiría un verdadero contrasentido el hecho de que un contrato formado de manera sucesiva y mediante el acoplamiento de una oferta y su aceptación por el respectivo destinatario, requiérese para su existencia de nueva aceptación del mismo oferente".

6. Se tiene entonces que la cláusula en cuestión nada tiene que ver con el perfeccionamiento de los contratos objeto de ésta, suministro e instalación, ya que se refiere "a la instrumentación documental de los contratos". Por lo cual, es manifiesto el error de hecho en que incurrió el Tribunal al darle alcances y efectos que no tiene, de donde fue conducido a darle indebida aplicación al artículo 1858 del Código Civil, y a dejar de aplicar las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil referidas.

7. Otro de los pilares autónomos del fallo lo vincula el sentenciador a la aceptación de la oferta por Centro Coltejer, la que tiene por extemporánea. Al efecto razona que la oferta fue discutida en reunión del 10 de marzo de 1970, habiendo sido acogida la solicitud de una rebaja de $ 500.000.00, premisa que llega con fundamento en las declaraciones de Uribe Echavarría (Fl. 98 v. del Cdno. Nº 10), de Edwin Bridge (Fls. 57, 58 cdno. Nº 10), y en los interrogato-

rios de parte visibles a los folios 14 vuelto y siguientes del cuaderno número 6 y 22 y siguientes del cuaderno número 7. Si era mediante la firma del representante de la demandante en el impreso como tenía que manifestarse el consentimiento de Centro Coltejer, concluye el Tribunal, y si tal firma se colocó "aproximadamente en la segunda mitad de julio de ese año", según lo manifestó el gerente de la actora (Fl. 26 v. Cdno. Nº 7), es claro que "la aceptación aparece dada extemporáneamente, si se tiene en cuenta que la oferta se hizo el 10 de marzo de aquel año y que el artículo 187 del Código de Comercio fija un lapso muy corto para aceptar o desechar la propuesta". Y por otro aspecto, continúa el fallador, a la luz del artículo inmediatamente siguiente al citado, tampoco comprometió su responsabilidad contractual la demandada por cuanto la oferta contenía una manifestación unilateral de voluntad "que impedía retirarla mientras no transcurriera el término de sesenta días", y como la demandante no firmó el impreso dentro de ese lapso, que era requisito para que se produjera la aceptación, es elemental que ésta fue "extemporánea y, por lo mismo ineficaz, estando llamada, tan sólo, a constituir una nueva oferta".

8. Se ve pues, arguye el censor, que el Tribunal estima que en la cláusula 15 de la oferta se previeron "solemnidades convencionales de indispensable observancia para el perfeccionamiento de los contratos ofrecidos", que se cumplieron por Coltejer como aceptante cuando ya había expirado el plazo. Pero como visto quedó atrás que tal idea es contraevidente por cuanto la cláusula en referencia no impone "formalidades *ad substantiam actus* sino solo *ad probationem*", resulta fácil entender que así mismo el fallador ha incurrido en contraevidencia en cuanto pretende que solo a la firma de la propuesta por el gerente de Coltejer vino "a producirse la aceptación de ésta".

9. A la vez el Tribunal no podía encontrarle piso firme a su sentencia con el argumento manifiestamente equivocado de que Centro Coltejer apenas podía aceptar la oferta firmando el documento que la contenía y que por eso la aceptó apenas cuando la firmó ya cuando había perdido su vigencia, puesto que, como se verá, la oferta se aceptó "desde el 10 de marzo de 1970".

10. El Tribunal aparentemente aplica el caso de autos el artículo 185 del Código de Comercio, lo que sería aplicar indebidamente dicha disposición que contempla "hipótesis de oferta sin plazo expreso ninguno para que el destinatario se pronuncie sobre ella", cuando es lo cierto que venía hablando de "que la oferta se expidió con una vigencia de sesenta días".

11. Pero fuera de los errores que se han dejado demostrados, distraído por ellos, el Tribunal incurrió en otros al no advertir en el expediente la presencia de "prueba innumerable que acredita y establece plenamente que, con base en la oferta del 10 de marzo de 1970, se cerró en esa misma fecha la negociación entre Otis Elevator Company y Centro Coltejer S.A.", sin que, por lo tanto, sea dado hablar de que Coltejer hubiera dado aceptación con extemporaneidad.

12. El contrato para el suministro e instalación de los equipos había sido buscado por Coltejer desde 1966, según documentos obtenidos en diligencia de exhibición en la oficina de Otis en Bogotá (paquete Nº 1 anexo al expediente, folios 7 y ss. del Cdno. Nº 6) y en New York (Cdno. Nº 13), documentos que el Tribunal olvidó tener en cuenta, y de donde resulta que se llegó a la reunión a nivel de directivos que se celebró el 10 de marzo de 1970, en la cual se ajustó el negocio, luego de acordarse una rebaja de $ 500.000.00, que nadie discute (Fl. 334 Cdno. Nº 1 y fl. 16 Cdno. Nº 6, y fls 293 y 296 Cdno. Nº 6). Luego no hay duda de que el 10 de marzo se cerró la negociación sobre las condiciones generales y especiales que habían figurado ya en la propuesta del 1º de diciembre de 1969 (Fls. 275 y ss. del cdno. Nº 13), con ciertas variaciones (Fls. 218 y ss. mismo cuaderno). Sobre esas modificaciones acogidas el 10 de marzo hay abundante prueba. (Declaraciones de Edwin Bridge, fls. 244 y ss. Cdno. Nº 6, fls. 154 v. a 157 mismo cuaderno, y 17 v. y 117 cdno. Nº 10; de Uribe Echavarría, fls. 98 v. Cdno. Nº 10; de Guillermo Londoño Mejía, fl. 112 Cdno. Nº 10, y de Alberto Vélez Escobar, fls. 35 y 90 Cdno. Nº 10). Esas versiones son todas coincidentes entre sí y con la versión de Alvaro Londoño (Fl. 22 Cdno. Nº 7). Después de haber observado las calidades de los ascensores Otis, ya teniendo cotizaciones de diferentes casas fabricantes, quizá el 10, Uribe Echevarría dijo que prefería a Otis si rebajaba en $ 500.000 su cotización, lo que fue aceptado por Edwin Bridge, quien dice: "en mi sentir en ese momento la Otis, por conducto de su representante legal en Medellín, vendió al Centro Coltejer S. A. los ascensores y las escaleras electromecánicas", y como evidencia de esa celebración mucha importancia tiene la carta que Bridge dirigió a Uribe Echevarría el 16 de noviembre de 1970

(Fls. 10, 16 edno. Nº 1) y que guarda relación con el informe vendido por el mismo a Otis en Colombia el 12 de marzo (fl. 63 edno. Nº 3), en que repite la historia del acuerdo del 10 de marzo.

13. A la luz de tales documentos, la negociación estaba pendiente por aspecto precio, ya que había acuerdo sobre condiciones generales y especificaciones contenidas en la oferta del 1º de diciembre de 1969, salvo las modificaciones ya convenidas según se aprecia en carta del 4 de marzo de 1970 dirigida por Bridge a Coltejer (Fl. 193 Cdno. Nº 10), modificaciones todas incorporadas en la propuesta del 10 de marzo.

14. Protuberante entonces que el 10 de marzo vino a quedar perfeccionado el contrato que "podía adquirir vida por el mero acuerdo de voluntades, pues ninguna solemnidad legal ni convencional había que observar al efecto". Entonces, el haber ignorado el Tribunal hecho tan patente y haber omitido tener por demostrado el contrato, "constituye error manifiesto de hecho cuyas consecuencias deben ser rectificadas en casación".

15. Además, Bridge como gestor de la firma que en Medellín en todo momento actuó ante Coltejer como mandatario de la Otis (art. 2149 C. C.), en su gestión comprometió a ésta (arts. 831 y 862 C. de Comercio anterior al vigente, y arts. 1505, 2142, 2186 Código Civil), todo lo cual es aceptado por Federico Dever, gerente de ventas de Otis, en varias declaraciones, en las cuales relieva que Edwin Bridge fue encomendado para acoger la rebaja de precio a que se ha hecho referencia, habiendo manifestado, una vez que se le envió la propuesta con el nuevo precio, que ésta "tenía algunos errores en sus aspectos técnicos", pidiéndonos que las corrigiéramos e hiciéramos algunas aclaraciones, lo que "sucedió en varias oportunidades, de modo que se enviaron hojas enmendadas de la misma oferta fechada el 10 de marzo de 1970" (Fls. 293 y v. Cdno. 6). Lo cual demuestra, según el censor, "que el mismo 10 de marzo tuvo conocimiento la Otis de que su oferta había sido aceptada por Centro Coltejer S. A.". Y aparece demostrado que Bridge La sido quien personalmente ha atendido, desde hace muchos años, los negocios de Otis en Medellín (interrogatorio del Gerente General de la Otis, José Luis Blanco, fl. 15, edno. Nº 6), declaración de Dever (fls. 292 v. edno. Nº 6), y carta de Dever a Edwin (fl. 79, edno. Nº 1), la que reconoce Dever (fl. 302, edno. Nº 6), en la que dice: "De acuerdo con la información que tenemos, tú has obrado de acuerdo con nuestras instrucciones, en este negocio". Y que en condición de representante de Otis en Medellín actuaba Bridge, resalta en diferentes documentos (fls. 17, 21, 22, 26, 35, 42, 45, 60, 91, 93, 143, 148, 343 del Cdno. Nº 13, y fls. 261, 263 y 268 del fólder Nº 3 que integra el paquete Nº 1, fl. 76 del edno. Nº 6). En el mismo directorio telefónico de Medellín aparece que la representación de Otis la tenía Bridge, como lo reconoce Dever (fls. 303 v. el edno. Nº 6). Y son muy dicientes respecto de esa representación las declaraciones de Alberto Vélez Escobar, Rodrigo Urive Echavarría, y Guillermo Londoño (flts. 92 v., 94 v., 95; Nº 10, 101 v., 102, 108 v.; 112 v., 116 v., 122 del edno. Nº 10). Pero es más, la circunstancia de que Bridge ha sido representante desde mucho tiempo en Medellín de Otis, es realidad que surge resplandeciente de la misma documentación allegada por la demandada (fls. 236, 349 a 264, 385 a 450 del edno. Nº 10; fl. 76, edno. Nº 6; la misma contestación de la demanda, fl. 322, edno. Nº 1, al contestar el hecho 6º). Y al pretender Otis negar esa representación, asevera el impugnante, "ha incurrido en abuso del derecho de defensa, con menoscabo del principio de lealtad procesal cuya observancia manda a las partes y a sus apoderados el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil" y, concluye, "el Tribunal no se percató de esa conducta procesal indebida porque de haberse dado cuenta de ella ha debido deducir de ahí indicios en contra de la parte demandada, como lo dispone el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, lo que no hizo en virtud del error manifiesto de hecho en que incurrió al respecto", al que es de agregar a los anteriores que han sido referidos.

16. De la anterior serie de pruebas, no vistas por el fallador, surge incuestionable que Edwin Bridge, como gestor de Walter Bridge Ltda., atendió el negocio, *autorizado* por Otis, y en tal carácter fue como el 10 de marzo de 1970 celebró con Coltejer el contrato respectivo, y si fuera preciso, no obstante, "en el caso aquí considerado se dan con superabundancia todas las condiciones fácticas que la doctrina y la jurisprudencia reclaman para admitir y dar por establecido, en función protectora de terceros de buena fe, el fenómeno del mandato aparente", tesis sostenida con base en el artículo 2199 del Código Civil, tema sobre el cual se ha pronunciado la Corte en varias ocasiones, entre otras, en sentencia del 11 de mayo de 1964 (Tomo CVII 1ª parte, págs. 147 y ss.), en la cual se lee: "Para la seguridad de los negocios jurídicos y en defensa de los terceros de buena fe, hizo su

aparición la teoría del mandato aparente". Así que el Tribunal cayó en errores de hecho por no advertir que Edwin Bridge era mandatario de Otis y que en esa condición había celebrado el contrato del 10 de marzo, sin que se hubiera percatado tampoco, como atrás quedó dicho, que de muchas pruebas ya aludidas (fls. 244 y 154 v. del edno. Nº 6 y 47 v. y 125 del edno. Nº 10, 86 a 90 del edno. Nº 1), surge la realidad de que hubo confesión de parte en cuanto a que Bridge era mandatario, carácter de confesión que se infiere del artículo 198 del Código de Procedimiento Civil. Y débese añadir, dice el recurrente, "que al haber perdido de vista que Edwin Bridge era mandatario de Otis, y que en esa calidad celebró con Centro Coltejer S. A. el contrato del 10 de marzo de 1970, por vía indirecta el Tribunal violó por falta de aplicación las normas legales del contrato de mandato relativas a su constitución y a los efectos respecto al mandante de los actos jurídicos celebrados con el mandatario de éste", por lo cual también fueron infringidos los artículos 831 y 832 del Código de Comercio vigente por entonces, como asimismo los artículos 1505, 2142, 2186 del Código Civil, normas todas éstas "que debió el Tribunal aplicar, pero que no lo hizo por haber pasado por alto hechos acreditados debidamente".

17. Cometió el Tribunal no sólo los errores de hecho que se han examinado, sino otros más, puesto que están acreditadas diversas acusaciones de la Otis significativas de que se consideraba vinculada al contrato perfeccionado el 10 de marzo, circunstancias que fueron ignoradas por el fallador o les dio significado distinto, que de no haber sido así habría encontrado probada la celebración del contrato, tales son:

a) La realización de labores constitutivas de actos de ejecución contractual;

b) Presentación de programas de trabajo para el adelantamiento del mismo;

c) El envío de facturas pro forma con destino a efectuar la importación de los equipos, y

d) Publicación de avisos de propaganda indicativos de que había sido escogida por Coltejer para suministrar e instalar los equipos.

18. Las pruebas que acreditan esas conductas, no apreciadas o mal apreciadas, son éstas:

a) Carta del 24 de junio de 1970, de Dever a Walter Bridge, en que se relacionan varias dificultades técnicas del edificio y las modificaciones que Otis consideraba que debían hacerse para instalar los ascensores, con la observación de que no se habían tenido en cuenta las modificaciones insinuadas respecto de los "planos arquitectónicos para la elaboración de nuestro plano de montaje", frase que no deja duda de que Otis estaba adelantando trabajos preparatorios relacionados con la ejecución del contrato (fl. 72, edno. Nº 1; fl. 76, cduno. Nº 6, fólder número 3, fl. 64 del paquete Nº 1). Y además de "los planos de montaje", Otis adelantó por intermedio de funcionarios y trabajadores suyos obras materiales y estudios en el edificio, como resulta de numerosos testimonios, verbigracia: Julio Enrique Gómez Tapias (fls. 120 y ss., edno. Nº 6 bis); Carlos Madrid (fls. 131 y 133, edno. Nº 6 bis); Javier Echeverry Palacio (fl. 140, edno. Nº 6 bis); Federico Dever (fls. 301, edno. Nº 6), y Rodolfo Restrepo (fl. 96, edno. 6 bis). La colocación de los "praekets" o "anclajes" de que hablan los testigos es ciertamente indicativa de iniciación de trabajos en orden a cumplir con el contrato, ya que cada firma tiene su sistema diferente, tanto que la Mitsubishi el primer paso que dio para llevar a cabo el suministro e instalación de los equipos, en lugar de la Otis, hubo de comenzar por la postura de los brackets (Fls. 170, 171, 173 y 174 del edno. Nº 6 bis).

Luego hay contraevidencia en la afirmación del Tribunal en el sentido de que tales procederes no pueden considerarse "como un principio de ejecución del contrato, sino como verificación de actos preparatorios", según deduce de las declaraciones de Luis Leaño Pulido, Luis H. Lima y Luis Alberto Restrepo, quienes se dejan llevar por la ingenua disculpa de Federico Dever de que apenas se trataba de "actos de cortesía y relaciones públicas con posibles clientes" (fls. 24 y ss., 286 y 241 y ss., edno. Nº 11);

b) Programa de trabajo relacionado con la ejecución de la obra (fl. 152, edno. Nº 1 y fl. 24 v., edno. Nº 6 bis) adaptado a la progresiva construcción del edificio, elaborado por el propio Dever, como así éste lo reconoce (fl. 299 del edno. Nº 6), entregado por él con destino a Coltejer, según Bridge lo informa en sus declaraciones (fl. 247, edno. Nº 6, fls. 154 v. del mismo cuaderno, 47 v. y 123 edno. Nº 10), programas sobre el cual son muy claros los testigos Rodolfo Restrepo, Julio Enrique Tapias Gómez, Carlos Arturo Madrid y Javier Echeverri (fls. 111, 123 v., 126, 130, 134 y 143 edno. Nº 6 bis);

c) Consta que con fechas 13 y 28 de abril de 1970, Otis envió a Walter Bridge y Cía., y a Edwin Bridge, un juego de facturas pro-forma

por los nueve (9) ascensores y los cuatro (4) escaleras previstas en el contrato (fls. 65 y 66, cdno. Nº 1 y 75 cdno. Nº 6), refiriéndose las cartas de envío con discriminación de los países en donde deberían ser fabricados, y los precios respectivos para cada uno, con lenguaje propio de quien se siente obligado por un contrato, diciendo que "serán suministrados por nuestras fábricas", siendo muy claro sobre el particular Bridge (fls. 154 v. del cdno. Nº 1, 243 y 255 del cdno Nº 6, y 47 v. y 125 v. del cdno. Nº 10).

d) Obra en autos un ejemplar de la revista "Ingeniería y Arquitectura Construcción", del mes de julio de 1970, en cuya página 82 aparece un aviso de Otis alusivo a los ascensores y escaleras, destacando el sistema VIP-260, predominando en el aviso el edificio Coltejer (anexo número 2, fls. 93 v. Cdno. Nº 6). Aviso, no se remite a dudas, que fue publicado para destacar la importancia de la Otis, como empresa constructora e instaladora de tales equipos, aviso que no pudo ser publicado sino sobre la base de que existía el contrato, siendo de mucha importancia sobre el aspecto las afirmaciones de Nena Bravo Betancur (Fls. 286 y 288 Cdno. Nº 6) en el sentido de que el aviso fue ordenado por Otis y pagado ($ 2.150) por Dover en el mes de octubre de 1970.

19. El cúmulo de errores de hecho cometidos por el Tribunal, dice el censor, dio lugar a la violación de los preceptos de derechos sustanciales relacionados en un principio y los que citó luego como infringidos. Si el fallador no hubiera incidido en esos errores, habría encontrado que la oferta del 10 de marzo de 1970 fue "válida y eficaz" y que "fue aceptada oportunamente por su destinario" en la reunión en que intervino Edwin Bridge "con plenas autorizaciones de la Otis". De tal suerte que si el Tribunal "hubiera visto tales extremos le habría dado aplicación a los artículos 184, 186, 187, 188 y 190 del Código de Comercio vigente en 1970, que determinan precisamente cuándo y bajo qué condiciones hay oferta, cómo es ésta vinculante para quien la hace, cuándo y cómo hay aceptación, y cómo el cruce de aquélla con ésta genera el vínculo contractual que corresponda. Igualmente, de no haber cometido los errores que se le imputan, además de haber aplicado los artículos del Código de Comercio dichos, habría aplicado también los del mismo Código y los del Código Civil que regulan los aspectos aquí de interés relacionados con los contratos en general, y en especial con los que fueron materia de la oferta de la Otis aceptada por Centro Coltejer S. A., esto es, de venta y de obra", disposiciones que el sentenciador dejó de aplicar "al haber decidido que no se celebraron los contratos". Y también, precisa ahora el censor, se violó el inciso 1º del artículo 192 del Código de Comercio, por aplicación indebida, a consecuencia del error manifiesto al haber visto "en el formato preimpreso utilizado por la Otis para formular la propuesta... un 'anuncio impreso' de los que la referida disposición no considera como ofertas obligatorias, siendo ostensible que aunque ella aparece impresa en parte, no es de modo alguno anuncio", fuera de que el sentenciador perdió de vista que la oferta está dirigida a la única persona interesada en ella, y que eso solo le quita el carácter de anuncio, amén del de indeterminada que la norma aludida señala como elemento fáctico de la hipótesis que regula", siendo por otra parte impertinente la aplicación del inciso 2º del mencionado artículo que nada tiene que ver con la cuestión planteada en el proceso.

20. Como consecuencia de todo lo expuesto en la presentación de los cargos, el impugnante impetra que se quiebre la sentencia acusada para que, en su lugar, la Corte entre a proferir la que haya de sustituirla, "en la cual se hagan las declaraciones y condenas pedidas en el libelo de demanda".

Consideraciones de la Corte

Para poder apreciar si el Tribunal incurrió en los errores de hecho que en este cargo se le imputan, si tales errores fueron trascendentes y si, a consecuencia de ellos, se infringieron las disposiciones sustanciales que la censura señala, es preciso examinar separadamente el contenido de la oferta hecha por Otis a Centro Coltejer, la aceptación de ésta y la conducencia o inconducencia de haberse solicitado en la demanda la indemnización de perjuicios sin subordinarla a la resolución o el cumplimiento en especie del contrato.

a) *La oferta.*

A folios 22 y siguientes del cuaderno número 1 está visible el documento contentivo de la oferta que Otis dirigió a Centro Coltejer. En su encabezamiento se lee: "Otis Elevator Company propone suministrar e instalar el equipo descrito en las especificaciones fechadas el 10 de marzo de 1970 que en 28 hojas útiles se agregan a esta propuesta, como anexo, por la suma de doscientos cincuenta y dos mil ciento ochenta y tres dólares norteamericanos F.A.S. puerto de

embarque (US$ 252.183), más la suma de ochocientos noventa y seis mil novecientos pesos, por instalación y material local (Pa.$ 896.900.00)".

A continuación del documento de oferta (folios 24 y ss.), figuran las especificaciones fechadas el 10 de marzo de 1970, en 28 hojas útiles. En ellas se determina detalladamente el equipo ofrecido en venta y los materiales y servicios para la instalación del mismo.

El nuevo Código de Comercio, en su artículo 845, expresa que "La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio...". El antiguo Código de Comercio Terrestre, bajo cuya vigencia se hizo la oferta de Otis a Centro Cultejer, no determinaba expresamente cuál debía ser el contenido de la oferta. Mas era fácil deducirlo de la disposición del artículo 1501 del Código Civil, aplicable en lo comercial por mandato del artículo 1º de aquella obra.

Conforme a dicho artículo 1501, "Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la ESENCIA *de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la* NATURALEZA *de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son* ACCIDENTALES *a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales".*

Lo que forma el contrato son sus elementos esenciales; porque el contrato existe sin los accidentales, que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y porque los naturales se entienden pertenecerle aunque no se expresen.

En el caso de este proceso, el contrato ofrecido por Otis a Centro Cultejer era de compraventa, dada la disposición del inciso cuarto del artículo 2053 del Código Civil: "Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta" (se subraya). Otis, es decir el artífice, ofreció suministrar la materia principal para la ejecución de la obra propuesta (los ascensores y escaleras mecánicas, así como gran parte de los materiales necesarios para la instalación). Por lo tanto, con arreglo a la disposición transcrita, el contrato ofrecido fue de venta.

"La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio", salvo la de bienes raíces, servidumbres o sucesión hereditaria, reza el artículo 1857 del Código Civil. Por lo tanto, es jurídicamente eficaz la oferta que Otis dirigió a Centro Cultejer, puesto que contiene relación pormenorizada de los equipos que se proponía suministrar e instalar el oferente y determinación del precio de tales equipos, los materiales de construcción de la obra y su montaje.

Los renglones en blanco que en el documento de oferta se advierten, relativos a plazos de entrega, son cosas accidentales cuya ausencia no afecta la validez y eficacia de la propuesta.

b) *La aceptación*

Según el artículo 190 del Código de Comercio Terrestre, "la aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, produce los mismos efectos y está sujeta a las mismas reglas que la expresa".

Sin embargo, esta disposición en principio no era aplicable al caso del proceso, dado el texto del numeral 15 del documento de oferta de Otis, que dice así: "Esta propuesta aceptada por el cliente al pie, y aprobada por el Representante Legal de Otis, constituirá el contrato entre las partes..." *(se subraya).*

Se trata aquí de lo que se denomina "compraventa solemne por voluntad de las partes", fenómeno previsto por el artículo 1858 del Código Civil y que viene a ser una de las excepciones a la regla general de que dicho contrato es consensual. Reza así ese artículo: "Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inciso 2º del artículo precedente, no se reputa perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida".

De la lectura de este texto legal concluíyese: en el caso de que los interesados otorguen la escritura pública o privada por ellos prevista, se perfecciona el contrato de compraventa, que es precisamente lo mismo que ocurre cuando el contrato es solemne por disposición directa de la ley; sólo que en la hipótesis lo es por voluntad de las partes, quienes han querido que el contrato "no produzca ningún efecto civil" sin la observancia de la formalidad especial de otorgarse el instrumento (art. 1500). Con todo, si los interesados no llegan a otorgar la escritura, pero de

mutuo acuerdo principian la entrega de la cosa, la compraventa se repula igualmente perfecta y ya no será contrato solemne o no habrá necesidad de que lo sea. Puede entonces que el principio de entrega de la cosa, consentido por ambos interesados, tiene doble efecto; implica mutuo disenso de la necesidad de otorgar escritura y significa la iniciación del pago de la principal obligación del vendedor, es a saber, la de hacer tradición de la cosa vendida. Esto en razón de la autonomía que tienen las partes para gobernar sus relaciones, de modo que el acuerdo de ellas que se infiere de su conducta concluyente les permite deshacer, alterar o complementar sus estipulaciones precedentes, en este caso la necesidad de otorgar instrumento.

Por principio de entrega *de la cosa debe entenderse todo acto por el cual se proceda a iniciar el comienzo del cumplimiento de alguno de las obligaciones principales que el contrato está destinado a producir, lo cual supone la aceptación de la oferta y consiguientemente el perfeccionamiento del contrato.*

Ahora bien; en el caso de este proceso ocurrieron hechos que implican claramente un principio de ejecución del contrato materia de la oferta. Entre ellos se destaca la colocación de los "brackets" o anclajes de los ascensores, de tamaño y especificaciones especiales para cada firma fabricante que tomo a su cargo el montaje de tales equipos. Esta obra, ejecutada por Otis en vigencia de su oferta, y con la aceptación de Centro Coltejer, no puede interpretarse como meramente preparatoria de una simple oferta no aceptada, sino como iniciación del cumplimiento de las obligaciones propias del contrato. No es imaginable que Otis y Centro Coltejer corrieran el riesgo, la una de perder el trabajo realizado, y la otra, de tener que afrontar una nueva ejecución de dicho trabajo, destruyendo el ya hecho. Esta circunstancia, que no fue aislada sino complemento de otras que indican el comportamiento de las partes, demuestra conducta concluyente de Otis de celebración del contrato y de su vinculación firme con él, como lo entendieron sus funcionarios y agentes, según aparece de sus testimonios y correspondencia escrita.

Tiene pues razón la parte recurrente cuando afirma que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente al apreciar las pruebas que demuestran la ejecución de esa obra por Otis, con el consentimiento de Centro Coltejer, como aparece en las declaraciones testimoniales de Tulio Enrique Gómez Tapias, Carlos Madrid, Javier Echeverri Palacio, Federico Dever y Rodolfo Restrepo, quienes dan cuenta de las obras materiales adelantadas por Otis mientras la oferta estaba vigente. Estas obras, evidentemente, constituyeron un principio de ejecución del contrato, que excluyó la necesidad de que las partes suscribieran el documento contentivo de la oferta, el cual vino a ser firmado por Centro Coltejer por fuera del término de sesenta días indicado en el numeral 1 de dicho documento.

Incurrió pues el Tribunal en manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas anteriormente indicadas, conforme a las cuales, entendidas en su verdadero sentido, hubo un principio de ejecución del contrato ofrecido por Otis. Y a consecuencia de tal yerro, violó el sentenciador de segundo grado, por falta de aplicación al proceso, las disposiciones sustanciales que en la censura se indican, señaladamente lo del artículo 187 del antiguo Código de Comercio Terrestre, a cuyo tenor el proponente que se retracta debe indemnizar al destinatario de la oferta de todos los perjuicios que con el retracto le haya causado. El retracto de Otis consistió en negarse a cumplir el contrato ofrecido, exigiendo un aumento de precio.

c) *La indemnización*

En la demanda que dio origen a este proceso se pide que la sociedad demandada indemnice a la demandante, sin subordinar esta súplica a la de resolución o cumplimiento en especie del contrato celebrado entre ellas.

Con arreglo al citado artículo 187 del Código de Comercio Terrestre, "la retractación tempestiva no libera al proponente de la obligación de indemnizar los gastos que hubiere hecho y los daños y perjuicios que hubiere sufrido la persona a quien fue encaminada la propuesta, o de llevar a cumplido efecto del contrato iniciado".

Según puede apreciarse, este texto legal no subordinaba el cobro de la indemnización por retracto tempestivo a la resolución del "contrato iniciado". Establecía una opción a favor del destinatario de la propuesta; o bien exigir indemnización compensatoria por los daños sufridos a consecuencia del retracto, o bien exigir el cumplimiento en especie del "contrato iniciado".

Resulta pues trascendente el error de hecho imputado por el censor al Tribunal, puesto que condujo a negar la indemnización pedida en la demanda, con desconocimiento del derecho de la sociedad demandante. Por ello, será necesario quebrar la sentencia acusada y dictar en su

remplazo la que corresponda con base en las razones expuestas en el despacho de la impugnación.

El cargo, de consiguiente, prospera.

Sentencia de instancia

Los presupuestos procesales no ofrecen ningún reparo. Ambas partes son personas jurídicas debidamente representadas en el debate. De acuerdo con la providencia que desató la excepción previa de incompetencia del Juez de Medellín, el proceso fue tramitado en ambas instancias en Bogotá. Y la demanda cumple con los requisitos de la ley. No se observa, además, motivo alguno de nulidad capaz de invalidar la actuación.

Finalmente, el debate se trabó entre personas legitimadas por los aspectos activo y pasivo.

Como ya quedó dicho, la pretensión indemnizatoria fue correctamente deducida en la demanda, por no ser necesario que la sociedad demandante la subordinadara a la resolución o el cumplimiento en especie del contrato.

La celebración de éste, que es de compraventa, fue debidamente demostrada con el documento de propuesta y con el principio de ejecución de las obligaciones propias del contrato ofrecido. Y el incumplimiento imputado a Otis surge con evidencia de su actitud de desconocer la existencia del contrato y negarse a ejecutarlo sin previo arreglo del precio convenido. Se reúnen pues los requisitos de la responsabilidad contractual, a saber: inejecución o falta de pago, culpa del deudor (que se presume) y daño causado al acreedor.

La condenación se hará en abstracto, por no haber pruebas que establezcan un monto determinado del valor de los perjuicios reclamados. Pero la liquidación se hará precisamente sobre las siguientes bases:

a) Daño emergente, mayor valor de los equipos adquiridos por Centro Coltejer, deducido el menor valor del montaje;

b) Lucro cesante, pérdida por la demora en comenzar a aprovechar el edificio de Centro Coltejer.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia objeto del recurso extraordinario, pronunciada el 3 de junio de 1978 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso, y en su lugar, REVOCANDO la proferida por el Juez en la primera instancia,

Resuelve:

Primero. Otis Elevator Company es contractualmente responsable de los perjuicios que causó a *Centro Coltejer S. A.*, por haber incumplido aquella sociedad el contrato celebrado con ésta para el suministro y el montaje de varios ascensores y escaleras electromecánicas destinados al edificio que *Centro Coltejer S. A.*, construyó en Medellín.

Segundo. En consecuencia, condénase a *Otis Elevator Company* a pagar a *Centro Coltejer S. A.*, una indemnización compensatoria de perjuicios cuyo monto será determinado sobre las bases indicadas en la parte motiva de esta sentencia y conforme al procedimiento previsto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Las costas de primera y segunda instancias son de cargo de la parte demandada (numeral 4 del artículo 392 del citado Código). Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Fernando Hinestrosa Forero, Conjuez, *Ricardo Uribe Holguín*.

Luis H. Mera Benavides
Secretario.

Salvamento de voto

Con todo respeto, me separo del criterio seguido, por la mayoría de la Sala de Casación Civil, en la sentencia por medio de la cual la Corte Suprema de Justicia puso término al proceso ordinario, por responsabilidad aquiliana, adelantado por "Centro Coltejer S. A." frente a "Otis Elevator Company".

Al efecto, expongo las argumentaciones que tuve en cuenta en el proyecto de fallo que, sobre el particular, presenté a consideración de la Sala, como ponente, y que no fue acogido.

Dos cargos fueron formulados en contra de la sentencia recurrida, ambos con estribo en la causal primera; uno, por vía directa, por considerar el censor que es ostensiblemente equivo-

cuda la noción de oferta que trae el fallo del Tribunal al decir que ha de contener no solo los elementos esenciales del contrato cuya celebración propone sino que ha de indicar, por otra parte, de manera expresa, los demás elementos propios del convenio, o sea los naturales, y hasta, inclusive los accidentales, pues la tesis es la de que la policitación debe llevar consigo no sólo los elementos esenciales, sino "todas las condiciones y circunstancias del acto"; y otro, que se formula por vía indirecta, con fundamento en supuestos errores evidentes de hecho, en la apreciación de las pruebas, en que habría incurrido el *ad quem*.

Respecto del primero, tuve oportunidad de expresar:

1. El acuerdo de voluntades en busca de generar obligaciones de orden jurídico no siempre surge de modo simultáneo sino que se genera a través del proceso de la oferta de una de las partes y la correlativa aceptación de la otra lo que no descarta conversaciones previas, plasmándose así el consentimiento, ya sea expresa o tácitamente, de modo escrito u oral, todo dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de quienes actúan en ese período precontractual, siempre y cuando que no contraríau el orden público o las buenas costumbres.

2. Nuestro Código Civil no señala ninguna reglamentación de la oferta, la que, en cambio, sí resulta reglamentada tanto en el Código de Comercio antiguo, en sus artículos 184 a 192, con vigencia por la época en que tuvo ocurrencia el entendimiento entre la "Otis Elevator Company" y "Centro Colcjer S. A.", en busca de acordar el suministro e instalación de unos ascensores y escaleras electromecánicas de parte de la primera sociedad para su funcionamiento dentro de un edificio construido por la segunda en Medellín; como así mismo el nuevo Código de la materia contempla el fenómeno a través de sus artículos 845 a 853, reglas que son aplicables en la órbita civil en virtud del principio de analogía que establece el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, estatuto legal que a la vez impone en su artículo 38 como precepto directriz el de que "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración".

3. El contrato queda perfeccionado desde el momento mismo en que la oferta no sometida a condiciones recibe acogimiento por aquél a quien va dirigida, siempre y cuando sea precisa en sus términos, vale decir que sea completa, que no deje incertidumbre respecto de los elementos estructurales del negocio, de manera suficientemente especificada como para que rinda sus consecuencias en la esfera jurídica por la aquiescencia pura y simple de su destinatario, ya que si es incompleta es elemental que no puede producir efectos vinculantes, entendiéndose que los aspectos secundarios pueden ser especificados con posterioridad.

4. Indudablemente, no otra cosa quiso significar el Tribunal al decir que "para que la oferta dirigida a determinada persona tenga la virtualidad de obligar al proponente debe ser completa, pues, las incompletas, esto es, las que no determinan todas las condiciones del contrato no son propiamente ofertas", sin que quepa entender, como arguye el censor, que el sentenciador ha dado aplicación para el caso *sub lite* al inciso 1º del artículo 192 del Código de Comercio, cuando termina su argumentación con cita de tal ordenamiento, sino que hay que tomar esa puntualización en sentido meramente diferenciativo: "No son propiamente ofertas, constituyendo estímulos para que se formulen ofertas, o simples invitaciones destinadas a orientar a las personas y a provocar de éstas eventuales propuestas", aquéllas que se formulan, como lo dice el texto, de modo indeterminado "en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos o en cualquiera otra clase de anuncios impresos", ya que así anunciadas no son obligatorias para quien las presente.

5. Tampoco se desprende de la precisión que se comenta que el fallador haya entendido que la oferta para ser valedera jurídicamente como tal tenga que indicar en sus términos todos los aspectos del contrato que contempla el artículo 1501 del Código Civil, esto es, los que son de su esencia, los que son de su naturaleza, y los puramente accidentales; entendiéndose por los primeros los que si faltan inciden en la inexistencia de la convención o en una diferente; por los segundos, los que le pertenecen sin que sea menester cláusula especial; y por los últimos, aquéllos que se impone agregar mediante cláusula especial en razón de que no influyen ni en las cosas que son de la esencia, ni en las que son de la naturaleza del acuerdo contractual.

6. Tan cierto es que el Tribunal no tuvo en mientes sentar la tesis absolutista de que sólo la oferta es valedera en orden a convertirse en negocio jurídico cuando concurren en ella todos los supuestos de la disposición en comento, que para sacar sus conclusiones al respecto trae en respal

de el pensamiento de un comentarista nacional cuando sobre el particular expresa: "Decir que la oferta debe ser completa significa que ella debe contener en sí todos los elementos, condiciones y circunstancias del acto, de modo que sólo falte la aceptación del destinatario, o ésta y el lleno de las formalidades legales para que el negocio se repute perfecto. Por tanto, en la oferta deben hallarse todos los requisitos esenciales del negocio jurídico que se propone; la determinación de la prestación ofrecida y de la contraprestación que a cambio de aquélla se exige: la determinación del objeto de las obligaciones de cada una de las partes; las condiciones y plazo de la negociación; lugar y tiempo donde deben cumplirse dichas prestaciones". Por ningún lado el tratadista que en apoyo trae en cita el sentenciador, requiere que la oferta deba señalar a la vez los requisitos que son de la naturaleza del contrato o los que son simplemente accidentales. Tan es así que a renglón seguido expone el siguiente criterio que no da lugar a confusiones: "También debe llevar en sí la oferta los elementos accidentales, o sea, aquellas estipulaciones peculiares del caso concreto, que pueden faltar sin que el negocio quede desnaturalizado, pero que se presentan como convenientes para las partes en ese acto. En cuanto los elementos naturales, si las partes no quieren alterarlos, puede guardarse silencio sobre ellos".

7. Según la transcripción anterior queda claro que solamente los elementos esenciales del negocio son los que estrictamente debe contener la propuesta, aunque sin que tal precisión descarte la conveniencia de expresar los meramente accidentales, como la de exponer las modificaciones que se desee hacer a los que son de la naturaleza contractual.

8. De todas maneras es elemental que haya precisión al determinarse *los elementos básicos del contrato*, en orden a evitar que éste no llegue a ser concertado por dificultades en el discernimiento de cláusulas oscuras de importancia así no impliquen ellas propiamente los dos extremos fundamentales como son cosa y precio, sobre todo cuando con razón se observa que, en un contrato de suministro de elementos cuya entrega estaba sometida a determinadas condiciones tanto en su fabricación en el exterior como en su instalación dentro de un edificio de especificaciones especiales, fuera de esos dos aspectos a que se ha aludido surgían otros que no podían dejarse sometidos a incertidumbre.

9. En realidad el Tribunal no ha sentado en su fallo como tesis escueta que la oferta para que sea completa debe llevar en sí no solo los elementos esenciales del contrato, sino los de su naturaleza y aun los accidentales.

10. Lo que se dice, desde un ángulo de apreciación puramente conceptual que es el que cabe dentro del enfoque de la censura por vía directa que como ha reiterado la Corte "hiere la ley derechamente, en línea recta, sin rodeos"; puesto que si se tomaran en cuenta referencias formuladas por el fallador en relación con elementos que considera no fueron debidamente traídos en la oferta para tenerla por completa, se estaría desbordando la esfera del cargo que se examina para incurrir en terreno vedado al contemplar el agravio dentro del marco probatorio.

11. Lo que se ha dejado expuesto lleva a concluir que el *ad quem* no incurrió, por vía directa, en el quebrantamiento de las normas sustanciales que señala al impugnar lo en el primer cargo, lo que me indujo a pedir que se rechazara.

En lo que toca con el segundo, hice las siguientes puntualizaciones:

1. Este segundo cargo, como ha quedado visto en su enunciación, se hace consistir en errores de hecho en el examen del acopio probatorio, que llevaron al sentenciador a incurrir en la violación de las normas sustanciales indicadas, al no darlas aplicación. Por virtud, según la censura, de que el Tribunal tuvo la oferta como incompleta, cuando ciertamente no puede considerarse como tal; a la vez que entendió que se imponía la firma, en el formato de la propuesta, por las partes contratantes, como solemnidad y no como simple medio de prueba de su constitución; como así mismo tuvo el fallador que la circunstancia de no haber sido signado el documento por los representantes del Centro Coltejer y Otis Elevator Company antes del transcurso de sesenta días a partir del 10 de marzo de 1970, hacía inoperante la oferta, cuando es indudable que éste se había perfeccionado como contrato desde la fecha en que surgió acuerdo entre las dos enticiales, que lo fue precisamente en el momento en que Otis acogió la rebaja de precio propuesta por Centro Coltejer, paso de trascendencia, como todos los otros dados en busca del ajuste del convenio, en que con suficiente representación de la demandada actuó su indiscutible mandatario, Edwin Bridge, su gestor de negocios en Medellín; fuera de que cayó en falencia el *ad quem* al no tener diversas actuaciones de la oferente como indicativas de que se daba como vinculada a la aceptante por relación contractual jurídicamente estructurada el citado 10 de marzo de 1970.

2. Como bien lo precisa el fallador, aunque hubo con anterioridad una serie de actos preparatorios que culminaron el 1º de diciembre de 1969 cuando Otis hizo propuesta a Centro Coltejer para el suministro e instalación de nueve ascensores para pasajeros y uno de obra, y cuatro escaleras electromecánicas para el servicio del edificio que por ese entonces iniciaba su construcción en Medellín, la segunda de las entidades en mención, es lo cierto que la oferta fue estudiada con el resultado de que el 10 de marzo de 1970 vino a convenirse sobre una rebaja de $ 500.000 que fue reclamada por el Presidente de Coltejer, Rodrigo Uribe Echevarría, la que fue acogida por el gestor de negocios en Medellín de la Otis, Edwin Bridge, como también por los respectivos Gerentes de las dos compañías (folios 58 y 98 del cuaderno número 10; 11 y ss. del cuaderno número 7).

3. Sin embargo, para el *ad quem* el documento que recogió esa convergencia de voluntades no es dado tenerse como integral, como bastante en el sentido de constituir una verdadera conversión de la oferta en negocio jurídico bilateral, por motivo de adolecer de ciertas insuficiencias que impiden tener la policitación como completa. Y es lo cierto, como lo señala, que el impreso contentivo de la propuesta de Otis presenta espacios en blanco que propiamente no pueden tenerse como aspectos meramente circunstanciales o accidentales, puesto que esa omisión en llenarlos dejó abierto interrogante sobre condiciones de fondo en la relación contractual, como es fácil entenderlo con la simple transcripción de las respectivas cláusulas en donde se aprecia la falla: "8º El cliente deberá tener listos pozos, cuarto de máquinas y fuerza eléctrica adecuada y permanente el día ... de ... de 19..., y mantendrá a Otis en condiciones de trabajar sin interrupción hasta la terminación de la instalación", y, "11. La instalación se adelantará en horas y días ordinarios de trabajo a fin de que los aparatos puedan estar en condiciones de funcionar el día ... de ... de 19..., siempre que los materiales hayan llegado al edificio, y el pozo y fuerza eléctrica adecuados, estén a disposición de Otis en la fecha especificada en la cláusula 8...". (Folios 22 y 23 cuaderno número 1). Por otra parte, también resulta de autos (hecho 11 de la demanda incoativa del proceso), que, mediante cablegrama del 23 de mayo de 1970, Walter Bridge, solicitó, de Otis informe sobre "las fechas de despacho de las máquinas y equipos contratados, fechas de iniciación de los montajes y fechas aproximadas de desembolsos de dinero" y en el hecho 13, el mismo Bridge, requería a Otis sobre el envío a la mayor brevedad del "juego de especificaciones completas y exactas para los equipos y máquinas que debían suministrar e instalarse en el edificio". Así mismo el Gerente de Centro Coltejer (folios 22 a 25 del cuaderno número 7), no obstante que considera que la negociación definitivamente cuedó concluida el 10 de marzo de 1970, no deja de advertir que era de suponer que debía firmarse un documento "resumiendo nuevamente las especificaciones". Y el Presidente de Centro Coltejer, a pesar de que también se aferra en afirmar que el contrato ya estaba perfeccionado desde la fecha que se acaba de indicar, informa que en conversaciones tenidas con Alvaro Londoño éste le manifestó "que el contrato había venido para la firma pero que le habían encontrado pequeños detalles que debían ser corregidos y que por eso lo había devuelto", y precisa que es de rigor firmar un contrato cuando se hace un negocio, "especialmente en el caso concreto de la Otis en que era indispensable fijar programa, plazo y demás condiciones, y además dejar por escrito lo convenido entre los representantes de las empresas negociadoras en ese momento", así luego agregue que se trataba de minucias. (Folio 101 y ss. del cuaderno número 10). Y por último, sobre el aspecto que se examina, de la misma declaración de Edwin Bridge, relévase que ciertamente no todos los supuestos básicos del negocio quedaron vertidos en el escrito del 10 de marzo, ya que dice que de allí en adelante "seguimos con todo el movimiento de documentación y plazos, facturas proforma, así como el envío en varias ocasiones del texto del contrato para ser corregido el texto de acuerdo con el equipo que se había negociado... Cuando finalmente recibimos el contrato elaborado nuevamente, fue firmado por Centro Coltejer..."; y agrega que con todas esas idas y venidas se trataba "de incorporar o cambiar lo que estaba escrito en la propuesta de Otis para que quedara en armonía con todos esos detalles que se habían convenido". (Folios 50 a 54 cuaderno número 10).

4. En realidad aparece que en el escrito que contiene la oferta del 10 de marzo, como lo advierte el juzgador, faltan ciertas precisiones para considerar que podía tenerse por completa, vale decir, como suficiente para entender que las partes habían acordado todos los elementos y circunstancias para dar por sentada la negociación, así se dejare en claro en el documento cuáles eran los elementos que debía suministrar e instalar Otis y cuál el precio que a Centro Coltejer le correspondía desembolsar por ellos,

pero las especificaciones de éstas, su despacho a Medellín y su montaje, y las fechas de pagos, y otras circunstancias que consideraron de importancia los contratantes dejar determinadas en el contrato y que finalmente fueron acordadas cuando el Gerente de la demandante estampó su firma en escrito que recogía todas las modificaciones sobre las cuales continuaron discutiendo las partes contratantes, dan pie de apoyo para razonar en el sentido de que el fallador no desembocó en error evidente y trascendente de hecho que como se tiene sabido ha de mostrarse de modo manifiesto, palmario, de apreciación a simple vista, como lo quiere el inciso 2º del numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, características que no concurren en el aspecto que se ha examinado por cuanto es indudable que, de todos modos, la respuesta no fue simplemente aprobatoria de la propuesta, sino que la aceptación se sometió a determinadas condiciones, tan así que se cruzaron en varias ocasiones comunicaciones entre Otis y Centro Colsejer, respecto de particularidades para introducir en el contrato, siendo dado entender que hubo entonces sucesivas ofertas y contrapuestas (artículos 186 y 189 del Código de Comercio).

Sobre el particular se ha dicho, en comentarios al nuevo Código, que "si el destinatario expresa aceptar con cualquiera modificación de la oferta, así sea meramente accidental o secundaria, no se forma contrato: hay una nueva oferta o propuesta que el primitivo proponente puede aceptar o rechazar a su vez (artículo 855). En los contratos de libre discusión, la multiplicidad de ofertas mutuas entre los interesados en el negocio es frecuente, y el acuerdo no se logra sino cuando la última propuesta es finalmente aceptada sin modificación". A contrario de lo que ocurre en los llamados contratos de adhesión en los cuales solamente se presenta siempre una oferta, la que, sin posibilidad de contrapropuestas, se toma o se deja, se acepta o se rechaza. Por cierto que en lo que toca con esa falta de acuerdo sobre los extremos de la oferta, según concepto de muy citado tratadista foráneo, "la jurisprudencia francesa, en su conjunto, parece resolver que el contrato no está concertado mientras que subsista un desacuerdo, incluso sobre una cláusula accesoria".

5. Desde otro ángulo, argumenta el impugnante que de acuerdo con el artículo 1500 del Código Civil, conforme ha entendido la doctrina, la regla general lleva a entender que el común de los contratos, entre reales, solemnes y consensuales, es este último, aunque nada es óbice, mientras no se contraviertan el orden público o las buenas costumbres, para que los contratantes estipulen que, a pesar de que el negocio no sea de aquéllos que imponen solemnidades, sólo se tenga como perfeccionado hasta tanto no se vierta en escritura pública o privada, de acuerdo con el artículo 1858 de la obra en cita, habiendo incurrido el Tribunal en yerro evidente de hecho, con indebida aplicación de este artículo que lo llevó a la inaplicación de las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil que señala en el cargo, ya que todo indica que la formalidad se impone *ad probationem* que no *ad solemnitatem* como dogmáticamente entendió el *ad quem*.

6. Efectivamente, una de las cláusulas del documento, la última (15), dice: "Esta propuesta aceptada por el cliente al pie, y aprobada por el representante legal de Otis, constituirá el contrato entre las partes". Y la verdad es que no se cumplió con ese requisito el 10 de marzo de 1970, sino que, después de que se cruzaron entre Colsejer y Otis muchas consultas con miras a sentar las bases definitivas como se dijo en apartes anteriores, solamente vino a ser firmada por el representante de Centro Colsejer el 10 de septiembre de 1970, fecha en la cual ya el personero de Otis se abstuvo de hacerlo, a la vez, con la alegación de que ya no podía otorgar su aprobación al convenio en razón de que había transcurrido un lapso también determinado en el escrito durante el cual los precios de los elementos por suministrar e instalar habían aumentado considerablemente en el mercado.

7. Ahora bien, respecto de que la voluntad de las partes para que el contrato consensual se torne en solemne ha de ser precisa en ese sentido porque si no se ha de tener el requisito del escrito como simple medio de prueba, bien parece que no precisa esfuerzo para tomar como más de acuerdo con los términos de la norma el primer supuesto por cuanto su tenor en lo pertinente es éste: "Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inciso 2º del artículo precedente (bienes raíces, servidumbres, sucesión hereditaria), no se reputa perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura", siempre y cuando, desde luego, que "no haya principiado la entrega de la cosa vendida".

8. Cuando se presenta duda, arguye el censor, sobre el verdadero sentido que los interesados quisieron darle a la cláusula, ésta debe ser inter-

preláda en el de que lo que buscaron en verdad fue tener el escrito como prueba del contrato que no como solemnidad del mismo; interpretación para la cual trae en apoyo cita de autores, foráneos, inclinándose por el primer supuesto en virtud de que la segunda parte de la cláusula precisa: "y toda declaración o convenio no incorporado aquí, se entenderá como sustituido por este documento"; proposición que sin embargo, no lleva poder bastante para desvirtuar la primera que se hace en la cláusula, la que indudablemente da pie para sentar la conclusión contraria, esto es, la de que las partes tuvieron en mientes precisar, apenas de elemental lógica habida cuenta de la importancia de la negociación, que sin la firma en el escrito privado no se constituiría el contrato en que estaban empeñadas las sociedades comerciales que se enfrentan en la litis; o en otros términos, que sometieron la existencia del convenio a la formalidad libremente escogida por ellas de que fuera firmado el documento contentivo del mismo.

9. De todos modos, no se puede menos que advertir que el punto en examen, según las puntualizaciones anotadas, admite dos interpretaciones, particularidad que lleva descartar el error de hecho evidente como lo tiene sentado la Corte, que al efecto ha dicho: "Si un 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 aun en el de la Corte, no sea la más atendible, no sería constitutiva de error de hecho evidente, pues el requisito de la evidencia excluye toda argumentación que fúndase en las probabilidades y no en la certidumbre". (CXLII).

10. Si en cuenta se tiene lo precisado en lo que respecta con la formalidad de la firma de los representantes de las empresas contratantes en el escrito que recoge la oferta, se llega a concluir que tampoco es contraevidente la decisión del Tribunal en cuanto atañe a su determinación de que cuando, Centro Coltejer, por medio de su Gerente aceptó la propuesta al firmarla, conforme lo estipulado en la cláusula 25, ya lo hizo extemporáneamente por cuanto la cláusula primera determina expresamente: "El precio cotizado es válido por 60 días contados a partir de la fecha de esta propuesta y después de ese plazo puede estar sujeta a cambio sin previo aviso", lo que en otros términos significa lo mismo que decir que transcurridos esos días desde la fecha del escrito, esto es, del 10 marzo de 1970; lo que conduce a tomar por correcta la conducta contractual de Otis Elevator Company al negarse a firmar el documento, cuando le fue remitido ya con todas las correcciones firmado por Centro Coltejer en el mes de septiembre de 1970, no en virtud de lo preceptuado en el artículo 186 del Código de Comercio, sino en el 186 de la misma obra que dispone, que "el proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiera comprometido a esperar contestación o a no disponer del contrato, sino después de desechada *o de transcurrido un determinado plazo*". (Subraya la Corte). No se presta a duda que el solicitante sometió, en cuanto al valor del suministro y montaje de los ascensores y escaleras, un plazo para que el destinatario se pronunciara: el de 60 días a partir del 10 de marzo de 1970, día en que se presentó por Otis la propuesta a Coltejer.

11. Arguye el censor que Edwin Bridge, según numerosas pruebas a que hace mención, actuó a través de toda la negociación como mandatario de Otis, comprometiendo a ésta según veces de los artículos 331 y 332 del Código de Comercio y artículos 1505, 2114, 2136 y 2149 del Código Civil, circunstancia que no advirtió el juzgador y que lo llevó a no tener como indicio en contra de la demandada la conducta procesal de ésta al pretender desconocer esa realidad (artículo 249 del Código de Procedimiento Civil), y a pasar por alto que por tener Bridge ese carácter comprometió a su mandante al celebrar "el contrato" el 10 de marzo de 1970, habiendo violado por falta de aplicación las normas sustanciales que se acaban de citar. Pero ocurre que el Tribunal no ignoró que Bridge era gestor en Medellín del negocio de Otis frente a Centro Coltejer, sino que fue por otras razones, ya atrás relacionadas, en virtud de las cuales tuvo por no celebrado el contrato en la fecha que pretende la demandante y en que hace hincapié el recurrente.

12. Fuera de las acusaciones a que se ha hecho referencia, agrega el impugnante que el juzgador incurrió en error al pasar de lado diversas actuaciones desarrolladas por Otis, claramente indicativas de que se consideraba vinculada al "contrato" celebrado con Coltejer el 10 de marzo de 1970, conductas no apreciadas o mal apreciadas y que relevan que la demandada estaba adelantando trabajos en la ejecución de la obra de la instalación de los ascensores y escaleras, conforme se deduce de varios elementos de convicción que obran en el expediente y que trae el censor a cita como se aparece visto en la enunciación del cargo.

13. Es cierto que esas pruebas se produjeron precisamente en busca de la finalidad en que insiste la acusación, pero también lo es que se allegaron otras según las cuales la actividad cumplida por Otis después de presentada la oferta del 10 de marzo implicó no la pretendida demostración de que se sentía comprometida contractualmente, sino simplemente se trató de actividades propias en orden "a precisar los términos y condiciones del contrato propuesto", según las exposiciones de Luis Leaño Pulido, Luis F. Inma, y Luis Alberto Restrepo (fls. 21 y ss. 230, 241 y ss. del cno. número 11), quienes dicen que es costumbre cuando hay oferta o posibilidad de ejecutar la instalación de los ascensores para el caso de que la contratación de la obra se lleve a cabo, aun muchas veces con riesgos de perder las inversiones que la compañía alcance hacer en esa labor que podría tenerse como de simple exploración.

14. No es entonces que el Tribunal no haya visto las pruebas que el censor dice, si no que tuvo en cuenta las que le indicaron que no hubo principio de ejecución de obra sino apenas actividades tendientes a observar las condiciones de la estructura del edificio con miras a ir preparando terreno para el caso de que realmente llegara a concretarse acuerdo sobre la oferta presentada por Otis a Collejer, además de que, de ninguna manera podría entenderse, a la luz del artículo 1858 del Código Civil, *de fide*, que las actuaciones a que se alude implicaran un principio de entrega de la cosa vendida.

15. Precisa no olvidar que el error de hecho tiene que ser evidente, vale decir; de notoriedad a simple observación, que resulte de una falsa apreciación de la prueba, de su desconocimiento, o de su suplantación, sin que el juzgador encuentre respaldo para sus inferencias en elementos de convicción que puedan lógicamente ofrecerles asiento, fuera de que a la vez tiene que ser trascendente respecto de la definición tomada en la parte resolutiva de la cuestión sometida a controversia. "Y como para que este error tenga trascendencia en casación, ha reiterado la Corte, 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". (Sentencia del 7 de julio de 1970).

16. Habida cuenta de los razonamientos formulados, tampoco, en mi parecer, cabe la aceptación del segundo cargo.

Es por lo que he dejado dicho por lo que me incliné por el mantenimiento de la sentencia del *ad quem*, objeto del recurso, no sin advertir que debía, el fallador de instancia, haberse pronunciado sobre el fondo del asunto planteado en la litis, ya que a efecto se le franqueaban los dos supuestos contemplados en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

Reitero, de este modo, mi criterio.

Héctor Gómez Uribe.

Fecha *ut supra*.

Salvamento de voto

Estimo, como también lo deduce la mayoría de la Sala de la Corte en las motivaciones de su fallo, que los manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas, que el casacionista denuncia en el cargo segundo de su demanda, ciertamente tienen existencia.

Creo sin embargo que como la recurrida es una sentencia inhibitoria, motivada en el ejercicio *directo* de la acción indemnizatoria de perjuicios, que a mi juicio es improcedente, los apuntados yerros no pueden conducir a la quiebra del fallo combatido, pues de hacerlo se impondría una decisión absolutoria, violándose así el principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*. Con apoyo en esta consideración me aparto, con sumo respeto, de la resolución tomada por la Sala y paso por consiguiente a explanar las razones de mi disentimiento.

Primera. La demanda con la cual se inició este proceso fue deducida, primera y principalmente, la acción indemnizatoria de perjuicios causados por la demandada a la demandante "como consecuencia del incumplimiento por parte de aquélla del contrato celebrado con ésta para el suministro y montaje de los ascensores y escaleras electromecánicas para el edificio denominado Centro Collejer que la última construyó en Medellín..."

De lo cual es imperioso deducir, en respeto a la fidelidad debida al texto de la demanda inicial del proceso, que al través de ésta se ejercita la acción indemnizatoria de perjuicios directamente, como pretensión autónoma e independiente.

Segunda. Por cuanto los juzgadores de instancia, tanto el *a quo* como el *ad quem* consideraron

que la pretensión indemnizatoria instaurada con independencia absoluta de la resolución del contrato, o del cumplimiento de éste, es inadmisible, estimaron al unísono que la petición así deducida lo es "de modo indebido" y por consiguiente, consecuentes con sus razonamientos, a sus sentencias les dieron carácter inhibitorio, pues este y no otro es el contenido de la disposición tomada en la parte resolutiva de los respectivos fallos.

Tercera. Dentro de la naturaleza del contrato y de la clasificación de las obligaciones en dar, hacer y no hacer, en la especie de esta *litis* parécenme incuestionable que el pacto celebrado entre los litigantes, de "suministro y montaje de los ascensores y escaleras electromecánicas", es contrato bilateral, y que la mayoría de las obligaciones que se afirman incumplidas por la demandada, incumplimiento que se señala como soporte único de la reclamación directa de perjuicios, son obligaciones de dar.

Interpretado así el contrato, es pertinente recordar que cuando alguna de las partes incumple con las obligaciones que para ella generó el pacto bilateral, la ley concede al contratante fiel la prerrogativa para solicitar, a su arbitrio, el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, en uno u otro caso con la consiguiente indemnización de perjuicios. Y en lo que atañe a esta última reclamación, en principio ha sostenido la doctrina que cuando no se está en presencia de una obligación exclusivamente de hacer, no procede sin que previamente se solicite por el damnificado alguna de las dos acciones alternativas principales, o sea, la resolución o el cumplimiento del vínculo contractual, como consecuencia de que la petición de indemnización de perjuicios, en tal evento, tiene la categoría de accesoria o consecuencial de aquellas acciones.

Cuarta. La anterior doctrina es el fiel trasunto del texto del artículo 1546 del Código Civil.

Y es, a la vez, la jurisprudencia que en el punto ha sentado la Corte Suprema de Justicia en fallos múltiples. Así, en el de 17 de junio de 1918 sostuvo, interpretando el contenido y el alcance de la norma legal en comento, que la acción indemnizatoria de perjuicios "tiene la calidad de accesoria o consecuencial de cualquiera de las dos principales que concede la ley alternativamente, para resolver el contrato o hacerlo cumplir, y que por lo tanto no procede su ejercicio aislado. Se ha entendido que a una demanda meramente indemnizatoria, fundada en incumplimiento de un contrato no extinguido, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las dos acciones principales para que pueda realizarse uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita, esto es, desligar a las partes de sus obligaciones destruyendo el contrato o agotándolo, con el cumplimiento cabal de las prestaciones en él originadas".

Reiterando esta jurisprudencia, en fallo de 28 de abril de 1952 dijo la Corte que si la demanda no invoca uno de los dos extremos enunciados en el artículo 1546 del Código Civil, para pedir como consecuencia la indemnización de perjuicios, "quiere ello decir que se pidió de modo indebido, lo cual constituye una excepción perentoria que debe ser declarada".

Tesis en la cual ha insistido esta Corporación como puede verse, entre otras, en sus sentencias de 7 de abril de 1954 y 20 de febrero de 1957. En esta última expresó que "en realidad, sin una declaración previa de que el contrato debe resolverse o cumplirse, no podría saberse si hay o no lugar al pago de perjuicios ya que éstos son siempre consecuenciales de uno de los extremos de la alternativa que consagre la referida disposición".

Quinta. De acuerdo con nuestro sistema positivo, la indemnización de perjuicios reviste dos formas: compensatorios y moratorios. Los primeros tienen lugar cuando el deudor no ha cumplido con la obligación a su cargo, o si la ha cumplido, lo ha hecho parcialmente; los segundos se dan cuando la obligación se cumple pero tardíamente.

De lo cual tiene que seguirse que cuando de obligaciones de dar se trata, si el acreedor busca el cumplimiento del contrato puede pedir el objeto debido y los perjuicios causados por la mora; pero si pretende los compensatorios, tiene que subordinarlos a la resolución del pacto, pues tales perjuicios tienen carácter subsidiario.

Así lo predica la doctrina universal, como lo sostienen, entre otros autores, Alessandri Rodríguez y Luis Claro Solar.

Sexta. Para deducir en este caso la procedencia de la acción indemnizatoria de perjuicios, sin subordinarse a la súplica de resolución o de cumplimiento del contrato, trae la Sala como argumento apodíctico el contenido del artículo 187 del antiguo Código de Comercio, conforme al cual el proponente de una oferta puede retractarse "tempestivamente", pero queda sin embargo obligado a indemnizar gastos, daños y perjuicios.

Mas a mi entender la *temporalidad* referida por la norma tiene que deducirse del artículo 136 *ibidem*, el cual dice que el arrepentimiento del proponente de la oferta puede hacerse, en principio, "en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación".

Pero si, como la mayoría de la Sala lo reconoce y deduce, a tal punto que impone una condena por incumplimiento del contrato de suministro de ascensores, en el caso de este proceso la oferta no solamente fue aceptada sino que el mismo contrato ofrecido comenzó a ejecutarse, me parece que el argumento cardinal de la Sala no solamente resulta impertinente sino que infunde contradicción al fallo: aquí se acepta el arrepentimiento o la retractación de la oferta, para imponer los perjuicios; al paso que para casar la sentencia se sostiene, no el arrepentimiento de la oferta misma, sino el incumplimiento del contrato de suministro, que se perfeccionó con la aceptación y comenzó a ejecutarse, como lo dice la Sala.

Séptimo. Estimo, finalmente, que el contrato de suministro y montaje de ascensores y escaleras, que la sentencia de la cual me separo reconoce paladinamente haberse ajustado entre las partes de este litigio, continúa vigente y vinculando jurídicamente a sus otorgantes, pues el fallo de la Corte no lo extingue ni destruye expresa o tácitamente.

Y si el contrato de suministro no se ha roto, rescindido, ni anulado, ni menos resuelto, ora por la voluntad concorde de los contratantes o ya por decisión judicial, para ser lógicos tiene que decirse que muy a pesar de la sentencia sigue vivo dicho pacto; y que como los contratantes no se han desligado de él, pues no ha ocurrido ninguno de los supuestos del artículo 1602 del Código Civil, las obligaciones que de la convención nacieron siguen con vida.

No veo, en verdad, cómo sacar una conclusión contraria; pero sí diviso, en cambio, las dificultades que de aquélla pueden surgir.

Humberto Murcia Ballén.

Fecha *ut supra*.

OBLIGACION DE INDEMNIZAR PERJUICIOS

Por el pago de cheques "para abonar en otra cuenta", a persona distinta del beneficiario, a cargo del Banco que intervino en su cobro. Cobro de cheques a través de la Cámara de Compensación. Distintas clases de cheques. Cheques especiales. Cheques para abono en cuenta. Limitación de la negociabilidad de esta clase de cheques. Su importe no puede ser pagado en efectivo a ningún tenedor ni éste puede obtenerlo a través de otro Banco intermediario. El Banco que interviene en el cobro se hace responsable del pago que el Banco librado haga a persona distinta del legítimo beneficiario, alejándose de las prescripciones legales que gobiernan los cheques especiales "para abonar en cuenta".

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Alberto Ospina Botero.

Bogotá, 24 de octubre de 1980.

Decídese el recurso de casación interpuesto por uno de los demandados contra la sentencia de 21 de noviembre de 1979, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el proceso ordinario adelantado por el establecimiento público Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla contra los Bancos Cafetero y Franco-Colombiano.

El litigio

I. Por demanda presentada el 18 de noviembre de 1975, que por repartimiento le correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, solicitó la mencionada entidad demandante que con citación de los Bancos demandados se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que los Bancos Cafetero y Franco-Colombiano son solidariamente responsables de los perjuicios causados al establecimiento demandante, por el pago de cheques girados a favor de éste y "consignados en la cuenta corriente número 23779-2 y 093-01166-5 del señor Régulo Anaya Solano en el Banco Cafetero, sucursal principal de Barranquilla, pagados por el Banco Franco-Colombiano con violación de las normas vigentes sobre el particular";

b) Que se condene, solidariamente a los Bancos demandados a pagar al establecimiento público demandante los perjuicios de que trata la súplica precedente, en concreto o, en subsidio, en abstracto. "Para la estimación del daño emergente se tendrá en cuenta la devaluación monetaria y la capitalización anual de los intereses conforme al artículo 886 del Código de Comercio";

c) Que se condene a los demandados al pago de las costas del proceso.

II. La pretensión descansa en los presupuestos de hecho que a continuación se compendian:

a) Desde el 21 de julio de 1971 hasta el 21 de julio de 1973, Régulo Anaya Solano mantuvo cuenta corriente en el Banco Cafetero, sucursal principal de Barranquilla, en un principio distinguida con el número 23779-2 y, posteriormente, con el número 093-1166-5;

b) La Compañía Transportadora S. A., giró a la orden de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, y a cargo del Banco Franco Colombiano de aquella ciudad, varios cheques cuyo monto total supera la suma de trescientos mil pesos ($ 300.000), para pagar derechos de almacenamiento;

c) Otras personas también giraron cheques a favor del establecimiento público demandante contra las cuentas corrientes que aquéllas tenían en el mismo Banco Franco-Colombiano, "por sumas que exceden de cien mil pesos ($ 100.000)";

d) Los cheques girados por la sociedad Transportadora S. A., llevaban "la leyenda escrita

entre dos líneas transversales 'Unicamente para consignar en la cuenta del primer beneficiario'";

e) "No obstante lo anterior, y a pesar de haber sido entregados por sus giradores a la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, tales cheques aparecieron depositados en la cuenta particular del señor Régulo Anaya S., en el Banco Cafetero, sucursal principal de Barranquilla y cobrados por esta entidad del Banco girado, que lo fue el Banco Franco-Colombiano, por el sistema de canje. Tales cheques fueron además, pagados en contravención a la regla sexta (6ª) y decimosegunda (12ª) de la circular general número 246 de febrero 17 de 1950, y de la Resolución número 350 de 1941, emanadas de la Contraloría General de la República". Los cheques que no llevaban la leyenda antes transcrita, se hallaban cruzados;

f) Si los Bancos demandados hubieran dado cumplimiento a las normas legales, reglamentarias y a las disposiciones e instrucciones de la Contraloría General de la República y, además, hubieran obrado con elemental prudencia y diligencia, el Banco Cafetero no habría aceptado la consignación hecha por Régulo Anaya en su cuenta de los cheques girados a la orden de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, ni el Banco Franco-Colombiano hubiera pagado, por el sistema de canje, tales cheques;

g) Raúl Garay Mora, Gerente de la sucursal del Banco Cafetero de Barranquilla por los años de 1971 a 1973, desempeñó por esa misma época y con posterioridad a ella el cargo de "miembro de la Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, en representación de la Andi, Fenalco, Acopia y Asociación Bancaria, y como tal no podía ignorar los reglamentos" o circulares de la Contraloría;

h) Que la conducta de los demandados, tal como quedó narrada, constituye la causa del perjuicio sufrido por el establecimiento público demandante.

III. Los demandados respondieron en el sentido de admitir como ciertos algunos hechos, de desconocer otros y de negar los restantes, para finalizar con oposición a las súplicas de la demanda.

IV. Impulsado el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 28 de febrero de 1978, mediante la cual se hicieron los pronunciamientos siguientes:

1º Absuélvase (sic) a la entidad Banco Franco-Colombiano de los cargos formulados en el libelo.

2º Condénase al Banco Cafetero a pagar a la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla la suma de doscientos cincuenta y un mil seiscientos quince pesos con cinco centavos ($ 251.615,05) moneda legal, más intereses desde el 18 de noviembre de mil novecientos setenta y cinco (1975), hasta el día de su cancelación. Condénase en costas".

V. Contra la resolución precedente únicamente fuera impugnada mediante el recurso de apelación por el Banco Cafetero, a pesar de lo cual el Tribunal condenó al Banco Franco-Colombiano y, por esta circunstancia, ante el recurso de casación formulados por los demandados, la Corte casó la sentencia del *ad quem* y decretó la nulidad de lo actuado a partir del fallo del Tribunal, éste procedió de nuevo a ultimar la segunda instancia con sentencia de 21 de noviembre de 1979, confirmatoria de la del *a quo*.

VI. Insatisfecho el Banco Cafetero con la decisión anterior, interpuso contra ella el recurso de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia del Tribunal y sus motivaciones

Observa el fallador de segundo grado que se reclama en este proceso responsabilidad de los Bancos Franco-Colombiano y Cafetero "por el hecho de haber permitido consignar en la cuenta particular del señor Régulo Anaya Solano cheques que fueron girados a favor de la Zona Franca Industrial y Comercial de esta ciudad, no obstante que a algunos de tales instrumentos se había insertado la cláusula de pagarse al primer beneficiario" y otros estaban cruzados.

En seguida sostiene el Tribunal, con fundamento en el artículo 725 del Código de Comercio, que la limitación de la negociabilidad de un cheque establecida por el girador "coloca al Banco en la obligación de no hacer el pago en condiciones diferentes a las señaladas. Por tanto paga incorrectamente cuando cancela el valor del cheque no negociable a quien no es el primer beneficiado" puesto que "el Banco girado debe respetar la voluntad del cuentacorrentista", o sea, la de pagar únicamente al primer beneficiario.

Sentada la premisa anterior, se ocupa a continuación el sentenciador de los medios de convicción, y en el punto hace las afirmaciones siguientes:

a) "... está suficientemente demostrado en este proceso, que la Compañía Transportadora S. A., giró a la orden de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, y a cargo del Banco Franco-Colombiano, sucursal de Barranquilla, varios cheques en los cuales se insertó la leyenda *'Unicamente para consignar a la cuenta del primer beneficiario'*. Es decir,que se limitaba la consignación a la cuenta corriente de la actora en este proceso. Luego si tales títulos fueron a parar a una cuenta diferente, se le debe responder al beneficiario por los perjuicios sufridos. En realidad el Banco Franco-Colombiano fue el girado y como tal no debió aceptar los cheques que le fueron presentados para compensación por el Banco Cafetero ya que la limitación no desaparecía por el hecho de que se utilizara otro Banco para la operación. La relación va del girador hacia el girado para que reciba el beneficiario. Si los dineros no llegaron a este último el pago fue mal hecho. Distinta sería la situación si la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla hubiera consignado esos cheques en una cuenta corriente que tuviera el Banco Cafetero y éste por el sistema de la compensación hubiera obtenido del Franco-Colombiano el pago para su cliente";

b) Adentrándose el *ad quem* respecto de la conducta del Banco Cafetero, comienza por expresar que tampoco "fue correcta, pues ante la leyenda limitativa del cheque no debió admitir la consignación al señor Régulo Anaya Solano, porque no se necesitaba de ningún esfuerzo para captar la irregularidad grave que se cometía";

c) Insiste el Tribunal que "uno y otro Banco actuaron con notoria negligencia, contrariando instrucciones claras y legítimas del girador. La doctrina y particularmente la propia Superintendencia Bancaria tiene señalado que ni siquiera cediendo el beneficiario el cheque que tiene una limitación puede el librador pagarlo a persona distinta de la señalada por el cuentacorrentista. No obstante lo anterior el Juez de primer grado consideró y así lo declaró en su sentencia, que sobre el descargue de los títulos valores no cabe responsabilidad alguna al Banco Franco-Colombiano. Sin embargo como la demandante no apeló de la providencia, el Tribunal no puede enmendar la sentencia en la parte que no fue objeto de recurso";

d) Reitera el Tribunal que el Banco Cafetero no debió recibirle a Régulo Anaya Solano, en consignación, los cheques motivo del reclamo, por cuanto contenían una cláusula limitativa, que ni siquiera cediéndose el cheque podía éste cancelarse en tales condiciones;

e) Concluye el fallador de segundo grado en el sentido de que no hay duda "sobre la responsabilidad que le cabe al Banco Cafetero en relación con los cheques con cláusula limitativa de la negociabilidad. En cuanto a los otros cheques que afirma la actora eran cruzados, no hay prueba alguna en el proceso. En cuanto a los daños causados por el pago de los cheques primeramente mencionados se desprende de los mismos títulos, está respaldada además, con inspecciones judiciales y peritazgos practicados en el curso del proceso, pruebas estas que no fueron desvirtuadas por el Banco antes mencionado".

El recurso de casación

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, el primero por la causal quinta y los restantes por la causal primera, cuyo estudio acomete la Corte en el orden propuesto.

Cargo primero. Acusa la sentencia de haber incurrido en la causal segunda de nulidad de que trata el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

El censor explica el cargo así:

a) Se demandó la indemnización de perjuicios con fundamento en el pago irregular de varios cheques "pagados por el Banco Franco-Colombiano, a quien el juzgado absolvió, sobre la base de que ninguna responsabilidad le cupo, dado que los cheques aparecían endosados por la persona de su beneficiario y el Banco contra el cual se giraron podía cubrirlos válidamente" y la parte demandante se conformó con esta decisión;

b) El Tribunal en su sentencia de 21 de noviembre de 1979 "insiste en descalificar el pago que ya en sentencia firme se había declarado legítimo y regular en contra de las pretensiones de la demandante, con el propósito claro de pronunciar una condena que, al no poder extenderla al Banco pagador, limita, a pesar de sus deseos, al Banco cobrador";

c) A ambos demandados "se les trajo al proceso por unos mismos hechos: el pago de varios cheques girados a favor de la Zona Franca de Barranquilla, a cargo del Banco Franco-Colombiano, y con fundamento único en la irregularidad de ese pago, del cual se siguió el daño cuya indemnización se pretende. Es incuestionable, de conformidad con el artículo 738 del

Código de Comercio, que si el pago en cuestión fue legítimo o regular o válido, ningún derecho le asiste a la demandante para pretender responsabilidad ni de quien lo hizo, ni de quien cobró para su cliente consignante. Entonces, si en sentencia en firme, dictada dentro del mismo proceso, entre las mismas partes, por unos mismos hechos y con igual fundamento jurídico, se dijo que el pago había sido válido, no le estaba permitido al Tribunal modificar ese calificativo, 'alma y nervio de la decisión, constitutivo de un todo con la parte resolutiva y participante de la fuerza de ésta' '';

d) Finalmente expresa el recurrente que "la contradicción es flagrante, igual que el yerro procedimental: si el Banco Franco-Colombiano, girado, podía cancelar válidamente los cheques, por aparecer endosados por el beneficiario, como lo expresó el juzgado y por ese solo motivo lo absolvió, sin que la demandante hubiera recurrido, con lo cual la decisión se hizo firme en cuanto a la absolución y a fundamento único de ella, es inconcebible que a renglón seguido, en el mismo proceso, entre las mismas partes y con pie en los mismos hechos y razones jurídicas, el Tribunal, con desconocimiento de esa sentencia ejecutoriada, declare que el pago fue irregular, ilegítimo, inválido y, por lo tanto, condene, al Banco Cafetero a indemnizar los daños causados por ese pago irregular".

Se considera

1. Con miras a poner claridad y precisión en el régimen jurídico de las nulidades y en pos del principio francés de la determinación específica, se orientó el actual estatuto procedimental por consagrar expresamente y en forma taxativa todas las causas que conducen a la nulidad de un proceso. Con este criterio se evita que cualquier irregularidad o informalidad en la sustanciación de un litigio sirva para propiciar un incidente de tal naturaleza y que so pretexto de consultar con desmedido rigor las formas procesales, resulte a la postre sacrificado el verdadero derecho.

2. La ley erige en causal de nulidad la falta de competencia en el juzgador, la cual se da cuando éste aprehende el conocimiento de un litigio sin estarle atribuido por uno o varios de los factores que la determinan, o sea, por la naturaleza del asunto (factor objetivo), por la calidad de las partes que intervienen (factor subjetivo), por el lugar donde debe ventilarse el proceso (factor territorial), por la acumulación de pretensiones o pretensiones conexas (factor de conexión) y, por la clase especial de funciones que ejerce el juez en los litigios (factor funcional).

3. Entonces, si en la parte motiva de una sentencia no se toman decisiones, lo que contrariamente puede acontecer por falta de técnica en la elaboración del fallo, sino que simplemente, para llegar a la misma conclusión o resultado del *a quo*, el superior hace planteamientos jurídicos diferentes de los sentados por aquél, ese diverso modo de pensar, que no trasciende a la parte resolutiva, no puede ser considerado como un vicio con alcances de nulidad, pues el juzgador de segundo grado, en tal evento, ni ha hecho algo extraño a lo que es propio en la estructuración del fallo, ni menos ha rebasado con ello su competencia.

Por tanto, se rechaza el cargo.

Cargo Segundo. Por éste denuncia quebranto directo de los artículo 715 del C. de Co., por interpretación errónea; 655, 662, 664, 712, 721, 722, 724, 732, 734 a 737, 833, 871, 1262, 1382, 1391 del C. de Co., 1602 y 1603 del C. C., por falta de aplicación, 2341, 1613, 1614 del C. C. y 719, 738, 883 y 884 del C. de Co., por aplicación indebida.

Comienza el recurrente por recordar que la razón de la condena al Banco Cafetero de acuerdo con los argumentos del Tribunal, fue la siguiente: "La conducta del Banco Cafetero tampoco fue correcta, pues, ante la leyenda limitativa del cheque no debió admitir la consignación al señor Régulo Anaya Solano, porque no necesitaba ningún esfuerzo para captar la irregularidad grave que se cometía... Uno y otro banco actuaron con notoria negligencia, contrariando instrucciones claras y legítimas del girador... El Banco Cafetero no debió recibirle al señor Anaya en consignación los cheques motivo del reclamo por parte de la Zona Franca... por cuanto había una cláusula limitativa, ya que ni siquiera rediéndose el cheque puede éste cancelarse en tales condiciones".

A continuación el censor, en el desenvolvimiento del cargo, sienta las reflexiones siguientes:

a) Fuera de toda discusión está que los cheques fueron girados por la compañía Transportadora S. A. contra su cuenta corriente en el Banco Franco-Colombiano; que este banco los envió por vía de canje; que el Banco Cafetero, nuevo cobrador "al ser 'bueno su cobro', los abonó en la cuenta en la cual los había consignado el señor Anaya";

b) Que según el tenor del artículo 715 del Código de Comercio, "'la negociabilidad de los cheques podrá limitarse insertando en ellos una cláusula que así lo indique. Los cheques no negociables por la cláusula correspondiente o por disposición de la ley sólo podrán cobrarse por conducto de un banco'. Disposición de la cual no se sigue, en modo alguno, prohibición para el banco de aceptar consignación de cheques con negociabilidad limitada. Lo que el precepto estatuye es simplemente que la limitación impone el pago de los cheques por vía de canje: por conducto de un banco ...Entender el precepto como si el banco ante quien acude un cuentacorrentista suyo para la consignación y efectividad de unos cheques de los cuales es tenedor, tuviera que verificar la plenitud, autenticidad y corrección del endoso en razón del cual es el tenedor o inclusive, si es él, o no beneficiario del cheque, constituye un yerro enorme de interpretación. El art. 715 C. Co. no erige deber alguno a cargo del banco consignatario, cuya transgresión lo haga responsable del pago que el banco girado haga de cheques con negociabilidad limitada";

c) Que en el caso de pago de cheques a través del proceso de consignación y canje, es indispensable distinguir las diferentes situaciones que se presentan, así: "una es la relación entre el cuentacorrentista que consigna y el banco consignatario, donde él tiene su cuenta; otra es la relación entre el girador que ordena el pago en tales o cuales condiciones sobre su cuenta corriente, y el banco girado; otra la relación entre dicho banco girado y el beneficiario del cheque. En todo caso, entre el banco consignatario, que como procurador del consignante recibe la consignación 'salvo buen cobro' y el girador no hay relación alguna, como tampoco la tiene con el beneficiario inicial o precedente";

d) Todo banco, en razón del contrato de cuenta corriente y por virtud del artículo 1382 del C. Co., está obligado para con su cliente o cuentacorrentista a aceptar las consignaciones que éste haga en dinero o en cheques, y a presentar al canje los cheques por él consignados "'a reserva de buen cobro'" (art. 1383 del C. Co.), para en cuanto sean efectivos, abonar su monto en la cuenta corriente del consignante. Añade el censor que por mandato expreso de los artículos 658, 664, 1382 y 1383 del C. de Co., todo banco, por fuerza del contrato de cuenta corriente, está obligado para con su cuentacorrentista a aceptar sus consignaciones de cheques y a cobrarlos, para luego, en la medida que lo logre, abonar su valor en la respectiva cuenta;

e) "Lejos de establecer un deber legal de la consignación de un cheque, inventado por el Tribunal con el solo fin de condenar al Banco Cafetero, la ley consagra la obligación del consignatario de recibirlo y proveer a su cobro". Por consiguiente es nítida la violación de los preceptos que se acaban de mencionar, por falta de aplicación, porque si el Tribunal los hubiera tenido en cuenta, habría tenido que concluir en el sentido de que al Banco Cafetero no le cabe responsabilidad por el cobro que hizo de cheques a cargo del Banco Franco-Colombiano. Agrega el casacionista que el banco consignatario, o sea el Cafetero, fue un nuevo agente, intermediario, procurador del cuentacorrentista consignante. El banco consignatario debe recibir todo cheque que se le consigna y presentarlo al cobro; "es el banco girado quien tiene que examinar el cheque que se le presenta por ventanilla, para verificar su autenticidad, su plenitud, su corrección, la de los endosos y la negociabilidad misma, y quien lo pagará o rechazará, según su juicio y con la responsabilidad consiguiente, sea por no pagarlo, sea por pagarlo";

f) Que cuando el Tribunal atribuyó al banco consignatario el deber de verificar la negociabilidad y la continuidad de los endosos y, por ende, la obligación de rechazar la consignación de cheques no negociables o mal negociados, dejó de aplicar las normas sustanciales enunciadas en la censura, puesto que era el banco girado y pagador a quien incumbía revisar y comprobar la legalidad del pago;

g) Que el Tribunal sostiene que el Banco Cafetero, consignatario, cobrador del cheque, desatendió las órdenes del librador. Empero, añade el censor, en la ley no aparece, por ninguna parte, el deber en que se encuentra el banco "a quien un cuentacorrentista entrega cheques para su cobro y abono en su cuenta corriente de seguir, cumplir, acatar las instrucciones u órdenes que para el pago haya impartido el girador al banco librado. El girador no puede dar órdenes sobre su cuenta corriente a nadie distinto del banco girado, que es con quien tiene vínculo contractual. El contrato de cuenta corriente permite disponer de los fondos depositados en la cuenta por medio de cheques; los cheques son órdenes de pago de librador a librado; por consiguiente, la limitación, modalidad, o restricción del pago ordenado en el cheque y contenidas en éste, se refieren ciertamente y de manera exclusiva al pago y no pueden ser dadas, en razón de los límites propios de la vinculación contractual a las partes y, conceptualmente, porque ellas no se refieren al pago, sino quien debe

hacer dicho pago: el banco librado, y solamente para el pago ...De ahí que el aserto de que el banco consignatario cobrador estaba obligado por las instrucciones limitativas del pago que dio el girador de los cheques y que las incumplió al cobrarlos para su cliente consignante, viola, por falta de aplicación los artículos 1602, 1603 del C. C., 1382, 712, 720, 721, 724, 734 a 737 del C. de Co.".

h) Finalmente el casacionista sostiene que el Tribunal confundió "el cobro con el pago, puesto que le dio al primero los efectos del segundo con el solo fin de endilgarle al cobrador una responsabilidad que la ley señala únicamente a cargo del librado".

Cargo Tercero. Lo hace consistir en quebranto de los artículos 738, 883, 884 del C. Co., 1613, 1614 y 2341 del C. C., por aplicación indebida; 1729, 1736, 2357 del C. C. y 1º de la Ley 95 de 1890, por falta de aplicación, a causa de error evidente de hecho cometido por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

El censor inicia el desenvolvimiento del cargo sosteniendo que para el Tribunal el cobro que hizo el Banco Cafetero de los cheques que fueron consignados por Régulo Anaya Solano fue la causa del perjuicio sufrido por la parte demandante, o sea, que el daño no se derivó del pago de los cheques sino de su cobro, a pesar de que la parte demandante, al estructurar su libelo, afirma que el perjuicio, cuya indemnización reclama, provino del pago irregular que hizo el Banco Franco-Colombiano en su condición de banco librado.

Entonces, añade el recurrente, si con la demanda y las pruebas (dictamen, exhibición y fotocopias de cheques), se estableció que el daño se causó con motivo del pago de los cheques por el Banco Franco-Colombiano y no por el cobro que hizo el Banco Cafetero, se incurrió en yerro fáctico en la estimación de las pruebas antes dichas, al no dar por probado que quien causó el daño fue un tercero —el banco librado— y no el Banco Cafetero.

Más adelante expresa el censor que el Tribunal dejó de aplicar el art. 1383 del C. Co. y perdió de vista las pruebas —los extractos de la cuenta corriente, los cheques que aparecen en legajo y acta de exhibición—, en cuanto con ellas se demuestra que Anaya recibió el importe o valor de los cheques en virtud de la aceptación y pago que le hizo el banco librado, esto es, que "fue el acto de un tercero —el banco librado—, la causa del daño".

Se ocupa luego el recurrente de referir, según la prueba testimonial, pericial y de inspección judicial, el sistema de control de pagos que le hacen con cheques los usuarios a la empresa demandante, o sea, la liquidación del servicio, la revisión de la liquidación por otro funcionario, el recibo del cheque por el cajero recibidor, el cuadre de cuentas en las horas de la tarde, la preparación de la consignación y la realización de ésta al día siguiente por el cajero general. Agrega el censor que de la prueba que obra en el litigio, se tiene que del 24 de abril al 27 de septiembre de 1973, Régulo Anaya obtuvo numerosos cheques girados a favor de la Zona Franca, todos ellos endosados por la beneficiaria y, a pesar de los controles de la empresa demandante, ésta no advirtió la ausencia de esos cheques y de los fondos. Por consiguiente, continúa el censor, cómo perder de vista que fue la conducta negligente de la parte demandante la causa de la sustracción de los cheques.

Insiste el recurrente en que el Tribunal no apreció las pruebas referidas, ciertamente indicativas de la culpabilidad de la parte demandante.

Finalmente reitera el censor que se demanda la indemnización de un daño sufrido por el pago irregular de unos cheques y se condena no al que paga sino al que cobra para un consignante. Además, en dicho cobro aparece la culpa grave de la víctima y la intervención de un tercero.

Se considera

1. *Dentro de un criterio general, expuesto por la doctrina particular, se sostiene que se perfila el contrato de cuenta corriente bancaria cada vez que se convenga, entre cliente y banco, la ejecución continuada de un contrato bancario apto para generar una disponibilidad, o en otros términos, es el pacto mediante el cual el cuentacorrentista queda facultado para hacer depósitos sucesivos de dinero o cheques y disponer de sus saldos mediante el giro de cheques.*

2. *Aproximándose a la noción general, la legislación comercial expresa que "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" (art. 1382 del C. Co.).*

3. *En desarrollo del contrato de cuenta corriente bancaria el banco contrae para con su*

cliente, primordialmente la obligación de recibir de su cuentacorrentista los depósitos en dinero o en cheques que éste entregue, con destino a su cuenta corriente, cumplido lo cual el banco expide el consiguiente recibo de depósito y tal documento, a términos de la ley, "constituye plena prueba de la consignación en cuenta corriente" (art. 1326 del C. Co.)

4. El cuentacorrentista, en procura de cumplir con una obligación correlativa, cual es la de mantener fondos suficientes, que le permitan su disponibilidad, de manera sucesiva verifica en el banco entrega de sumas de dinero y de cheques y, dado el incremento de este último, no es improbable que consigne en su cuenta bancaria valores superiores en cheques que en especies monetarias. Además, el cuentacorrentista movido por otros factores, como evitar el peligro que implica el cobro de un cheque en ventanilla o, por tratarse de un cheque que sólo permite obtener su pago mediante consignación, acude al sistema de consignarlo en el banco donde tiene su cuenta corriente.

5. Puede acontecer que los cheques consignados tengan por banco librado al mismo del cuentacorrentista o tengan otro. Cuando ocurre esto último, el mecanismo es más complicado, puesto que el banco depositario los presenta para su cobro al banco girado a través de la Cámara de Compensación, función que cumple en Colombia el Banco de la República por disposición de la Ley 25 de 1923 y que para cuyo desenvolvimiento el mencionado Banco ha elaborado un reglamento.

Precisamente, sobre el funcionamiento de la Cámara de Compensación, en lo referente a cobro de cheques, dijo la Corte que ella comprende dos etapas: "en la primera se realiza el canje de los cheques recibidos en consignación a cargo de otros bancos y, en la segunda, tiene lugar la devolución de los cheques que no se hicieron efectivos.

"En cumplimiento de la primera etapa, los bancos vinculados a la Cámara envían todos los días, a determinada hora, los paquetes o sobres contenitivos de los cheques correspondientes al canje, debidamente cerrados, en los cuales se indica la cantidad de tales títulos, su valor, el banco que remite y el banco a cuyo cargo están girados, sobres que luego son colocados en los respectivos buzones. Simultáneamente entrega a la Cámara de Compensación una planilla suscrita por el banco que solicite el canje, procediéndose luego al retiro de los sobres por los delegados autorizados de los bancos, sin que éstos se puedan retirar de allí sin establecer las confrontaciones y aclaraciones del caso.

"En el desenvolvimiento de la segunda etapa, al día siguiente hábil, con asistencia de los bancos asociados al canje, la Cámara efectúa las liquidaciones mediante otra planilla definitiva, en la cual se establece el débito o crédito a cargo de los bancos respectivos, documento que al ser suscrito por el representante del banco sin aclaraciones, implica la aceptación de los saldos establecidos por el Banco de la República. En el cumplimiento de esta operación, los representantes de los bancos tampoco pueden retirarse, pues sólo lo pueden hacer una vez que el Jefe de la Cámara de por terminada la labor". (Cas Civ. de 14 de diciembre de 1977).

6. Ahora bien, los cheques que el cuentacorrentista consigne en su cuenta pueden ser ordinarios y especiales. A la primera categoría pertenecen aquéllos que el cuentacorrentista libra a cargo del banco y a favor del mismo titular de la cuenta, o de un tercero y constituyen el común acontecer. A la segunda especie pertenecen aquéllos que se encuentran revestidos de determinadas características y a esta clase pertenecen los cruzados (art. 734 y 735 C. Co.), los certificados (739 y 740 C. Co.), los con provisión garantizada (743 C. Co.), el cheque de gerencia (745 C. Co.), el cheque viajero (art. 746 C. Co.), el cheque para abono en cuenta (art. 737 C. Co.) y el cheque fiscal creado por la Ley 1ª de 1980, que entró en vigencia el 1º de febrero del año en curso.

7. La legislación comercial, como antes quedó dicho, regula dentro del título de "cheques especiales", el cheque "para abono en cuenta", respecto del cual dispone que el librador o el tenedor puede prohibir que el cheque sea pagado en efectivo, insertando la expresión "para abono en cuenta u otra equivalente" y, en este caso, el banco librado "sólo podrá pagar el cheque abonando su importe en la cuenta que lleve o abra el tenedor" (art. 737 del C. Co.). Es, pues, perfectamente lícito limitar la negociabilidad del cheque (art. 715 C. Co.).

8. Es inocultable que el propósito del legislador, respecto de cheques girados "para abono en cuenta", es el de que el banco librado no pague dicho cheque en dinero efectivo, sino que lo haga mediante abono en la cuenta del tenedor del mencionado título y, en el evento de que no la tenga, la que al efecto le abra el banco. Y, como consecuencia de la forma especial como se

encuentra revestido el cheque "para abono en cuenta", se obtiene entonces la garantía de que su importe no será pagado en efectivo a ningún tenedor, lo cual entraba o dificulta la posibilidad del cobro por tenedores ilegítimos. De suerte que el cheque especial "para abono en cuenta" debe consignarse en el mismo banco librado, lo cual descarta que el tenedor pueda obtener su pago a través de otro banco intermediario o pueda acudir al cobro por Cámara de Compensación, pues en este punto la legislación colombiana, que siguió plenamente la pauta señalada en el proyecto Inital (art. 129), como quiera que ofrecen la misma redacción, es clara en establecer que para el caso en que el librador o tenedor prohiban que el cheque se pague en efectivo mediante la inserción de la expresión "para abono en cuenta" u otra locución equivalente, el banco librado "solo podrá pagar el cheque abonando su importe en la cuenta que lleve o abra el tenedor" (art. 737 C. Co.).

9. *Siendo lo anterior así, el tenedor de un cheque especial "para abono en cuenta" no puede cobrarlo utilizando para ello un banco intermediario, o sea de manera diferente a la prevista en el art. 737 del Código de Comercio. Por consiguiente, si el banco librado se aleja de las prescripciones legales en materia de cheques especiales "para abono en cuenta", se hace responsable del pago que hiciere en forma distinta, tal como lo establece el artículo 738 del Código de Comercio. Y, si en el cobro irregular o al margen del artículo 737 del mismo estatuto interviene un banco intermediario, tampoco se puede descartar su responsabilidad en dicho cobro, como quiera que procuró y obtuvo un pago en forma contraria a la ley y, algo más, a las reglas fijadas por entidades estatales, que entre otras cosas, hoy se encuentran desarrolladas en un estatuto especial (Ley 1ª de 1980).*

10. Sentadas las consideraciones precedentes, se tiene que en la especie de esta litis los elementos de convicción ponen de manifiesto, a través de prueba documental, de inspección judicial y pericial, que la "Compañía de Transportes S. A." giró a la orden de la "Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla", contra su cuenta corriente del "Banco Franco-Colombiano", sucursal de Barranquilla, 16 cheques, por un valor total de $ 251.615.05, ostentando todos ellos en el anverso, al márgen izquierdo, la leyenda impresa con sello que dice: "Unicamente para consignar a la cta. etc. del primer beneficiario", cheques especiales estos que no fueron abonados a la cuenta corriente del beneficiario, ni cobrados por éste, sino que fueron consignados por Régulo Anaya Solano en su cuenta corriente personal Nº 003-01166-5 que tenía abierta en el Banco Cafetero de Barranquilla, y cobrados por éste, como banco intermediario, por el sistema de canje. Los mencionados títulos valores, en el reverso, presentan una leyenda, también impresa con sello, que dice: "Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla", y sobre la cual obra una o dos firmas ilegibles.

A pesar de que se trataba de cheques especiales "para abono en cuenta", que por ende no podían ser cobrados ni pagados en forma distinta de la prevista por la ley (arts. 715 y 737 C. Co.), fueron consignados por el mencionado Anaya en su cuenta corriente del Banco Cafetero y cobrados por éste, como banco intermediario, y luego abonados a la cuenta de consignante Anaya.

Por otra parte, dada la forma como funciona el control de los pagos que recibe en cheques la empresa demandante y la manera como ocurrieron los hechos, o sea, el cobro y el pago ilegal de los cheques especiales girados a la orden de la "Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla" y de que da cuenta la prueba incorporada al litigio, no se observa que la actora hubiera incurrido en la conducta culposa que le achaca el recurrente, pues ninguna de las pruebas exterioriza, en forma clara, que con motivo de su incuria los cheques fueron cobrados y pagados a persona distinta del legítimo beneficiario.

Finalmente, contra lo que afirma el censor, el Tribunal no descartó la conducta culpable e ilegal del banco librado, pues en varios pasajes se refiere a que "como tal no debió aceptar los cheques que le fueron presentados" y que los bancos "actuaron con notoria negligencia, contrariando instrucciones claras y legítimas del girador". Empero, aclara el *ad quem* que como el "demandante consintió en la resolución que absolvió al Banco Franco-Colombiano y apeló únicamente el perjudicando con tal resolución", o sea, el Banco Cafetero, el *ad quem* no puede revisar y pronunciarse sobre la decisión tomada por el *a quo* en relación con el banco favorecido.

No se da, por tanto, ni el quebranto de la ley sustancial, ni el yerro evidente de hecho, que le endilga la censura al fallo del *ad quem*.

Por tanto, se rechazan los cargos.

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, admi-

nistrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 21 de noviembre de 1979, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en este proceso ordinario.

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

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Luis H. Mora Benavides
Secretario

NULIDAD DE LA COMPRAVENTA DE UN BIEN MUNICIPAL

Requisitos generales para llevar a cabo la venta de inmuebles de propiedad municipal. La sola circunstancia de que una finca raíz pueda calificarse genéricamente como inmueble de la municipalidad impone el cumplimiento de ciertos requisitos adicionales para su enajenación, conforme al artículo 204 de la Ley 4ª de 1913, aunque no se haya precisado a cuál de las varias especies de esta clase pertenece.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Germán Giraldo Zuluaga.

Bogotá, noviembre 7 de 1980.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el Municipio de Cúcuta contra la sentencia del 12 de diciembre pasado, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de allí, al desatar la segunda instancia del proceso ordinario que la entidad recurrente había suscitado frente a Marco Antonio Vivas y otros.

I

El Litigio.

1. En demanda que fue admitida por el Juzgado 4º Civil del circuito de Cúcuta, mediante auto del 14 de septiembre de 1977, el Municipio señalado llamó a proceso ordinario de mayor cuantía a Marco Antonio Vivas, Rosalba Sánchez de Acevedo, Abelardo Acevedo, Herencia Salazar de Jaimes y Efraín Logreira Agrelli para que se declarase la nulidad de la escritura Nº 19 pasada ante el Notario 1º de Cúcuta el 13 de enero de 1975, debidamente registrada, por la cual el Personero de dicho Municipio dijo vender a Marco Antonio Vivas un lote de terreno, de unas 10 hectáreas de extensión, situado en los barrios La Libertad y San Mateo de Cúcuta y cuyos linderos allí se precisan. Como consecuencial de esta declaración demandó también el Personero la nulidad de las escrituras que allí indica, por medio de las cuales el adquirente Vivas vendió el inmueble a Rosalba Sánchez de Acevedo y luego ésta enajenó porciones del mismo a Abelardo Acevedo, a Herencia Salazar de Jaimes y a Efraín Logreira Agrelli. Finalmente, solicitó el Municipio demandante que, como consecuencia del decreto de nulidad impetrado, se le declare propietario del inmueble a que hace referencia la escritura primeramente citada.

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

"1. El Municipio de Cúcuta es el propietario de diversos terrenos, entre ellos los llamados de San Luis de Cúcuta, adquiridos desde tiempos de la Corona Española, como Resguardo de Indios, incorporados luego al patrimonio del Municipio por medio de la Ordenanza Nº 66 de 1918 y del Acuerdo Municipal Nº 25 de 15 de junio de 1963.

"2. Los terrenos a que hace referencia esta demanda, descritos en la parte de las peticiones, corresponden a la mayor extensión que recibió el Municipio de Cúcuta, cuando la anexión del barrio de San Luis, y a su vez provienen de los terrenos asignados por la Corona Española a Resguardo de los Indios. Son por lo tanto bienes de propiedad Municipal, contra los cuales no se prescribe.

"3. Desde 1975 el Municipio de Cúcuta puso en posesión de dichos terrenos al establecimiento industrial y comercial del Estado, denominado Centrales Eléctricas del Norte de Santander, y además congeló dicha zona para todo tipo de traslados, construcciones, etc., ya que dichos terrenos resultan necesarios para la instalación de una gran subestación eléctrica, indispensable para la electrificación de Cúcuta y el Norte de Santander, integrándose el sistema de interconexión eléctrica nacional e internacional.

"4. El señor Personero de Cúcuta, en esa ocasión, señor Marco Iciva, mediante escritura

Nº 19 de enero 13 de 1975, de la Notaría 1ª, registrada posteriormente bajo matrícula Nº 41.932, 'cedió al señor Marco Antonio Vivas Omaña un lote de 10 Hts., el cual forma parte de mayor extensión de la propiedad del Municipio correspondiente a San Luis-San Mateo. La 'cesión' se efectuó por la suma de cinco mil pesos m.l. ($ 5.000.00) (11) (1).

"5. El señor Leiva dijo actuar como Personero Municipal de Cúcuta, y en tal carácter efectuó la 'transferencia a título oneroso' del terreno en mención.

"6. El representante legal del Municipio es *únicamente* el señor *Alcalde Municipal*. Por tanto las escrituras, contratos, y demás actos que otros funcionarios ejecuten a nombre del Municipio, son *nulos*.

"7. El señor Leiva no acreditó tampoco su carácter de Personero Municipal con ninguna clase de certificaciones, las cuales por lo tanto no pueden insertarse en ninguna copia de la escritura por no estar protocolizadas.

"8. El 'precio' previsto como 'título oneroso' para la transferencia del terreno no corresponde a la realidad comercial. Se han 'transferido' diez hectáreas o sean cien mil metros cuadrados por el 'precio' de cinco mil pesos.

"9. El título de 'transferencia' carece de *causa*. No se dice si se transfiere a título de venta, donación, dación en pago. Se dice a 'título oneroso'. Mas no se expresa la causa, ni circunstancia de dicha transferencia.

"10. La escritura mencionada se otorgó no sólo con violación a elementales normas de representación legal del municipio, sino además violando todas las disposiciones sobre adjudicación, venta, etc., de terrenos de propiedad municipal. En efecto, si la 'transferencia' se hizo a título de '*ejidos*' ésta sólo puede hacerse de áreas muy pequeñas, suficientes únicamente para la vivienda del solicitante, previo un trámite administrativo de solicitud de adjudicación de ejidos, aprobación de la Junta de Ejidos, y *resolución* de personería. No es el caso, pues el solicitante o 'favorecido' señor Vivas no reúne las condiciones para ser adjudicatario de un terreno ejido con destino a vivienda, ni la superficie de *cien mil metros cuadrados* es la indicada para construcción de vivienda de *pobres*. Si la 'transferencia' se efectuó sobre bienes *fiscales* o de dominio privado del municipio, la venta sólo podía efectuarse mediante autorización del Concejo Municipal, y previos los trámites de licitación, remate, etc., salvo que el comprador fuere otra entidad de derecho público. Estos requisitos tampoco se cumplieron.

"Por lo tanto, se configura más aún la falta de 'causa' y carencia de atribuciones del Personero para efectuar la operación, así como la lesión enorme sufrida por el municipio.

"11. El original beneficiado con la 'transferencia' vendió el mismo predio a la señora Rosalba Sánchez de Acevedo, según escritura mencionada en el *petitum* de esta demanda.

"12. La señora Rosalba Sánchez de Acevedo a su vez se reservó una determinada extensión y efectuó ventas así: de 20.007 m² a Herencia Salazar de Jaimes; de 27.500 m² a Efraín Logreira Agrelli, y de 30.000 m² a Abelardo Acevedo Ortega.

"13. Al ser nula escritura de 'transferencia' del señor Vivas, son nulos los títulos que de ella se derivan".

3. Con oposición de los demandados se adelantó la primera instancia, que terminó con fallo del 11 de julio de 1979, estimatorio de las peticiones del Municipio de Cúcuta. Apelada esta decisión por los demandados, excepto Efraín Logreira, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta la revocó por medio de su sentencia del 12 de diciembre siguiente y, en su lugar, dispuso absolver a los demandados. Entonces, la entidad demandante interpuso recurso de casación.

II

Fundamentos del fallo recurrido

Luego de resumir los hechos y peticiones de la demanda, el Tribual expresa que antes de entrar en vigor la Ley 25 de 1974 que dio al Alcalde la representación de la entidad municipal, el representante de ésta era el Personero, según lo disponía el artículo 145 del Código de Régimen Político y Municipal. De lo anterior concluye que, desde este punto de vista, el Personero de Cúcuta era el funcionario que llevaba la representación del distrito cuando se otorgó la Escritura número 19, atacada de nulidad, ya que la Ley 25 de 1974 entró en vigencia el 28 de enero del mismo año y la escritura fue otorgada el día 13 anterior. Por lo dicho no puede prosperar el cargo de nulidad por el aspecto tratado.

Después expresa el fallador que el contrato que recoge la citada Escritura 19 no es el de donación, pues en ella misma se dijo que la transferencia del dominio se hacía a título one-

roso; que tampoco es dación en pago, "porque no hay prueba de que existiera una obligación anterior entre las partes"; que, "sin mucho esfuerzo puede decirse que se trata de una compraventa", lo que está confesado por el mismo demandante en el hecho décimo de la demanda.

En seguida afirma el fallador que como, de conformidad con el artículo 1524 del Código Civil, no es necesario expresar la causa del contrato, quien alega que una obligación carece de ésta, tiene a su cargo el peso de aportar la prueba de ello, como quiera que, según la jurisprudencia, la ley supone la existencia de la causa real y lícita, por lo cual probada la obligación, queda probada la causa. Basado en lo anterior, el Tribunal concluye que como el Municipio de Cúcuta no demostró la ausencia de causa en el contrato de compraventa atacado, tampoco pueden prosperar sus pretensiones. Con relación al otro argumento expuesto en la demanda, el fallador dice que si se entendiera que allí se ejercitó acción de lesión enorme, ésta no está acreditada, desde luego que no se aportó prueba del justo valor de la cosa vendida al momento de ajustarse el contrato. Y con relación a que el vendedor no acreditó su calidad de Personero, el Tribunal afirma que el Notario dio fe de esa calidad, el demandante la aceptó en el hecho cuarto y, finalmente, si el vendedor no era realmente el Personero Municipal de Cúcuta para cuando se hizo la venta tildada de nula, entonces era "a la parte demandante a quien correspondía probar lo pertinente" y no lo hizo.

Por último, relativamente a que no se reunieron los requisitos que la ley exige para la enajenación de inmuebles de propiedad municipal, el *ad quem* expresa que en la ciudad de Cúcuta "la ley específicamente reglamentó lo relacionado con sus tierras ejidales en atención a que, para fundar la ciudad, doña Juana Rangel de Cuéllar donó media estancia de ganado mayor, e igual cosa hizo don Juan Atalaya respecto de cuatro estancias más 'para que sirvan de ejidos a la población'.

"Fue así como se expidió la Ley 78 de 1928 que autorizó al Municipio de Cúcuta para hacer arreglos directos y traspasar la propiedad del terreno 'a los actuales propietarios de edificaciones situadas en los ejidos de la ciudad, y a los que construyan en adelante en los mismos lugares, prescindiendo de las formalidades de la adjudicación pública y el avalúo judicial'.

"En dicha ley se contempló el caso de las gentes completamente pobres a las cuales el municipio les podía transmitir la propiedad, sin pago de derechos fiscales, 'a título de donación en la forma que parezca más conveniente'.

"Posteriormente la Ley 41 de 1948, aplicable en toda la Nación, atribuyó al Concejo Municipal respectivo la administración de los terrenos ejidos, tanto urbanos como rurales, señalando que los primeros podían ser destinados por aquél 'a resolver el problema de la vivienda popular en las respectivas ciudades', pudiendo ser enajenados sin el requisito previo de la subasta pública 'con tal que los respectivos contratos sean aprobados por el Concejo Municipal' y con el lleno de los requisitos allí establecidos, uno de los cuales consiste en que el adquirente sea reconocidamente pobre. En tal caso los terrenos no se le transfieren gratuitamente sino con una rebaja en su precio hasta de un 40% del avalúo catastral.

"Los terrenos ejidos situados dentro del sector comercial, ineptos por consiguiente para la solución del problema de la vivienda popular, pueden enajenarse según tal ley 'mediante el requisito de la subasta por su valor comercial'.

"La enajenación de los bienes comunales distintos de los ejidos está señalada de manera general en el Código de Régimen Político y Municipal. Dichos bienes, según la reglamentación contenida en el artículo 204 de la obra en cita, deben avaluarse judicialmente y venderse en pública subasta cumpliendo los demás requisitos señalados en las normas. De ahí que aquellas leyes sobre ejidos relevan expresamente de la obligación de transferir los terrenos ejidos en pública subasta, que es requisito exigido en general para los bienes del común".

Más adelante dice el Tribunal:

"Por lo demás son explicables y necesarias las formalidades con que deben celebrarse los actos de enajenación de los bienes raíces de las entidades de derecho público. Si los departamentos y municipios pudiesen administrar sus bienes con el mismo criterio y con la misma libertad con que pueden hacerlo los particulares capaces, dice el Consejo de Estado, 'podría darse el caso de que el patrimonio de una de estas entidades pudiese trasladarse *ad libitum* a personas particulares, con mengua de los intereses generales, y con fines distintos de los del interés público, con el solo pretexto de que los departamentos, por medio de su órgano supremo, que es la Asamblea (o los municipios a través del Concejo, agrega la Sala) pueden disponer libremente de los bienes que les pertenecen y que tienen

la misma garantía que los bienes de los particulares'. (Sentencia 1º de junio de 1943).

"Pues bien, en el caso de autos la parte actora afirma que el terreno transferido hace parte de un Resguardo de Indios asignados como tal por la Corona Española, y que son por lo tanto bienes de propiedad municipal contra los cuales no se puede prescribir.

"Sin embargo, el señor curador *ad litem* del demandado Marco Antonio Vivas Omaña cuestionó expresamente el hecho segundo de la demanda donde se hicieron aquellas afirmaciones, y al descorrer el traslado dijo: 'Al hecho 2º No me consta, me atengo a lo que se pruebe, en cuanto al origen e imprescriptibilidad de dichos terrenos' (folio 73 cuaderno número 1).

"Ninguna prueba se aportó al respecto. Sólo se sabe que mediante la Ordenanza número 65 de 25 de abril de 1913 (folio 18 cuaderno número 1) se suprimió el Municipio de San Luis de Cúcuta y la propiedad inmueble del mismo y demás anexidades pasaron a formar parte del Municipio de San José. Lo mismo acordó el Concejo Municipal de la ciudad según Acuerdo número 25 de 14 de julio de 1913 (folios 16 y 17 cuaderno número 1) pero ya se vio, que forman parte de la propiedad municipal distintas clases de bienes y que para establecer cuáles son los requisitos para transferirlos es estrictamente necesario saber su condición jurídica, es decir, si son ejidos, o comunales propiamente dichos, o fiscales, o aquéllos que se adquieren como lo hacen los particulares para obtener rentas.

"Ninguna de estas calidades se descubre en la expresión genérica 'propiedad inmueble' empleada tanto en la ordenanza como en el acuerdo citados ya. Por ello la Sala está en la imposibilidad de saber a qué clase de bienes municipales pertenecía el lote de terreno cedido por el Personero Municipal a Marco Antonio Vivas Omaña, y por ende mal puede precisar los requisitos exigidos por la ley para su transferencia".

De lo dicho concluye el Tribunal que "si no hay lugar a declarar la nulidad de aquella escritura pública tampoco la habrá para invalidar los otros títulos escriturarios que han sido materia de controversia en este proceso".

III

La demanda de casación

Con apoyo en la causal primera, cuatro cargos lanza el municipio recurrente contra la sentencia del Tribunal, de los cuales se despachará únicamente el primero porque la Corte encuentra que ha de prosperar.

Cargo primero. Dice el recurrente que el Tribunal incurrió en quebranto, "por la vía indirecta de normas de derecho sustancial, por falta de aplicación de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, 2º de la Ley 50 de 1936, e indebida aplicación de los 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 21 de la Ley 41 de 1948 y 195, 201 y 204 del Código de Régimen Político y Municipal, al incurrir en evidente error de hecho, al no dar por demostrado, estándolo, la calidad de ejido del predio cuya nulidad del contrato de disposición se demandó.

"En tal error incurrió el Tribunal al dejar de apreciar: la demanda, folios 34 a 37, la contestación de la demanda, particularmente, a los hechos 1, 2 y 10 del apoderado judicial (folios 52, 59, 61, 62 y 64), la Escritura Pública número 19 del 13 de enero de 1975 de la Notaría Primera del Circuito de Cúcuta (folio 1), la Ordenanza Número 65 de 1913 de la Asamblea del Norte de Santander (folios 18 y 19), Acuerdo número 25 de 1913 del Concejo Municipal de San José de Cúcuta (folios 20 a 31) todos los folios del cuaderno principal y por apreciar erróneamente la contestación de la demanda del curador *ad litem* (folio 73 del cuaderno principal).

"El Tribunal niega la nulidad propuesta por el demandante argumentando, que no se comprobó que el bien vendido por la Escritura Pública 19 del 13 de enero de 1975, era ejido; admitiendo, eso sí, que esas clases de bienes municipales están sometidos a determinadas formalidades.

"El Tribunal, entonces, no vio dentro del proceso la calidad de ejido en el predio vendido, y por eso hizo caso omiso a la declaración de nulidad propuesta por la falta en el acto de disposición, y en los previos al mismo, de ciertos requisitos especiales, particularmente, los impuestos en los artículos 5º, 6º, 7º de la Ley 41 de 1948".

Dice luego el censor, al desarrollar el cargo, que en la demanda se afirmó que, por medio de la Ordenanza número 65 de 1913 y el Acuerdo Municipal número 25 de 15 de julio de 1963, se incorporaron al Municipio de Cúcuta, como ejidos, los terrenos que eran del extinguido Municipio de San Luis de Cúcuta, lo que aceptaron tanto los demandados presentes como el curador ad litem de Marco Antonio Vivas; que como en la escritura atacada el Personero dice que actúa

en conformidad con las Leyes 78 de 1928 y 41 de 1948 y los Acuerdos números 29 de 1943, 40 de 1948, 9º de 1961 y 15 de 1968, disposiciones que se refieren a la adjudicación de terrenos ejidales; y, finalmente que como en la escritura de enajenación se dice que el terreno vendido a Vivas lo adquirió el Municipio de Cúcuta por incorporación a él de todos los terrenos del extinguido Municipio de San Luis, como se dispuso en la Ordenanza 63 y en el Acuerdo 25 citados, es menester concluir que el terreno vendido a Vivas Omaña era un ejido municipal.

Fluye de lo anterior —dice el censor—, que "si el Tribunal hubiera apreciado las pruebas que se han señalado, la conclusión, necesariamente, hubiera sido otra: tener el predio vendido, mediante la Escritura Pública 19 de 13 de enero de 1975, de la Notaría Primera del Circuito de Cúcuta, como ejido, y, por consiguiente, considerar que esta clase de bienes no se pueden enajenar como se hizo con dicho instrumento al carecer de los requisitos que la Ley 41 de 1948 consagra en los artículos 5º, 6º y 7º cuya inobservancia acarrea, como lo establece el artículo 8º ibídem, nulidad absoluta de la compraventa, en concordancia con los artículos 1740 y 1741 del Código Civil y con el artículo 2º de la Ley 50 de 1936".

IV

Consideraciones de la Corte

1. Aunque el Tribunal vio acertadamente que el inmueble a que se refiere la demanda era del dominio del Municipio de Cúcuta para cuando se vendió al demandado Vivas Omaña, no pudo precisar cuáles serían las solemnidades que debían rodear su enajenación, pues no encontró prueba adecuada de que esa finca distrital pudiera calificarse como ejido, como inmueble comunal propiamente dicho, como bien fiscal o, en fin, como uno de aquellos bienes "que se adquieren como lo hacen los particulares para obtener rentas". La perplejidad del Tribunal en este punto se produjo pues, porque no habiéndose establecido "la condición jurídica" del inmueble municipal, faltó el punto de referencia para determinar cuáles serían las solemnidades que debían rodear su enajenación. Pasó por alto el Tribunal que la sola circunstancia de que una finca raíz pueda calificarse genéricamente como inmueble de la municipalidad, aún sin precisar a cuál de las varias especies de bienes de esta clase pertenece, exige el cumplimiento de ciertos requisitos adicionales para su enajenación, por las simples razones de ser de propiedad municipal y de ser inmueble.

El Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4ª de 1913), en su capítulo VIII, dicta normas sobre cuáles son los bienes que pertenecen a los municipios, cuáles solares se pueden enajenar y qué reglas deben observarse en toda venta voluntaria de fincas del común (artículos 195, 201, 202 y 204).

Para llevar a cabo la venta del inmueble de propiedad municipal, en principio y como regla general, según está dispuesto por el artículo 204 citado, a más de otorgamiento de escritura pública que es solemnidad propia del contrato de venta de fincas raíces (artículo 1857 del Código Civil), previamente deben ser satisfechos, entre otros, los siguientes requisitos: avalúo judicial del bien; publicación en el periódico oficial del departamento de anuncio sobre la venta y fijación del mismo en ciertos lugares públicos de la cabecera municipal y de los tres municipios más cercanos de la capital del departamento; señalamiento, en estos anuncios, del valor del inmueble, del día y la hora del remate y de las condiciones sustanciales de éste; almoneda pública que ha de realizarse en día de concurso y en la cabecera del municipio de ubicación del inmueble, antecedida de pregones especiales; anuncio del remate por pregón dado en los tres días de concurso precedentes al del remate. Estos requisitos, empero, no tienen qué ser satisfechos en toda ocasión, desde luego que rigen leyes especiales que los reducen o modifican en tratándose de ciertos casos contemplados por ellas. Así, por ejemplo, la Ley 1ª de 1943 (artículo 13) autoriza enajenar sin sujeción a las exigencias del artículo 204 de la Ley 4ª de 1913, los inmuebles a que allí alude, pero sometiéndose a las reglas que dicte el respectivo Concejo Municipal; las Leyes 78 de 1928 y 41 de 1948, citadas por el Tribunal que se refieren a enajenaciones de ejidos, etc.

Viene de lo anterior que para sustraer la venta de un inmueble municipal de la regla general del artículo 204 de la Ley 4ª de 1913, se requiere demostrar que ella está regulada por una disposición posterior que exija solemnidades diferentes. Puede, pues, sentarse esta regla: si no se acredita que el inmueble municipal vendido tenía al momento de celebrarse el contrato, una especial calidad que lo somete a un tratamiento diferente, entonces las solemnidades que se deben llenar en su enajenación, a más de la escritura pública, son las detalladas en los ocho

reglas que da el artículo 204 del Código de Régimen Político y Municipal.

2. Ahora bien, apareciendo en autos la prueba plena de que el inmueble que enajenó el Personero de Cúcuta a Marco Antonio Vivas Omaña, como se afirma en la escritura de enajenación número 19, corrida el 13 de enero de 1975 ante el Notario 1º de Cúcuta (f. 1 del cuaderno 1º) lo adquirió este municipio en mayor extensión cuando, por medio del Acuerdo número 25 y de la Ordenanza número 65 de 1913, se le adjudicaron todas las tierras del extinguido Municipio de San Luis de Cúcuta (folios 16, 17, 18 y 19 del mismo cuaderno); estando establecido en el proceso (fls. 20 a 32) que por medio del Acuerdo número 15 de 1968, el Municipio de San José de Cúcuta, en desarrollo de las facultades que le otorga la Ley 78 de 1928 y el ordinal 17 del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal, definió como terrenos ejidos los adquiridos por la municipalidad para destinarlos a un fin social, y como tierras comunales las que después de adquiridas se destinan por el Concejo a solucionar el problema de vivienda o a cumplir una función social, y estando así mismo establecido que por el acuerdo citado, quedaron comprendidos en dicha clasificación, entre otros, los "terrenos en jurisdicción de San Luis" fíjese que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta cometió error evidente de hecho al dejar de tener como ejido o como tierras comunales el inmueble a que hace referencia la demanda, pues siendo él uno de los que adquirió el Municipio de San José de Cúcuta, cuando, por haberse suprimido el de San Luis de Cúcuta, se le agregaron los territorios de éste y pasaron a ser de propiedad de aquél las tierras de que éste era dueño.

El Tribunal quebrantó, pues, las normas que la censura indica, desde luego que, de un lado, incurrió en el yerro de pasar por alto las pruebas que acreditan la calidad de ejido o de tierra comunal del inmueble que el Personero de Cúcuta vendió a Marco Antonio Vivas y de otro lado, porque a pesar de que aceptó que esa parcela era de la municipalidad, no exigió al menos, para la validez de la venta, las solemnidades que de ordinario se exigen para la enajenación de inmuebles de propiedad municipal. Por tanto, debe casarse la sentencia recurrida y proceder a exponer los fundamentos de la que se ha de pronunciar en su reemplazo, aclarando que como el demandado Efraín Legreira Agrelli no apeló del fallo de primera instancia, respecto de él éste está ejecutoriado.

V

Fallo sustitutivo

No se puede acoger la fundamentación del fallo de primera instancia, pues allí se afirma que el Personero Municipal no podía representar el Distrito de Cúcuta. Como la Ley 28 de 1974 que dio a los Alcaldes la representación de los municipios, sólo entró a regir el 28 de enero de 1975, es claro que en el contrato acusado de nulidad, que fue celebrado el día 13 de ese mismo mes, el Personero sí podía actuar como representante del Municipio de Cúcuta.

Como se dejó visto, y por disposición del artículo 8º del Acuerdo 15 de 1968, expedido por el Municipio de San José de Cúcuta, los terrenos en jurisdicción de San Luis quedaron clasificados como ejidos o como tierras comunales y, por tanto, el Personero Municipal, a quien se había facultado para enajenarlos, sólo podía venderlos después que fueran satisfechos por el adjudicatario los requisitos señalados en el artículo 11 y siguientes del mismo acuerdo. No estaba a su arbitrio escoger el adjudicatario, señalar el precio, demarcar la parcela, definir si la transferencia se hacía a título gratuito u oneroso y, en fin, modificar, reduciendo, los requisitos exigidos para la adjudicación y luego para la venta.

Si bien es cierto que el artículo 10 del Acuerdo número 15 de 1968 autorizó al Personero para transferir el dominio de terrenos municipales no lo es menos que el ejercicio de tal potestad se condicionó al previo cumplimiento "de los requisitos legales y en especial de lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 41 de 1948", cuyo tenor es el siguiente:

"Para adquirir lotes procedentes de terrenos ejidos urbanos y beneficiarse, por tanto, de los precios y facilidades de pago fijados en el artículo anterior, el adquirente deberá reunir los siguientes requisitos:

"a) Que sea reconocidamente pobre;

"b) Que tenga bajo su cuidado una familia a la que deba alimentos;

"c) Que sea oriundo de la ciudad, o que, al menos, haya vivido en ella durante cinco (5) años;

"d) Que no tenga casa propia;

"e) Que con anterioridad al momento de la adquisición no haya sido adjudicatario, en propiedad, de lote alguno ejidal con destino a la construcción de casa de habitación;

"f) Que el lote sea destinado exclusivamente para construcción de la casa para la familia que

dependa del comprador, y que en ningún caso se destine para arrendamiento o para otro negocio cualquiera;

"g) Que tanto el lote materia de la negociación como el edificio que se construya sobre él se constituyan en patrimonio de familia no embargable, a favor del mismo adquirente, de su esposa y de los demás miembros de su familia que vivan con él y a sus expensas.

"Para la constitución de este patrimonio no se requieren las formalidades de que tratan los artículos 10 y siguientes de la Ley 70 de 1931, y basta para ello la simple aceptación del contrato por parte del ejidatario".

No habiéndose acreditado el cumplimiento de las solemnidades exigidas para la enajenación de terrenos ejidales o de tierras comunales del Municipio de San José de Cúcuta, menoster será escoger las pretensiones de la demanda, pues resulta evidente que no puede tener validez un contrato celebrado con olvido de las solemnidades que la ley ha erigido en defensa del patrimonio municipal.

La Corte al estudiar las peticiones de la demanda, usando de la potestad que los Jueces tienen para interpretarla entiende que a pesar de que el demandante solicitó la nulidad de las *escrituras* que contienen los contratos de venta, total o parcial, del inmueble a que en ella se alude, su propósito no era el que quedó definido con las palabras empleadas, sino el de que se declarase la nulidad de los *contratos* que contienen las escrituras citadas en las dos primeras peticiones. Se demandó, pues, el anonadamiento no del *instrumentum*, sino del *negotium*.

Pero así como ha de prosperar la petición primera, referente a la nulidad de la venta que el Personero Municipal de Cúcuta hizo de un inmueble del común a Marco Antonio Vivas Omaña, sin el previo lleno de los requisitos legales, no puede decirse lo mismo de la petición segunda, encaminada a que se declare la nulidad de las ventas que del mismo bien hicieron luego el comprador Vivas Omaña y sus causahabiente Rosalba Sánchez de Acevedo, pues estos últimos contratos no exhiben defecto de nulidad, desde luego que fueron ajustados por personas capaces que emitieron consentimiento libre de vicios sobre objeto lícito y con causa de la misma estirpe. El hecho de que ahora se anule el título que ostentaba el demandado Vivas Omaña no comporta virtud para que por ello tengan que anularse los títulos posteriores. Entre nosotros, la venta de cosa ajena, mirada desde el nuevo punto civil como celebración de un contrato, es válida, como quiera que el contrato sólo es fuente de obligaciones y no modo de adquirir el dominio de las cosas.

La tercera petición también ha de prosperar no sólo frente al demandado Vivas Omaña, sino también frente a los restantes demandados, pues el Municipio de Cúcuta ha demostrado tener título mejor que aquéllos sobre el inmueble aludido, desde luego que todos los demandados tienen título posterior al de éste y lo derivan del mismo.

Las costas se impondrán en un 50% al demandado Marco Antonio Vivas Omaña. A los restantes demandados relativamente a quienes no prospera la petición segunda, no se les condena en costas.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley casa la sentencia de 12 de diciembre pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, y en su lugar, actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve:

1º REVÓCASE la sentencia dictada por el Juez Cuarto Civil del Circuito de Cúcuta el 11 de julio de 1979, menos en cuanto a Efraín Logreira Agrelli, respecto de quien ese fallo quedó ejecutoriado.

2º DECLÁRASE que es nulo el contrato de compraventa contenido en la Escritura número 19 pasada ante el Notario Primero de Cúcuta el 18 de enero de 1973.

En consecuencia, declárase que el Municipio de Cúcuta es propietario del terreno singularizado en la petición primera de la demanda. Ofíciese sobre el particular al Notario Primero de Cúcuta y al Registrador del mismo lugar.

3º No se hace la declaración solicitada en la petición segunda de la demanda.

4º CONDÉNASE al demandado Marco Antonio Vivas Omaña a pagar al Municipio de Cúcuta un 50% de las costas judiciales de ambas instancias.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Luis H. Mora Benavides
Secretario Interino.

RESOLUCION DE COMPRAVENTA CON INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

El recurso de casación sólo puede ser interpuesto por quien teniendo la calidad de parte ha sufrido agravio con la sentencia.

Alcance y significado de la expresión "parte". Pluralidad de partes.

El litis consorte, necesario o facultativo, está capacitado para interponer casación contra la sentencia que lo perjudique; lo mismo los terceros intervinientes de carácter principal, sin sujeción al actor o a la parte reo; pero los intervinientes adhesivos no adquieren legitimación autónoma sino subordinada a la de sus coadyuvados.

El denunciado en el pleito y el llamado en garantía quienes en virtud de la denuncia y del llamamiento, respectivamente, adquieren el carácter de parte principal y por consiguiente están legitimados para recurrir en casación independientemente de la parte que los vinculó al proceso, siempre que la sentencia les sea perjudicial.

Reformatio in pejus. Sólo se da cuando el juzgador de segundo grado impone al apelante único obligaciones más gravosas de aquéllas a que fue condenado en primera instancia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

Bogotá, D. E., 13 de noviembre de 1980.

Procede hoy la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por uno de los denunciados en el pleito contra la sentencia de 7 de diciembre de 1979, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en este proceso ordinario instaurado por *Enrique Carlos Posada Alvarez* frente a la entidad "*Droguería San Jorge-Felipe Abisambra Sucesores*".

I

El litigio

1. Mediante escrito de 18 de enero de 1977, presentado en el Juzgado Civil del Circuito de Magangué, el citado Posada Alvárez demandó a la entidad "Droguería San Jorge-Felipe Abisambra Sucesores", representada por Gabriel Abisambra Abuchar, en procura de que, previa la tramitación propia del proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieran los siguientes pronunciamientos:

a) Que está resuelto "por no haber servido para su uso natural los insumos o herbicidas o matamalezas vendidos", el contrato de compraventa ajustado verbalmente entre el demandante, como comprador, y la entidad demandada como vendedora, "y de que da cuenta la absolución de posiciones hecha por el representante del demandado";

b) Que, como consecuencia, se condene a la demandada a pagar al demandante la suma de $ 1.593.196.00, valor equivalente a los perjuicios que le causó con el incumplimiento contractual referido;

c) Que se autorice al demandante para retener el saldo del precio de la compraventa que aún adeuda a la demandada, y para abonarlo "a parte del monto del valor de la indemnización" por perjuicios; y

d) Que se condene a la demandada, además, al pago de las costas procesales.

2. Los hechos que el demandante invocó como fundamento de sus pretensiones, quedan sin-

ta relacionalmente comprendidos en las siguientes afirmaciones:

a) Que con el objeto de preparar los terrenos de un sector de la finca "Las Mercedes", ubicada dentro de la jurisdicción del municipio de Majagua, para aprovecharlos con un cultivo de arroz, Posada Alvarez adquirió del establecimiento comercial denominado "Droguería San Jorge-Felipe Abisambra Sucesores", a título de compraventa, cierta cantidad de insumos agrícolas utilizados como herbicidas, entre ellos el conocido con el nombre de "Stam 100";

b) Que con causa en esa negociación el comprador giró entonces a favor de la vendedora varios cheques posdatados por valor de $ 2.700.000.00, de los cuales ha descargado algunos por valor de $ 1.600.000.00, quedando por tanto un saldo insoluto de $ 1.100.000.00, cheques que emitió "para garantizar o respaldar el precio de la mercancía comprada a plazos, o financiada en esa forma";

c) Que el aludido "Stam 100", combinado con aminil y vixafeno, fue aplicado en junio de 1976 a los terrenos del predio "El Japón", integrante de la finca atrás referida, con el resultado que "no hubo en absoluto control de malezas" en una extensión de 56 hectáreas de ese lote, sembrado todo de arroz CICLA 4;

d) Que entonces Posada Alvarez hizo visitar el cultivo por parte del vendedor del herbicida, del representante de la casa fabricante del producto "Rohm and Haas", señor Richard Walton, y del agrónomo Guillermo Barrios Montes, quienes allí comprobaron que dos de los tambores de "Stam 100" usados en la fumigación aérea, tenían características diferentes a las de los demás que le habían sido vendidos, "tales como una base de pintura verde debajo de la pintura negra que usa la firma productora para sus envases, el fondo de la parte externa de los envases era de color verde, los dos tambores eran más altos que los restantes usados en esa aplicación y otras anteriores, y que la identificación usada por la casa productora para los tambores de Stam es indicada con un número romano para el mes y en números arábigos para el día y el año, cuando en los dos envases sospechosos de adulteración aparecía el mes en letras y el día y el año en números arábigos, pero algo difusos, como chorreados...";

e) Asevera el demandante en el hecho cuarto de su demanda, que "aunque de la mercancía que resultó de mala calidad no se tomaron muestras, sí se hizo de la otra de buena calidad, y fue remitida al Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) para su análisis, pero no se ha sabido hasta ahora el resultado";

f) Agrega el demandante que debido a la mala calidad de la mercancía comprada y al resultado inocuo de la primera fumigación, se vio obligado a comprar nueva cantidad de insumos, lo que hizo en la misma Droguería San Jorge, sin que la aplicación de ellos hubiera producido efecto positivo alguno "por lo tardía, pues ya las malezas estaban muy crecidas o desarrolladas";

g) Expresa además el demandante que como consecuencia de la aplicación de productos desprovistos de los poderes herbicidas que motivaron su adquisición, él sufrió cuantiosas pérdidas, representadas no sólo en las sumas que invirtió en la preparación de los cultivos, sino en aproximadamente 5.000 bultos de arroz que dejó de cosechar, perjuicios que discrimina para determinar en un monto total de $ 1.593.196.00; y

h) Dice la demanda, por último, que ante el resultado desastroso de la fumigación con el "Stam 100" el comprador "ha dado orden para que no se paguen los cheques librados por razón de la compra", o sea que tiene "derecho a retener el valor de los cheques" no pagados aún, cuya suma asciende aproximadamente a $ 1.100.000.00.

2. En su oportuna contestación a la demanda la "Droguería San Jorge-Felipe Abisambra Sucesores", representada por Gabriel Abisambra Abuchar, se opuso a las pretensiones de su demandante.

Y en cuanto a los hechos, salvo el atinente a la celebración del contrato de compraventa de los insumos, el cual aceptó, negó los más y exigió la prueba de los restantes. Expresó que los tambores a que se refiere la demanda "fueron comprados y despachados por Matamalezas del Litoral de Hernández & Hernández Limitada de Sincelejo y producidos por *Rohm and Haas de Colombia S. A.*"; que "no está demostrado" que el contenido de los "dos tambores aludidos" estuviera adulterado o hubiera resultado de mala calidad; y que los cheques girados por el comprador no lo fueron "como garantía sino como pago de los productos comprados".

En esa misma oportunidad la demandada propuso como previas las excepciones que denominó de prescripción y de ilegitimidad de la personería demandada. Hizo consistir la primera en que, tratándose de una compraventa comercial, la demanda indemnizatoria se había propuesto

después de los seis meses de celebrado ese contrato; y la segunda, en que siendo la demandada una sociedad de hecho no puede, por no ser persona jurídica, ser sujeto de una relación procesal.

4. Y apoyándose en lo estatuido por el artículo 54 del Código de Procedimiento Civil, en esa misma oportunidad esta demandada procedió a denunciar el pleito a la sociedad "Hernández y Hernández Limitada", establecimiento comercial con sede en Sincelejo, afirmando al efecto que los tambores de "Stam 100" a que se refiere la demanda fueron comprados a dicha sociedad.

Expresó entonces la demandada, y en ello fundó la denuncia del pleito, que la pretensión del demandante se contrae a pedir indemnización por los perjuicios que dice le causó el hecho de haber comprado un herbicida que resultó con "vicios ocultos"; que de acuerdo con la ley civil sustantiva es el vendedor quien está obligado al saneamiento, y que esta específica obligación comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión de la cosa vendida; y responder de los defectos ocultos de ésta, llamados vicios redhibitorios.

Esa denunciación fue remitida por el juzgado del conocimiento mediante auto de 10 de mayo de 1977, en el cual se dispuso, por consiguiente, citar al proceso a la mentada compañía "Hernández y Hernández Ltda.".

5. Mediante escrito de 24 de mayo de ese mismo año la entidad así denunciada procedió, a su vez, a denunciar ese mismo pleito a la compañía "Rohm and Haas Colombia S. A.", afirmando que es ésta la productora de los herbicidas y fungicidas que en Sincelejo vende Hernández y Hernández Ltda., entre ellos el "Stam 100"; y que en consecuencia es aquella entidad y no ésta la llamada "a responder por cualquier vicio de estos productos".

Esta denuncia fue también admitida por el juzgado mediante auto del 4 de junio siguiente, en el cual se dispuso citar a "Rohm and Haas Colombia S. A." para que, dentro del término que al efecto se le señaló, "intervenga en este proceso".

6. Citada que fue esta sociedad, oportunamente compareció al proceso expresando que lo hacía "como litis consorte del demandado", y que en esa calidad "coadyuvaba la contestación de demanda" presentada por "Droguería San Jorge" y las excepciones propuestas.

Se opuso pues a las pretensiones del demandante. Y en cuanto a los hechos afirmados en la demanda los desconoció, salvo el relacionado con la venta y producción por su parte del herbicida "Stam 100", que el demandante adquirió para la fumigación de sus cultivos de arroz.

Expresó además esta denunciada que como les consta a todos los vecinos de Majagual, los cultivos de allí se vieron gravemente afectados en 1976 "fue por una intensa sequía"; y que el "Stam 100" que ella produce, que fue empleado por el demandante en la fumigación de sus tierras, es de calidad óptima y plenamente comprobada, "no solo por los innumerables consumidores en todo el país, sino por el Departamento Técnico de la Sociedad, por el I.C.A. y por la prestigiosa compañía de seguros 'Lloyd's Agency' de Barranquilla".

7. Agotada que fue la etapa atinente a las denuncias del pleito el proceso se recibió a prueba, período dentro del cual las partes adujeron las que estimaron pertinentes para demostrar sus afirmaciones.

Y surtido que fue todo el trámite de la primera instancia, el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 18 de julio de 1979, mediante la cual tomó las siguiente decisiones:

a) Declaró resuelto el contrato de compraventa "sobre unos insumos, herbicidas o matamalezas, que produce y vende *Rohm and Haas Colombia S. A.*, por intermedio de sus distribuidores, por no haber servido para el uso natural a que están destinados, concretamente el Stam 100";

b) Como consecuencia condenó a la citada firma, como productora que es del referido herbicida, a pagar al demandante, como perjuicios a él ocasionados, la suma de $ 2.679.737.00, "de los cuales descontará la suma de $ 1.100.000.00", o sea el saldo insoluto del precio de la compraventa; y

c) Por último, condenó a la misma sociedad Rohm and Haas Colombia S. A. a pagar las costas procesales.

8. Por virtud de la apelación interpuesta por la sociedad condenada contra la sentencia dicha, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el que, luego de haber ritualo la instancia, decidió el litigio así:

"*Confírmase* el ordinal 1º de la sentencia apelada... y en consecuencia, declárase resuelto por no haber servido para su uso natural los

insumos o herbicidas o matamalezas vendidos, el contrato de compraventa celebrado entre el doctor *Enrique Carlos Posada Aimarez . . . , y Droguería San Jorge - Felipe Abisambra Sucesores*, representada legalmente por el doctor Gabriel Abisambra Abnehar.

"En atención a lo anterior, condénase a la firma *Rohm and Haas Colombia S. A.*, productora y vendedora de *Stam 100* a pagar al demandante los perjuicios ocasionados que se fijan en la suma de $ 1.593.196.00 cantidad que no sufrirá deducción alguna. Queda de esta manera reformado el ordinal 2º de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

"Condénase a la firma mencionada anteriormente al pago de las costas y gastos".

9. Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación esa sociedad "Rohm and Haas Colombia S. A.", recurso extraordinario que, por encontrarse hoy debidamente rituado, procede la Corte a decidir.

II

Los fundamentos de la sentencia de segunda instancia

1. Después de compendiar los antecedentes de la cuestión litigada y de relatar el desarrollo del proceso, el Tribunal de Cartagena, en el proemio de las consideraciones de su fallo, asevera que la demanda inicial trae deducida la acción resolutoria de un contrato de compraventa, cuyo fundamento jurídico ubica en el artículo 1546 del Código Civil.

Dice, en efecto, que "En el caso de autos, la parte demandante ha optado por impetrar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, por cuanto éstos aparecen causados y son imputables a culpa del deudor, en este caso, la parte demandada, existiendo naturalmente relación de causa a efecto entre el uno y el otro".

2. Acomete en seguida el análisis de las pruebas practicadas.

En esta labor, luego de dar por plenamente demostrado el contrato de compraventa de insumos cuya resolución se demanda, pues al punto observa que este hecho está confesado, pasa a referirse a la alegada "ineficacia o inocuidad de por lo menos parte del Stam vendido a Posada y aplicado a la siembra de la finca El Japón", para decir que tal hecho también fue reconocido como cierto por el representante legal de la entidad demandada, en el interrogatorio por él absuelto el 5 de noviembre de 1976, pedido anticipadamente por el demandante. Dice el *ad quem* que como dicho interrogatorio "se produjo con arreglo al art. 294 del C. de P. C.", y además "se acompañó como anexo de la demanda", en cumplimiento de lo ordenado por los artículos 77 y 183 *ibidem* "debe ser apreciado como prueba" y tiene el valor de confesión judicial.

Dice el Tribunal que el hecho de que el Stam 100 aplicado en los cultivos del demandante careció de poderes herbicidas para cumplir su fin, lo acreditan, además de la confesión del representante de la entidad demandada, la copia de la comunicación dirigida por el ingeniero agrónomo Guillermo Barrios Montes, "quien actuara como asistente técnico del cultivo, al supervisor de A.T.A. del ICA, con sede en San Pedro, y el testimonio del mismo profesional, rendido dentro del proceso", el cual transcribe en sus pasos trascendentes.

Del estudio en conjunto que de dichos medios probatorios hace, deduce el *ad quem* que "el Stam 100 vendido a *Posada* por *Abisambra* y aplicado en la fumigación de una porción de 56 hectáreas de la división *'El Japón'* de la finca *'Las Mercedes'*, resultó totalmente inocuo, razón por la cual no obró el efecto del herbicida que de él esperó el comprador al contratar"; que la ineficacia del fungicida "entraña jurídicamente un incumplimiento del contrato por parte del vendedor, pues su primordial obligación no se reduce a entregar al comprador la cosa vendida, sino que consiste en entregarla en condiciones de prestar en toda su extensión el servicio para el cual se le destinó natural y contractualmente"; y que con este incumplimiento "se causaron al señor *Posada* perjuicios que en la primera instancia quedaron probados, tasados y decretados, los cuales son imputables al vendedor, sobre el cual ha quedado gravitando una presunción no desvirtuada de culpa, en razón de la naturaleza del contrato celebrado".

Añade la sentencia que tal presunción "ha quedado robustecida en este caso por el hecho comprobado de que parte del *'Stam 100'* utilizado en la fumigación fue entregado al cultivador en envases distintos de los usualmente empleados para la distribución del producto. Y el hecho, innegablemente, funda un indicio grave de adulteración", hecho indiciador que encuentra el Tribunal acreditado con los testimonios del agrónomo Barrios Montes, Felipe Obdulio Arrieta, Juan Bautista Soto Pinto, Timoteo Chaves Moreno, Juan Antonio Bueno Mejía y Aristides Romero Castro.

3. En el capítulo de la sentencia que llama "Pertinencia de la acción", estima el sentenciador que el perjuicio y la culpa, como elementos estructurales de aquélla, están demostrados.

El primero, dice, porque la lesión patrimonial sufrida por el demandante se debió "a la mala calidad del producto 'Stam 100', producido por *Rohm and Haas Colombia S. A.*, y vendido en Malaganguá por Droguería San Jorge"; y el segundo, porque a más de las pruebas a que atrás hizo referencia, "gravita sobre la demanda una presunción no desvirtuada que proviene del solo incumplimiento del contrato, dado que se trata de una obligación específica, determinada o de resultado".

4. Y luego de reiterar que con el interrogatorio de parte absuelto anticipadamente por el representante de la demandada se prueba que la compraventa se acordó por el sistema de pagos periódicos, dice que el comprador pagó los costalamentos que se habían hecho exigibles hasta el momento de advertir el fracaso de la fumigación; y que a partir de entonces, "ante el incumplimiento manifiesto del vendedor, cesó para el comprador la obligación de pagar la parte insoluta del precio".

Que el hecho de que el comprador no hubiera continuado pagando las cuotas restantes del precio, no puede invocarlo la demandada como excepción de contrato no cumplido, puesto que, explica el *ad quem*, la compraventa se ajustó indicándose que el pago del precio se haría "mediante la solución de cuotas sucesivas, en fechas señaladas en los instrumentos librados como garantía del pago diferido"; y que al cumplir el comprador con las cuotas que se hicieron exigibles "e incurrir en cambio el vendedor en incumplimiento de su prestación, desaparecieron para el comprador las obligaciones todavía no exigibles, esto es, los pagos correspondientes a las cuotas no vencidas" como efecto de lo preceptuado por el artículo 1609 del C. Civil.

Explayando su tesis en el punto, asevera el Tribunal de Cartagena que "no es admisible que la parte demandada, que entregó, al menos en parte, una cosa que no era útil al objeto para el cual se le destinó, intente justificar el incumplimiento de su primordial obligación de vendedor, pretextando que el comprador ha dejado insoluta una parte del precio"; que como quiera "primero dejó de cumplir fue el vendedor, es el comprador quien podría alegar válidamente la excepción de contrato no cumplido".

5. En el rubro de su fallo que denomina "Legitimación de la parte condenada", el sentenciador de segundo grado se refiere, en primer lugar, a las denuncias del pleito que la entidad demandada hizo a la sociedad "Hernández y Hernández Ltda." y ésta a la compañía "Rohm and Haas Colombia S. A.".

Se detiene a analizar las figuras procesales de denuncia del pleito y llamamiento en garantía, marcando las diferencias que encuentra entre la una y la otra y resaltando las semejanzas que advierte entre tales dos institutos. Asevera al punto que "los sujetos, trámites y efectos de la denuncia son exactamente los mismos del llamamiento en garantía"; que ambas figuras "se fundan en el principio de la economía procesal con el cual se instituye la necesidad de economizar pasos de procedimiento y aún causas enteras, a fin de obtener el mayor resultado con el mínimo empleo de actividad procesal".

Todo lo anterior para concluir que aún en el supuesto caso de que fuera dudosa "la aplicabilidad o procedencia de la denuncia", no podría ponerse en tela de juicio la legitimación pasiva de la sociedad "Rohm and Haas Colombia S. A.", pues esta entidad "quedó inequívocamente vinculada al proceso"; que como resultado de una denuncia del pleito o de un llamamiento en garantía resultó convocada a responder como obligada al pago de los perjuicios impetrados, revestida de una innegable legitimación".

6. Relativamente al monto de la condena que hizo la sentencia de primera instancia, dice el Tribunal que ésta implica un fallo excesivo o *ultra petita*, pues que se condenó al demandado a una cantidad superior a la pedida por el demandante en su demanda.

Asevera que "el actor ha demandado el resarcimiento de perjuicios estimados por él en la cantidad de $ 1.593.196.00, y el *a quo*, en la sentencia que ha sido recurrida, condena por el concepto indicado en cuantía de $ 2.679.737.00", y que por consiguiente se le impone rebajar la condena para corregir el vicio por *ultra petita*.

7. Considera la sentencia, después de precisar los efectos de la declaración judicial de resolución de un contrato de compraventa y de recordar que el comprador, al iniciar su demanda, estaba aún adeudando $ 1.100.000.00 como saldo del precio de la venta, que el *a quo* había ordenado descontar del monto global de la condena impuesta, que "esa cuota insoluta no tiene por qué pagarla Posada, máxime si el vendedor no

ha cumplido por su parte la correlativa prestación, es decir, la entrega de una cosa útil a la finalidad prevista al momento de contratar", pues que el artículo 1609 citado lo exime de tal obligación.

De lo cual concluye que la condena tiene que hacerse "por el mónto de los perjuicios, sin deducción alguna, y así quedará resuelto en la sentencia".

Como razón corroborativa de la conclusión a que en este punto llegó, asevera el *ad quem* que ella no implica reformación en perjuicio, porque "frente a un fallo cuyas distintas disposiciones se eliminen entre sí por contradictorias, debe el superior que la revisa componer las piezas superpuestas y antagónicas de manera que quede resplandeciendo el derecho que se intenta reconocer", evitando así disposiciones que por ser incompatibles no son susceptibles de ejecución coetánea. Que dicho proceder se lo permite el artículo 357 del C. de P. C., pues que, agrega, es contradictorio, "y por tanto violatorio del principio de la congruencia, decretar la resolución de un contrato, por incumplimiento de uno de los celebrantes, y simultáneamente obligar al otro a la prestación que le imponía el contrato resuelto".

8. Finalmente, refiriéndose a la excepción de prescripción propuesta por la demandada, el Tribunal la considera infundada.

Para ello razona así: "El demandante ejercitó la acción resolutoria que consagra el art. 1546 del C. C., cuya prescripción se rige por el régimen ordinario. Pero aún imaginando que la acción intentada hubiese sido la redhibitoria con indemnización de perjuicios, ella tampo habría prescrito pues su duración es de un año".

III

El recurso extraordinario

Como ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación, como denunciada en el pleito, la sociedad "Rohm and Haas Colombia S. A.".

En la respectiva demanda la recurrente formula contra dicho fallo tres cargos: el primero con fundamento en la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; el segundo como apoyo en la causal cuarta; y el tercero dentro de la órbita de la primera, que la Corte procede a examinar y despachar en el orden en que vienen propuestos porque es el que corresponde a la lógica.

Cargo primero

1. Mediante éste, la impugnadora, acusa la sentencia de no estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda, ni con las defensas propuestas.

Y dice la censura que la incongruencia que denuncia es doble, a saber: a) porque la sentencia no decide sobre las diversas relaciones sustanciales que se controvierten en el proceso; y b) porque también omite pronunciamiento sobre la pretensión formulada por el demandante en su demanda, en el sentido de que se le facultara para imputar a los perjuicios demandados el saldo debido por él como parte del precio de la compraventa.

2. Desenvolviendo el cargo por el primer aspecto el casacionista, después de compendiar las peticiones deducidas por el demandante en su demanda y las resoluciones de la sentencia combatida, asevera que la simple comparación de las unas con las otras deja ver que el Tribunal, "aunque decidió acerca del contrato de compraventa celebrado entre Enrique Carlos Posada Alvarez y Droguería San Jorge-Felipe Abisambra Sucesores, omitió sin embargo cualquier pronunciamiento respecto a las consecuencias derivadas de la resolución de este contrato en frente a los restantes litisconsortes del demandado, para, en lugar de esta decisión, condenar directamente a la sociedad Rohm and Haas Colombia S. A. a pagar los perjuicios ocasionados al demandante por la resolución del contrato".

Agrega la censura que aunque la sociedad que resultó a la postre condenada compareció al proceso como denunciada del pleito, o llamada en garantía, tales denuncia y llamamiento no le dan el carácter de demandada con exclusión absoluta de quien lo fuera inicialmente, sino "que la vincula como litisconsorte de la demandada dentro del proceso, con derecho a que la sentencia decida primeramente sobre la situación del demandado inicial y luego decida acerca de las relaciones que unen a quienes se denuncia el pleito con aquel demandado".

3. En desarrollo del cargo por el segundo de los dos aspectos dichos, expresa la impugnación que la sentencia omite pronunciarse "acerca de la petición expresa, contenida en la demanda, relativa a compensación del saldo del precio" adeudado por el demandante con el valor de los perjuicios deducidos.

Explanando su aserción, señala la censura que al paso que en la demanda el demandante invoca la compensación "como cumulativa simple de la

resolución del contrato", la sentencia de segundo grado hace una condenación por perjuicios en cantidad líquida, sin deducción "alguna por razón del saldo no pagado".

Añade la impugnación que como la demanda trae acumuladas varias pretensiones, las cuales son incompatibles entre sí, se le imponía al juez de segundo grado el deber de "abstenerse de decidir en el fondo por ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma, según el artículo 82 *ibidem*"; que como no lo hizo así su sentencia "resulta inconsonante", porque en su parte resolutiva "omite decidir tal como le fue pedido en la demanda, esto es, acumulativamente, pues el juez no está autorizado para variar a su antojo la relación jurídico-procesal escogiendo la pretensión que considere más adecuada, ni eligiendo entre las varias presentadas la que considere compatible con las restantes".

Se considera

1. *Por cuanto el opositor al recurso, en la réplica que hace al presente cargo, cuestiona la legitimación de la recurrente como denunciada en el pleito o llamada en garantía a él que es, para acusar incongruencia del fallo cuando en éste se omite pronunciamiento sobre relaciones materiales en que necesariamente debe encontrar apoyo tal denuncia o llamamiento, la Corte cree necesario discernir previamente el aspecto así cuestionado.*

2. *Ha sostenido esta Sala de la Corporación, interpretando el contenido de los artículos 365 y 366 del Código de Procedimiento Civil, que el derecho a interponer el recurso de casación sólo corresponde a la persona que, teniendo la calidad de parte en el proceso, haya sufrido agravio con la sentencia proferida en él. Pero como en el campo del derecho procesal la expresión* parte *es genérica, ella requiere, a efecto de precisar su real significado, algunas consideraciones sobre su alcance.*

La doctrina del derecho universal se ha ocupado intensamente, en efecto, dentro de la teoría general del proceso, de determinar la posición que las partes han de tomar en él. Dice que tratándose de procesos contenciosos, para el desarrollo de la relación es necesaria la presencia, cuando menos, de dos personas que ordinariamente asumen en ella posiciones antitéticas: el demandante y el demandado. Siendo aquél quien, como titular del derecho público de acción, propone la demanda que inicia el proceso; y éste la persona contra la cual es propuesta, lo que le habilita para ejercer el derecho de contradicción, tiene que seguirse que así el uno o el otro, o ambos a la vez, en el supuesto de que la sentencia los perjudique simultáneamente, están en capacidad de interponer el recurso de casación, pues tanto el uno como el otro han adquirido la calidad de partes iniciales en el proceso.

Pero si, ordinariamente, en el proceso figuran como demandante y como demandado personas singulares, no son infrecuentes los casos en que en la relación jurídico-procesal aparecen más de dos personas, dándose el fenómeno de pluralidad de partes, en el cual es preciso considerar la distinta relación en que en cada caso se hallan éstas entre sí; porque, o hay entre ellas una relación de coordinación, lo que las sitúa en un mismo plano, como acontece en la figura del litisconsorcio; *o una relación por subordinación, que las ubica en planos distintos, como ocurre en la intervención por coadyuvancia.*

Este simple enunciado permite afirmar que en los casos de litisconsorcio, ora sea necesario o ya facultativo, cualquiera de los consortes, aún independientemente de los demás que ocupan su misma posición en el proceso, está en capacidad de interponer la casación contra la sentencia que se dicte, siempre que el fallo sea perjudicial para él.

3. *Quienes* in limine *son terceros en la relación procesal, pueden, sin embargo, intervenir en ella por controvertirse allí una cuestión en la cual tienen interés directo o indirecto.*

La intervención de terceros en el proceso es de dos clases: principal y accesoria o secundaria. Pero en ambos casos el interviniente, que hasta ese momento era un tercero en relación con el proceso en trámite, asume en él, de entonces en adelante, la calidad de parte, por pretender algo en la litis, *y, por consiguiente, adquiere legitimación para actuar en dicha relación, si bien limitada en ciertos casos de intervención.*

Se caracteriza la intervención principal porque el tercero adviene al proceso a aducir una pretensión propia para que le sea reconocida en él, junto con la de una de las partes, o independientemente; porque por conducto de ella el interviniente no se limita a mediar en la causa que se ha trabado entre las partes iniciales, sino que introduce en la relación procesal una nueva demanda que debe ser decidida en la sentencia. Por cuanto alega un derecho propio para hacerlo valer, es parte principal en el proceso; está en situación independiente o autónoma frente

al demandante y al demandado, bien sea en oposición a ellos o con interés común a quél o a éste, lo cual le confiere una legitimación principal en el proceso y, por ende, facultad para ejercer en él todos los actos necesarios para la eficaz tutela de su derecho, inclusive el recurso de casación, sin subordinación de ninguna especie al actor o al reo.

En la intervención adhesiva el interviniente se limita, en cambio, a apoyar la pretensión de la parte a la cual adhiere. No propone, como sí ocurre en el caso anterior, una nueva pretensión que amplía el campo de la contención, sino que se limita a mediar en la causa pendiente entre las partes originarias. Entra así a ser sujeto del proceso y adquiere, por tanto, legitimación para actuar en él, pero no independiente o autónoma, sino subordinada a la de su coadyuvado; dado su carácter de parte accesoria, sólo podrá ejercitar los actos que tiendan a una colaboración con la parte principal a la cual adhiere, pero no los que conduzcan a determinar entre ellos posiciones contrarias en la relación procesal.

4. *Las figuras denominadas denuncia del pleito y llamamiento en garantía, que no sin razón el derecho moderno considera como una misma institución procesal, constituyen especies del género intervención principal de terceros en el proceso. Y como además la sentencia que se profiera afecta al denunciado o al citado, desde luego que en ella se decide sobre la relación sustancial que lo vincula con la parte que lo llama, ya sea que el citado comparezca o no al proceso, se trata entonces de una intervención forzada u obligada.*

A términos de lo establecido por los artículos 54 a 57 del Código de Procedimiento Civil, con el llamamiento en garantía, que en sentido amplio se presenta siempre que entre la persona citada y la que la hace citar exista una relación de garantía, o con la denuncia del pleito que a esto también equivale, la relación procesal en trámite reciba una nueva pretensión de parte que, junto con la deducida inicialmente, deben ser materia de resolución en la sentencia que le ponga fin; es decir, que ésta por tanto hace tránsito a cosa juzgada tanto frente a la relación material que vincula al demandante con su demandado, como frente a la que une al citado con la parte que lo llama al proceso. Dice el artículo 56, en efecto, que en la sentencia se resolverá, "cuando fuere pertinente, sobre la relación sustancial que exista entre el denunciante y el denunciado"; y agrega el 57 ibídem que ocurrido el llamamiento en garantía, en virtud de una relación contractual o legal existente entre el llamado y quien lo llama, "en el mismo proceso se resuelve sobre tal relación".

5. *Dado pues su carácter de parte principal en el proceso, el denunciado del pleito o el llamado a él en garantía tiene facultad para ejercer en la relación procesal todos los actos necesarios para el reconocimiento de su derecho, inclusive el recurso de casación, sin subordinación de ninguna especie al denunciante o a la persona que lo llama, a condición, eso sí, que la sentencia le sea perjudicial.*

El principio del interés para recurrir, que es cardinal en todo el panorama del derecho procesal, tiene que legitimar entonces, lo que parece apenas obvio, al denunciado o al llamado en el proceso para invocar en casación los defectos de incongruencia de la sentencia que así combate, si, desde luego, la apuntada disonancia es la determinante del perjuicio cuya reparación persigue el recurrente. Si la sentencia es diminuta, porque omite pronunciamiento sobre las pretensiones de la parte que dan apoyo a la denuncia o al llamamiento, y esa omisión es lesiva del interés del tercero interviniente, no puede desconocerse a éste legitimación para invocar la mínima petita.

6. Mas de que ello sea así, no puede seguirse que en el caso presente, se estructure la incongruencia que por el primer aspecto denuncia el casacionista, pues tanto las pretensiones del demandante como las del demandado, así como las deducidas por los dos denunciados del pleito, obtuvieron pronunciamiento en el fallo recurrido. En efecto:

a) Por virtud de la demanda inicial del proceso, y de las dos denuncias sucesivas del pleito que se produjeron, vinieron a quedar reunidos, en un proceso único, tres litigios, así: el inicial, en el cual el demandante Posada pretende, además de la resolución del contrato de compraventa de los herbicidas que ajustó con la demandada, que ésta sea condenada a pagarle perjuicios, pretensiones a las cuales se opuso "Droguería San Jorge", negando los hechos básicos y proponiendo excepciones, entre otras las de prescripción; uno adicional al anterior, en el cual la "Droguería San Jorge", como demandada, busca que no sea ella sino la entidad "Hernández y Hernández Ltda.", como distribuidora que es del fungicida "Slam 100", la llamada a responder por tales perjuicios; y uno tercero adicional a los dos anteriores, en el que la compañía primeramente denunciada, sin oponerse a la demanda pues apenas si se limitó a

denunciar el pleito, expresa que como es apenas distribuidora del producto "Stam 100" que produce "Rohm and Haas Colombia S. A.", debe ser ésta "en consecuencia la llamada a responder por cualquier vicio de estos productos". De su lado esta última compañía, al contestar la demanda inicial del proceso, se opuso a las pretensiones en ella deducidas por el demandante, para lo cual, al coadyuvar la contestación que dio la demandada principal, propuso las mismas excepciones que ésta invocó en procura de sentencia absolutoria;

b) En la sentencia del Tribunal de Cartagena, como aparece de la transcripción que de sus disposiciones se hizo, las pretensiones del demandante Posada fueron acogidas, lo que de suyo implica el rechazo de la desestimación que buscó la demandada; a la vez, la única pretensión de la entidad "Hernández y Hernández Limitada" fue también acogida, pues a ella lo que le interesaba y lo que pidió fue justamente que la responsabilidad por los perjuicios causados se hiciera recaer en la sociedad "Rohm and Haas Colombia S. A.", o sea que desplazó hacia ésta la responsabilidad que en la primera denuncia del pleito se le atribuyó. En cuanto a la compañía productora de los herbicidas, en quien vino a desembocar en últimas la cadena de denuncias y a través de éstas la pretensión indemnizatoria por perjuicios deducida en la demanda y cuya pretensión era liberarse de esa responsabilidad, no logró a la postre su absolución desde luego que la sentencia fue para ella condenatoria;

c) Del contexto de la sentencia se infiere que el Tribunal de Cartagena, si bien no hizo en la parte resolutiva de ella pronunciamiento expreso en torno a la relación existente entre las sociedades "Hernández y Hernández Limitada" y "Rohm and Haas Colombia S. A.", y que consistía, al decir de la denuncia, en que la primera era la distribuidora en la Costa Atlántica de los herbicidas producidos por la segunda, sí contempló esa situación en su parte motiva y, con apoyo en ella, en la conclusión del capítulo del fallo que denominó "Legitimación de la parte condenada", expresó que ésta "quedó incuestionablemente vinculada al proceso en calidad de sujeto pasivo. Mediante denuncia del pleito o de un llamamiento en garantía (dando al que le hizo Hernández y Hernández Limitada) resultó convocada a responder como obligada al pago de los perjuicios impetrados, revestida de una innegable legitimación".

7. Con relación al segundo aspecto del cargo de incongruencia que el casacionista plantea, o sea, que el fallo del Tribunal omitió decisión expresa, en su parte resolutiva, acerca de la petición del demandante "relativa a compensación del saldo del precio", pues que condenó "en cantidad líquida de dinero" sin "deducción alguna" por este concepto, la Corte observa:

Si la sentencia combatida, en su segunda disposición, tal cual en ésta se lee, condena a la sociedad "Rohm and Haas Colombia S. A.", a pagar al demandante, por razón de perjuicios, la suma de $ 1.593.196, agregando que "*esta cantidad no sufrirá deducción ninguna*", con lo cual, dijo el Tribunal allí mismo, queda reformado "el ordinal 2º de la parte resolutiva de la sentencia apelada", tiene que seguirse que el hecho denunciado en esta fase del cargo no es cierto (el subrayado es de la Corte).

Cabe hacer notar, además, lo que también descarta la *ultra petita* denunciada, que en capítulo especial de la parte motiva de su fallo el *ad quem* consideró, y a espacio, la pretensión de retención o compensación a que alude la censura. Después de precisar los efectos de la resolución contractual que encontró próspera y de recordar la naturaleza especial del pacto, dijo en efecto que "la cuota insoluta del precio no tiene porque pagarla Posada, máxime si el vendedor no ha cumplido por su parte la correlativa prestación, es decir, la entrega de una cosa útil a la finalidad prevista al momento de contratar"; y que, por tanto, "la condena deberá hacerse por el monto de los perjuicios, sin deducción ninguna, y así quedará resuelto en la sentencia".

De manera que aún en el supuesto de que la sentencia en su parte resolutiva no trajera el pronunciamiento aludido, que sí lo trae implícito, la especial consideración que en sus exposiciones hace de tal cuestión descartaría la inconsonancia que plantea el censor. Ha dicho la Corte, en efecto, que "como la sentencia no está constituida únicamente por la parte resolutiva, sino que se integra también con la motiva, síguese que una resolución contenida en ésta obliga así mismo, como parte del fallo, como decisión jurisdiccional. Por tal motivo, seguramente, al exigir la disonancia como causal de casación en el artículo 368, numeral 2, del Código de Procedimiento Civil, el legislador dijo que ella ocurría cuando 'la sentencia' no era armónica con las pretensiones o las excepciones. Habló entonces de 'la sentencia' en general y no específicamente de la 'parte resolutiva', como sí lo hizo en la causal tercera de casación, que se da cuando 'la sentencia en su parte resolutiva contiene disposiciones contradictorias' ". (Sentencia de 24 de

abril de 1974, *Gaceta Judicial*, t. CXLVIII, pág. 80).

8. Corolario de todo lo expuesto es, entonces, el de que el cargo de incongruencia que se estudia, por ninguno de los dos aspectos en que el censor lo plantea está llamado a prosperar.

Cargo segundo

1. Con éste se acusa el fallo del *ad quem* de haber incurrido en una *reformatio in pejus*, puesto que, dice la impugnación, contiene dicha sentencia, "en su parte resolutiva, decisión que hace más gravosa la situación del único apelante, en este caso Rohm and Haas Colombia S. A.".

2. En demostración del cargo el censor, después de compendiar las resoluciones de las sentencias de primera y segunda instancias, nota que en aquélla los perjuicios fueron tasados en $ 2.679.737, de los cuales se debía descontar, según ese fallo, "la suma de $ 1.100.000", o sea que el monto de la condena impuesta era de $ 1.579.737; y que la sentencia de segundo grado determina el monto de los perjuicios indemnizables en $ 1.593.196, aclarando que "esta cantidad no sufrirá deducción alguna y que, de esta manera, reforma el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada".

"La simple comparación de las partes resolutivas de las sentencias de primera y segunda instancia – expresa el casacionista— permite ver que la última, además de omitir pronunciarse sobre la pretensión de compensación contenida en la demanda, como lo anoté en el cargo anterior, aumenta el valor de la condena por perjuicios a la cantidad de $ 1.593.196".

3. Continuando en el desenvolvimiento de esta censura, asevera la recurrente que el argumento del Tribunal al respecto de esta modificación, consistente en que lo hace "para evitar incongruencia del fallo de segunda instancia", no es valedero, "como que el fundamento del Tribunal para esta reforma en perjuicio del apelante resulta de encontrar contradictorio y opuesto entre sí el que el demandante haya pedido la resolución de un contrato y simultáneamente pretenda que éste se cumpla a través del abono del saldo del precio al valor de los perjuicios, contradicción u oposición que no constituyen causa legal que permita al Tribunal arreglar el defecto en que incurrió el demandante sino que ha debido llevar al juzgador de segunda instancia a la conclusión de no poderse fallar en el fondo el negocio por ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma, exigido por los artículos 76, 82, 97-5 del Código de Procedimiento Civil".

Se considera

1. *Apoyándose, de una parte en el interés para recurrir, y de otra, en el sistema de la personalidad del recurso, jurisprudencia y doctrina tienen dicho que la apelación se debe entender interpuesta únicamente en lo perjudicial para el recurrente. De lo cual se sigue, como consecuencia lógica y natural, que el poder del juzgador* ad quem *encuentra una primera limitación, por cuanto la providencia así impugnada no puede ser, por regla general, reformada en perjuicio del apelante, siempre naturalmente que la contraparte no haya denunciado apelación, pues en este último supuesto la jurisdicción del Juez de la segunda instancia es plena.*

El principio prohibitivo de la reformatio in pejus, *consagrado positivamente en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, se traduce pues en que el superior que conoce de un proceso por apelación interpuesta por una de las partes contra la providencia que ha sido consentida por la otra, no puede, por regla general, modificarla o enmendarla haciendo más gravosa para el apelante la situación procesal que para éste ha creado el proveído impugnado.*

Como también lo ha dicho la Corte, el perjuicio es elemento que corresponde por definición al instituto legal denominado reformatio in pejus. *Por tanto, para que la reformación en perjuicio se estructure, es preciso que el juzgador de segundo grado enmiende la providencia apelada imponiendo al vencido una agravación de las obligaciones a que ya fue condenado, y no cualquier enmienda.*

2. *De esta suerte, cuando, con desconocimiento del principio indicado la sentencia del Tribunal* ad quem *contiene decisiones que empeoran o agravan la situación del único apelante, desborda el campo demarcado por la ley; lesiona el interés jurídico del impugnante, quien, por tanto, puede acusarla mediante el recurso extraordinario de casación, invocando hoy este específico motivo, ya que el legislador de 1970 atribuyó a la* reformatio in pejus *autonomía como causal de casación, le dio individualidad propia, al estatuir en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil: "4. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló o la de aquélla para cuya pro-*

tección se surtió la consulta, siempre que la otra no haya apelado ni adherido a la apelación".

3. En el caso de este proceso, como se infiere del desarrollo que de él se hizo, tanto en la sentencia de primera como en la de segunda instancia, en relación con la cuantía de los perjuicios que la sociedad "Rohm and Haas Colombia S. A." debe indemnizar al demandante, se impone a aquella compañía una condenación líquida. Esa providencia resuelve que la demunciada debe pagar a Posada Alvarez, por el concepto indicado, la cantidad de $ 2.679.737, "de los cuales descontará la suma de $ 1.100.000", o sea que la condena se determina en $ 1.579.737; y expresa o dispone la segunda sentencia, en cambio, que la condenación se determina en el monto de $ 1.593.196, "cantidad que no sufrirá deducción ninguna".

Concebidas en tales términos las condenas por razón de perjuicios indemnizables una simple labor de parangón entre las dos, conduce a advertir que la decisión del Tribunal en el punto supera cuantitativamente a la del juzgado de primer grado en la cuantía de $ 13.459. Lo cual impulsa a decir que el Tribunal *ad quem*, al enmendar la providencia en el sentido dicho, quebrantó el principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*, puesto que agravó al aumentarle su cuantía la obligación que al vencido le impuso la sentencia de primer grado.

Desde este punto de vista no podía el Tribunal apartarse, como evidentemente se apartó, del criterio del Juez para la indicación del valor que por concepto de los perjuicios indemnizables debe pagar la sociedad condenada; como le impuso una obligación cuantitivamente superior, con su conducta le produjo al único apelante un desmejoramiento de la situación procesal que para éste había creado la sentencia apelada.

El cargo que se estudia es pues fundado, y así habrá de reconocerlo la Corte en la parte resolutiva de su fallo.

4. Pero como la prosperidad del cargo que aquí se ha analizado sólo es eficaz para infirmar la correspondiente resolución de la sentencia del Tribunal, o sea la que produjo la agravación de la situación del apelante, que es la parte de dicho fallo que se ataca con esta censura, le corresponde, entonces a la Corte, en cumplimiento de lo preceptuado por el inciso 2º del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, estudiar también el cargo tercero propuesto respecto de otras de las decisiones contenidas en la sentencia combatida en casación.

Cargo tercero

1. Por éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 1546, 1609 y 1616 del Código Civil; de los textos 1880, 1893, 1914, 1915, 1918 y 1923 *ibidem*, 934, 936 y 938 del Código de Comercio, todos estos por implicación; y de los artículos 57 y 58 del de Procedimiento Civil, por interpretación errónea.

2. Con el propósito de demostrar este cargo el acusador comienza por recordar los fundamentos que esgrime la sentencia de segundo grado para imponer la condenación por perjuicios.

Dice, en efecto, que el Tribunal da por sentado que el contrato que se cita en la demanda como fuente de las obligaciones cuya efectividad se persigue, es de compraventa; que la obligación del vendedor fue incumplida porque los productos vendidos no sirvieron para el uso natural a que estaban destinados; y que este incumplimiento le da derecho al comprador para demandar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, en los términos del artículo 1546 precitado.

Asentados por él los anteriores postulados, señala el casacionista que habiendo considerado el Tribunal que el pacto cuya resolución se pide "es un contrato de compraventa y que el vendedor demandado incumplió la obligación de resultado consistente en entregar cosa apta para su uso natural, de cuyas consecuencias ha de responder el fabricante, imponiéndole por ende condena a indemnizar perjuicios, incurre en error in judicando consistente en aplicar a la hipótesis de hecho que acepta, normas sustanciales que no contemplan tal hipótesis, dejando de aplicar en consecuencia las que regulan precisamente la cuestión debatida y llegando por este errado camino a condenar injustamente a quien no debe".

3. Avanzando en el desenvolvimiento de este ataque, la impugnación determina las obligaciones que para el vendedor surgen, según la ley, del contrato de compraventa; precisa los objetos de la obligación de saneamiento; indica los elementos que son propios de los llamados vicios ocultos; y recuerda que, según lo indican los artículos 1914 y 1917 del Código Civil, el comprador está facultado para ejercer la acción redhibitoria, a fin de que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio.

Estima la censura que la rescisión de la venta, que en estos casos le otorga la ley al comprador,

"se explica como facultad de éste contra el vendedor que ha pagado su obligación de hacer tradición de la cosa vendida, esto es, que ha cumplido íntegramente la primera y más importante de sus obligaciones, y no como derecho a que el Juez destruya el acuerdo de voluntades por incumplimiento de esta obligación; y como aquella facultad hace relación a vicios de la cosa ya entregada pero que se coloca en la fecha del acuerdo de voluntades, obviamente la acción que el artículo 1917 del Código Civil concede al comprador por razón de vicios redhibitorios, no es la resolutoria de la venta sino la rescisoria del acto o contrato, como que la ley supone que el comprador, de haber conocido oportunamente el vicio, no hubiera comprado".

Con citas doctrinarias la recurrente marca las diferencias existentes entre las llamadas acción redhibitoria, que consagran los artículos 1915 y 1917 del Código Civil, y la acción resolutoria regulada por el artículo 1546 *ejusdem*, para sostener a renglón seguido, que la "acción que tiene el comprador que recibe cosa no apta para su destino natural o comercial, no es la resolutoria del contrato que consagra el artículo 1546 del Código Civil por vía general, sino la específica que le concede el artículo 1917 del Código Civil, y desarrollan los artículos siguientes de esta obra".

4. De lo anterior concluye la impugnación que habiendo partido el Tribunal del supuesto aceptado de ser de compraventa el contrato ajustado entre el demandante y la demandada, "en el cual la cosa vendida no sirvió para su uso natural, supuesto fáctico que es regulado en sus consecuencias jurídicas por las normas sustanciales contenidas en los artículos 1880, 1893, 1914, 1915, 1917 y 1918 del Código Civil y 934 y 936 del Código de Comercio, cuando la venta es mercantil, dejó de aplicar estas precisas normas legales para resolver la cuestión litigiosa, siendo ellas aplicables, para aplicar en cambio los artículos 1546, 1609 y 1616 del Código Civil que, por el contrario, no son aplicables por no regular éstos la cuestión controvertida".

Y luego de concretar las violaciones de la ley sustancial que denuncia, determinando el alcance de su impugnación pide que la Corte case el fallo combatido; y que actuando como Tribunal de instancia infirme la sentencia de primer grado para, en su lugar, dictar decisión inhibitoria por ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma; o, en subsidio, se absuelva a la sociedad recurrente en casación.

Se considera

1. Estimó el Tribunal de Cartagena que a través de la demanda inicial del proceso viene deducida la acción resolutoria de un contrato de compraventa, con indemnización de perjuicios. Y como consideró que según todas las pruebas practicadas está acreditado el incumplimiento de las obligaciones del vendedor, más precisamente la de entregar la cosa "útil a la finalidad prevista al momento de contratar", acogió la pretensión indemnizatoria suplicada.

Esa deducción probatoria del sentenciador *ad quem*, que se constituye en el punto de partida de todas las demás consideraciones de su fallo estimativo, la repite con énfasis en varios pasajes de su providencia. Así, luego de reseñar las peticiones y los fundamentos de hecho de la demanda, expresa la sentencia que "en el caso de autos, la parte demandante ha optado por impetrar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, *por cuanto éstos aparecen causados y son imputables a culpa del deudor*"; que el herbicida *Stam 100*, "resultó totalmente inocuo, razón por la cual no obró el efecto que de él esperó el comprador"; y que "la *demostrada ineficacia del producto* entraña jurídicamente un incumplimiento por parte del vendedor, pues su primordial obligación no se reduce a entregar al comprador la cosa vendida, *sino que consiste en entregarla en condiciones de prestar en toda su extensión el servicio*". Y en el rubro de su fallo que denomina "pertenencia de la acción", añade el Tribunal que "no es admisible que la parte demandada que entregó, al menos en parte, *una cosa que no era útil al objeto para el cual se le destinó*, intente justificar el incumplimiento de su primordial obligación de vendedor", pretextando el no pago de parte del precio (el subrayado es de la Sala).

2. Como aparece del resumen que de él se ha hecho, a través del cargo que aquí se estudia el casacionista denuncia, por la vía directa, aplicación indebida de las normas legales sustanciales relativas a la acción resolutoria, y falta de aplicación de las concernientes a la acción redhibitoria, pues estima que conforme a las circunstancias de hecho alegadas son éstos textos y no aquéllos los que deben regir la cuestión planteada en la litis.

Mas omite el acusador impugnar el argumento cardinal de la sentencia del *ad quem*, o sea, que la indemnización de perjuicios suplicada sí es procedente porque está demostrado el incumplimiento del vendedor a la obligación de entregar la cosa compravendida en condiciones tales

que sirviera para el uso natural al que se le destinó al celebrar el contrato. Esa falta de impugnación en el punto deja en pie la primera razón del Tribunal: mientras ella no se desvirtúe, lo que sólo habría logrado el recurrente denunciando *violación indirecta* a causa de error de hecho en la apreciación de las pruebas correspondientes, lo que ciertamente no hace, esa consideración continúa siendo fundamento sólido de la sentencia.

Por lo dicho, se desestima el cargo.

IV

Sentencia sustitutiva

Resulta de todo lo expuesto que por la prosperidad del cargo segundo de la sentencia combatida en el recurso extraordinario tiene que casarse; pero que como su quiebra es sólo por el eficaz ataque que en dicho cargo se le hace al fallo, en cuanto por éste se hizo más gravosa la situación del apelante al aumentarle el monto o cuantía de la obligación de indemnizar al demandante de los perjuicios causados, la sentencia que la Corte debe dictar como Tribunal de instancia tendrá que limitarse a corregir tal yerro, reproduciendo las demás decisiones que trae el fallo recurrido y frente a las cuales las impugnaciones no alcanzaron éxito.

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, casa la sentencia de siete (7) de diciembre de mil novecientos setenta y nueve (1979), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, y actuando en sede de instancia,

Resuelve:

Primero. CONFÍRMASE "el ordinal 1º de la sentencia apelada de fecha 18 de julio del presente año, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Magangué, y en consecuencia, declárase resuelto por no haber servido para su uso natural los insumos o herbicidas o matamalezas vendidos, el contrato de compraventa celebrado entre el doctor *Enrique Carlos Posada Alvarez*, mayor y vecino de Magangué, como comprador y *Droguería San Jorge-Felipe Abisambra Sucesores*, representada legalmente por el doctor Gabriel Abisambra Abuchar, también mayor de edad y de la misma vecindad".

Segundo. En consecuencia se condena a la entidad "Rohm and Haas Colombia S. A.", productora del herbicida denominado "Stam 100" que para la fumigación de sus cultivos compró el demandante, a pagar a Enrique Carlos Posada, por razón de los perjuicios que le causó, la suma de un millón quinientos setenta y nueve mil setecientos treinta y siete pesos ($ 1.579.737).

Tercero. Se condena a la misma compañía "Rohm and Haas Colombia S. A.", a pagar las costas causadas en las dos instancias del proceso.

Cuarto. Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Luis H. Mera Benavides
Secretario.

NULIDAD DE TESTAMENTO

Nulidad del proceso por trámite inadecuado. La causal 4ª del artículo 152 no tutela la sucesión ordenada de las diferentes etapas del proceso, sino la individualidad del respectivo trámite y, por consiguiente, no hay cambio de procedimiento cuando se omite una etapa del mismo o se altera el orden de los actos procesales que deban cumplirse.

Capacidad para otorgar testamento. **No es la misma que la negocial general: desde el punto de vista de la edad, un mayor número de personas tiene plena capacidad para otorgar testamento, pero atendiendo a las facultades mentales la lista de incapaces se amplía considerablemente.**

Revocabilidad del testamento. **El testamento por su declaración de última voluntad es esencialmente revocable. Se considera como voluntad del testador la última que éste haya expresado legalmente.**

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Germán Giraldo Zuluaga.

Bogotá, noviembre 20 de 1980.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 2 de octubre del pasado año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al decidir la segunda instancia de este proceso ordinario en que Carlos Restrepo Arango demandó la nulidad del último testamento de su esposa.

I

El litigio

1. En demanda aclarada que fue admitida por auto del 28 de octubre de 1976, dictado por el Juez 5º Civil del Circuito de Medellín, Carlos Restrepo Arango, llamó a proceso ordinario a los herederos y legatarios instituidos por su esposa, Mariana Restrepo, en el último testamento otorgado el 4 de diciembre de 1975, para que se declárase la nulidad de éste.

2. Los 19 hechos de la *causa petendi* se pueden compendiar así:

El 5 de febrero de 1960 contrajeron matrimonio católico el demandante y Mariana Restrepo, quienes no dejaron descendencia común. El 10 de agosto de este mismo año, Mariana otorgó testamento en que dispuso que, si al morir no le sobrevivía su madre, su esposo Carlos Restrepo sería su único heredero.

Transcurría armónicamente la vida de los casados, cuando en noviembre de 1975 fue necesario y urgente intervenir quirúrgicamente a Mariana por las fuertes hemorragias que le producía la vertientitis que estaba padeciendo. La delicada operación fue realizada por los eminentes galenos Alberto Gómez Arango y Arturo Pineda Giraldo.

"En el lapso postoperatorio se agravó la anemia que naturalmente produjera la intensa hemorragia, presentándose según los galenos 'fenómenos autoinmunes con las transfusiones, fenómenos anafilácticos y disfunción renal con anemia, insuficiencia cardíaca fuera de shock séptico, factores éstos que la llevaron al deceso, coadyuvados por la acción de las drogas sedantes que se le aplicaron.

"La anemia aguda, la uremia y demás complicaciones cardíacas, entre ellas la arritmia sinusal, entorpecieron la mente de la paciente hasta el punto de obnubilarla, especialmente en el período comprendido entre el primero (1º) y el ocho (8) de diciembre de mil novecientos

setenta y cinco (1975), día este último en que murió".

Desde la primera semana de diciembre fue imposible entablar diálogos con la enferma, por lo cual las visitas se limitaban a hacer acto de presencia ante su lecho. A pesar de esto, el 4 del mismo mes, en momentos en que Carlos Restrepo tuvo que abandonar la clínica, parientes de Mariana "que nunca velaron ni se preocuparon por ella", penetraron a su alcoba "cuando ésta se hallaba alterargada recibiendo una gota a gota, inconsciente, dada su gravedad por las entidades patógenas que la tenían al borde de la muerte" y como resultado de la intervención de esos familiares y del Notario 7º", apareció que la enferma otorgó nuevo testamento en que nombra como únicos herederos a sus hermanos Amelia, Judith, Graciela, Víctor y Julio Restrepo Uribe, designa a este último como albacea e instituye como legatarios a Inés Restrepo, Solangela y Teresa Posada, Altagracia Zapata, Rosa González y a la entidad Ciudad Don Bosco.

El 5 del mismo mes, a los 4 días del testamento, falleció Mariana Restrepo de Restrepo; su marido, Carlos Restrepo, atendió al pago de gastos de clínica, de médicos y de funeraria.

Como el testamento del 4 de diciembre se otorgó cuando según el concepto de los médicos la testadora estaba obnubilada, sin que gozara de cabal juicio, resulta que esa memoria testamentaria está afectada de nulidad.

3. Adelantada la primera instancia con oposición de los herederos y legatarios que se hicieron representar en el proceso, el Juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia del 14 de septiembre de 1978, en que dispuso.

"Es nulo de nulidad absoluta y por tanto sin ningún valor ni efecto jurídico, el testamento abierto distinguido con el número 2394 de diciembre cuatro de 1975, otorgado por la señora Mariana Restrepo de Restrepo, según escritura corrida ante el Notario Séptimo de esta ciudad.

"Consecuencialmente, por carecer en absoluto de valor el acto otorgado en la escritura mencionada en el numeral anterior, el demandante en este asunto, señor Carlos Restrepo Arango, tiene derecho como heredero universal a intervenir en el proceso sucesorio de la señora Mariana Restrepo de Restrepo, en los términos del testamento abierto contenido en la Escritura número 2503 de 10 de agosto de 1960, corrida ante el Notario Primero de esta ciudad y registrado en el libro 2 impares, folio 50, bajo el número 4863.

"También como consecuencia de la declaratoria del numeral primero de esta sentencia, se ordena la cancelación en el protocolo de la Notaría Séptima de esta ciudad, de la Escritura Pública número 2394 de cuatro de diciembre de 1975, y otro tanto se ordena con respecto al registro de tal instrumento, cuya inscripción fue hecha el 10 de diciembre de 1975, en el libro de testamento, tomo II, folios 242 y 243, número 375. Ofíciese en tal sentido.

"Como consecuencia de la nulitación (sic) contemplada en el numeral primero de esta sentencia, los demandados en este asunto, no son herederos ni legatarios de la señora Mariana Restrepo Uribe de Restrepo.

"Declárase no probada la objeción que por error grave se formulara al dictamen pericial inicialmente rendido".

4. Insatisfechos con esta sentencia, los demandados interpusieron contra ella el recurso de apelación.

Tramitada la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante fallo del 2 de octubre del año pasado, confirmó en todas sus partes el apelado. Entonces, la misma parte recurrente interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora se está decidiendo.

II

La sentencia del Tribunal

Después de definir lo que es el testamento y de enunciar la clase de sus requisitos, el *ad quem* manifiesta que en materia de testamentificación la regla es la capacidad y la excepción la incapacidad; que entre los inhábiles que señala el artículo 1061 del Código Civil, está la persona "que actualmente no estuviere en su sano juicio por debilidad u otra causa" y que el precepto siguiente estatuye que es nulo el testamento otorgado durante la existencia de una inhabilidad, aunque posteriormente dejó de existir la causa de ésta; que el adverbio "actualmente" utilizado por la ley en el artículo 1061-3º citado expresa que la insanidad mental debe existir al momento de otorgarse la memoria testamentaria y que del texto mismo de la ley se deduce que cualquier otra causa que la produzca, es suficiente para anular el acto testamentario.

En seguida expresa el Tribunal que aquella insanidad, aunque de ordinario se demuestra con dictamen de científicos en la materia, puede establecerse también con prueba testimonial e indiciaria; que en la especie de esta litis, el Juez

a quo dio por demostrada la falta de juicio de la testadora con el dictamen rendido por expertos médicos.

Entra luego el Tribunal al estudio de las probanzas aducidas y, en primer lugar, se refiere al informe presentado con la demanda, suscrito por los médicos Alberto Gómez Arango y Arturo Pineda Giraldo, quienes habían intervenido y tratado a la testadora en su última enfermedad y quienes afirman: "'Dado su estado de obnubilación debido a lo dicho anteriormente, doña Mariana Restrepo de Restrepo se hallaba totalmente imposibilitada para realizar actos de la vida civil, por falta de lucidez mental' dentro del período comprendido entre el 1º y el 8 de diciembre (folio 14 Código Penal)". Los citados profesionales reconocieron su informe y declararon ampliándolo y respondiendo al interrogatorio del Juez y a las repreguntas de las partes. En especial el doctor Alberto Gómez Arango, quien fuera Rector de la Universidad de Antioquia y quien por 42 años regentó cátedra en la Facultad de Medicina, coincidiendo con lo afirmado por el doctor Pineda Giraldo, quien ha sido por 30 años Profesor en la misma Facultad, afirma que en el lapso que estuvo hospitalizada Mariana Restrepo, él y el doctor Pineda Giraldo la visitaron diariamente y en ocasiones tres veces al día; que a ella la intervinieron quirúrgicamente porque presentaba estado de anemia casi aguda; que fue necesario hacerle "transfusiones pre, intra y post-operatorias las cuales desencadenaron manifestación de intolerancia de tipo autoinmune"; que unos 8 o 10 días antes de morir la testadora, no obstante el resultado inicial satisfactorio de la operación, "se desencadenaron una serie de complicaciones" que por infección de la herida la condujeron a shock séptico y de éste a insuficiencia renal con la uremia consiguiente y consecutiva y al desequilibrio del corazón que trajo arritmia sinusal, "todo lo cual obnubiló a la paciente especialmente en la última semana, obnubilación acentuada por las mismas drogas sedantes que le fueron aplicadas", "obnubilación" —dice el galeno— que le quitó el raciocinio por lo menos en los últimos cinco días de su vida, no obstante que pudiera conocer a las personas que la rodeaban y manifestar deseos, pero careciendo de la libertad para actuar en un acto que, como el testamento, requería lucidez mental.

Entra después el Tribunal al análisis del dictamen médico producido en la primera instancia por los doctores Sigifredo Giraldo Zuluaga y Oscar León Ospina (folios 82 a 96, ampliado luego a folios 93 a 95 del cuaderno 1º), quienes al unísono, fundándose en la historia clínica de la paciente, afirmaron que "'las anteriores complicaciones, con manifestaciones de tipo neurológico, se empezaron a presentar a partir del tercer día post-operatorio, es decir, desde el día 25 de noviembre de 1975, fecha a partir de la cual consideramos que la paciente no tuvo lucidez mental suficiente para discernir cosas elaboradas, como sería otorgar un testamento'. Más adelante al responder preguntas de las partes, categóricamente contestaron: 'Sí es cierto que la señora Mariana Restrepo de Restrepo presentó obnubilación mental entre los días 1º y 8 de diciembre'. 'La paciente Mariana Restrepo de Restrepo permaneció el día cuatro de diciembre de 1975 en estado de obnubilación mental las veinticuatro horas del día'. 'Como la prueba pericial fuera objetada por error grave, se ordenó un nuevo dictamen que fue dado por el conocido psiquiatra Hugo Campillo' " y por Alfredo Turizo Callejas, Magíster en Salud Pública, quienes afirman, como conclusión de su amplio estudio que "el día 4 de diciembre de 1975 la paciente Mariana Restrepo de Restrepo estuvo las 24 horas del día en estado de obnubilación mental", "no estuvo lúcida mentalmente" y "no es posible que la paciente haya tenido durante su enfermedad intervalos lúcidos 'normales', ni pudo ser consciente 'normal' de sus manifestaciones psíquicas". (Folios 13 a 18 del cuaderno 5º).

Teófila Mayor Urdinola y Elvia Rosa Sánchez, respectivamente Jefe de Enfermeras de la Clínica y Enfermera Auxiliar, declaran que la testadora estuvo varias semanas inconsciente, pero que el día que testó estaba lúcida porque conocía el nombre de personas. Los testigos Ofelia Rocha y Alberto Mejía afirman que el 3 de diciembre aquélla "no conocía", lo que está corroborado por Alicia Restrepo y Gabriel Gutiérrez (folios 13, 14 y 16 del cuaderno 2º).

Declararon también el Notario 7º de Medellín, Bernardo Valderrama, y Pascual Pérez (folios 20 vto. y 23 vto. del cuaderno 2), quienes respectivamente afirman que la testadora, al momento de disponer su última voluntad, daba la impresión de estar lúcida, lo que también aseveran Dioselina Echeverri, Isabelina Parra (f. 20 de los cuadernos 2 y 8) y Leonor Hilda Mesa (f. 23 del cuaderno 2º).

También rindieron testimonio Florentino Rodríguez, María Rosa Zapata, María Crisalina Villegas, Berta Rodríguez, Blanca Inés Sierra, María del Socorro Molina, Carlota Johnson y

el Presbítero Guillermo Bedoya, quienes poca convicción infunden por la forma en que declararon o por ser legatarios, o parientes de éstos o porque trabajaron con la familia. Como una cosa es que el testador conozca a las personas y otra que pueda raciocinar o que goce de lucidez mental, de la afirmación de lo primero hecha por los testigos no puede concluirse lo segundo, según muy bien lo explicaron los peritos psiquiatras.

Del análisis del haz probatorio concluye el *ad quem* que hay dos grupos de testigos enfrentados: los que afirman que la testadora gozaba de pleno juicio el 4 de diciembre y los que niegan este hecho. "De otra parte está la prueba científica, que no puede ser más contundente en el sentido de que el día del otorgamiento del testamento la señora Mariana Restrepo de Restrepo, se hallaba obnubilada mentalmente y que por lo mismo, no gozaba de la lucidez mental requerida para la validez del acto testamentario. El dictamen así rendido resultó reafirmado y con mayor fundamentación científica con el producido dentro del incidente de objeciones aludido. A no dudarlo, si se toma en cuenta para su apreciación "la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos", como lo enseña el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, esa sola prueba resulta suficiente para dar por establecido el supuesto fáctico de la pretensión del actor de que se declare la nulidad del testamento otorgado por su esposa el día 4 de diciembre de 1975.

"Quiere decir lo anterior, que, con el segundo dictamen y demás pruebas que obran en el proceso, la objeción quedó sin fundamento legal y fáctico y que bien puede acogerse como definitivo el rendido por los últimos peritos, tal como lo autoriza el artículo 238 del Código en su numeral 6º".

Replicando el apoderado de los demandados que reclamó porque en primera instancia no se hizo especial análisis de la prueba testimonial, el Tribunal dice:

"Es verdad que la prueba científica es la indicada para esta clase de controversias pero, como lo observa Somarriva Undurraga al referirse a la prueba de la sanidad mental, no puede ser la única. Siguiendo la jurisprudencia chilena, anota, 'la prueba del hecho de no estar una persona en su sano juicio al momento de otorgar testamento, habitualmente se producirá por medio de informes médicos, es decir, de informes de peritos. La jurisprudencia ha determinado que se puede probar incluso por medio de presunciones. El Juez, frente a los antecedentes que se le proporcionen, puede construir y fundar sus presunciones, llegando a establecer la falta de razón. También han dicho nuestros Tribunales, agrega que la circunstancia de que el Notario exprese en el testamento que el testador estaba en su sano juicio al otorgarlo, no obsta a la nulidad de aquél, si se acredita la falta de razón'. (Ob. cit. pág. 165)".

Y luego de transcribir jurisprudencia de la Corte colombiana sobre el punto, el Tribunal remata así:

"Como la parte demandada ha reiterado que el señor Carlos E. Restrepo no trató muy bien a su esposa y que la abandonó en la Clínica, hecho que justifica la modificación del anterior testamento y al mismo tiempo constituye un serio indicio de que la testadora gozaba de la plenitud de sus facultades mentales, ha de observarse que tal argumentación quedó sin ninguna fuerza ante el dicho del doctor Arturo Pineda Giraldo, quien en su testimonio explicó que el señor Restrepo le había confiado la atención y cuidado de su esposa, que cuando necesitó un cardiólogo para que la tratara en vista de las complicaciones lo contrató de inmediato y que le había manifestado que no le gustaba visitar permanentemente a su esposa en su habitación por la angustia que le causaba verla sufriendo tanto. Igualmente quedó desvirtuado tal abandono en la Clínica con el dicho de la enfermera Hilda Mesa de Salinas quien dijo que don Carlos iba todas las noches a visitar a su esposa y que justamente el día del otorgamiento del testamento, todo se hizo 'de mucha prisa' para que concluyera antes de que él llegara.

"Viene de todo lo dicho en los apartes anteriores que ciertamente la señora Mariana Restrepo de Restrepo, al momento de otorgar su memoria testamentaria el día 4 de diciembre de 1975, no gozaba de la plenitud de sus facultades mentales y por lo mismo se hallaba inhabilitada para testar conforme a la norma del numeral 3º del artículo 1061 del Código Civil".

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia cuyo extracto quedó atrás; uno por la causal primera y otro por la quinta que será despachado en primer término.

Cargo segundo. Está montado en la causal quinta de casación y se hace consistir en que, como en los hechos 10, 11 y 14 de la demanda, se imputa a familiares de la testadora y al Notario "el haber tomado a ésta en estado de inconciencia y haberle empapado en tinta el dedo para marcar la huella sobre un testamento que se le llevó redactado", ello constituye falsedad de la escritura y de lo escrito en ella, tacha que se debió tramitar por la vía señalada en el inciso 2º del artículo 252; que como se omitió esa vía y se eludió el procedimiento de los artículos 289, 290 y siguientes, "en el presente caso se incurrió sin duda alguna en la causal quinta del artículo 368", ya que seguir un procedimiento distinto del que legalmente corresponde, constituye vicio de nulidad insanable del proceso.

Para resolver se considera

1. *Cuando el Código ritual dispuso en el artículo 152-4 que el proceso es nulo cuando se sigue un procedimiento distinto del que legalmente corresponda, no hizo otra cosa que asegurar la garantía del debido proceso, para que nadie sea condenado sin que previamente sea oído y vencido mediante los trámites propias que, en cada caso, señala la ley. Quiso entonces el legislador que las causas que deben adelantarse por el procedimiento ordinario, por el abreviado, por el verbal, etc., sean efectivamente rituadas por su propia vía y que si erradamente se adelantan por los ritos de otro proceso, el vicio surgido se puede subsanar mediante el decreto de nulidad de lo actuado, para que la causa pueda nuevamente adelantarse guardando las ritualidades propias de ella. Así si un determinado litigio se adelanta por el proceso abreviado o por el verbal, siendo que debía seguir el procedimiento ordinario, la causa debe ser anulada para que el procedimiento se reponga. Se busca pues, con esta específica causal, que se respete el trámite que la ley ha señalado para cada litigio, impidiendo que quede a disposición de los particulares y aún de los jueces el escoger vías inadecuadas para lograr la tutela del derecho material.*

Mediante la causal cuarta de nulidad del artículo 152 citado, no se pretende la tutela de la sucesión ordenada de las distintas etapas del proceso, sino la propia individualidad del trámite respectivo. Es decir, la causal mencionada sólo puede presentarse cuando debiéndose transitar por la vía de un determinado procedimiento, se escoge el camino de otro.

2. *De lo anterior fluye que frente a lo preceptuado en el artículo 152-4 del Código de Procedimiento Civil, no hay cambio del procedimiento adecuado cuando se omite una etapa del mismo, cuando se altera el orden de los actos procesales que deben cumplirse, cuando se deja de ordenar un traslado, cuando no se abre un incidente, cuando se deja de tramitar una tacha de falsedad, etc. Mientras el procedimiento adecuado no sea íntegramente sustituido por otro procedimiento (el verbal por el ordinario, éste por el abreviado, o aquél por éste o por el ordinario, o el abreviado por éste o por el verbal, etc.), entonces no se dará la causal cuarta del artículo 152 citado.*

Si la demanda de nulidad de un testamento ha de adelantarse por el procedimiento ordinario y esto vino fue precisamente el que se acogió en las dos instancias que precedieron, resulta patente que ahora no es posible formular cargo con apoyo en la causal quinta de casación, alegando el motivo cuarto de nulidad erigido en el mencionado artículo 152-4, como quiera que no se siguió procedimiento distinto al ordinario que era el que legalmente correspondía seguir en este proceso de nulidad de testamento.

3. Conviene precisar, de otro lado, dos claros asertos: es el primero que en ningún pasaje del libelo introductorio del proceso el demandante desconoce la autenticidad de la escritura número 2394, y es el segundo que la tacha de falsedad no puede tramitarse de oficio, pues requiere escrito en que se proponga por el demandante y es bien diciente que aquí nunca se ha formulado tal incidente.

El cargo por yerro *in procedendo* no puede, por ende, prosperar.

Cargo primero. Apoyándose en que el *ad quem* apreció erróneamente "toda la prueba recogida en el proceso", denuncia quebranto, por omisión de errores de hecho y de derecho, de los artículos 1503 y 1765 del Código Civil "en forma directa" y de los artículos 1008 y 1018 "indirectamente".

Dice en síntesis el censor que el Tribunal pasó por alto la Historia Clínica de la testadora que "es la prueba de las pruebas tanto para la medicina como para la justicia"; que la vía correcta para recoger el llamado testimonio técnico científico, no es la de prefabricar un dictamen, sino la de "aportar los testimonios de los médicos tratantes" como declaraciones de testigos o como dictamen de peritos en la inspección judicial; que en la Historia, como lo aceptan los

médicos Pineda Giraldo y Gómez Arango, se anotan no sólo las prescripciones sino el desarrollo de la enfermedad y las complicaciones que presente.

De lo anterior concluye el recurrente que "no pudiéndose, pues, por todo esto, como no se puede, razonablemente burlar, ignorar ni contradecir la *Historia Clínica*, inmanentemente, *el documento en su indicado punto clave de la obnubilación* no constituye prueba de ninguna clase, y no solamente por lo expuesto, sino también porque él no se produjo legalmente, ya que no puede ubicarse, ni a viva fuerza, en alguno de los artículos que autorizan la prueba anticipada. Corren la misma suerte los testimonios rendidos por los firmantes del documento ese, en cuanto que al hablar de la obnubilación y de la incapacidad de la paciente sólo confirman su propio documento, pero nada de eso extraen de la Historia Clínica, y como en ésta se puede ver claramente que esos médicos firmantes, tratantes y declarantes no asistieron a la testadora en forma ni en tiempo ninguno el día 4 de diciembre de 1975, habrá de estarse lógica y jurídicamente a la *Historia* y no a ellos en lo tocante a la capacidad de doña Mariana para hacer su testamento en ese día.

"Con idéntico valor probatorio deberán mirarse los dictámenes practicados, sin excluir el que se acogió en la sentencia como definitivo, contundente y suficiente, porque si bien es cierto ellos demuestran plenamente la resección del colon, la rectorragia y demás trastornos comunes a los pacientes de estas intervenciones y afecciones, es únicamente porque en todo esto los peritos consultaron la *Historia Clínica* y dictaminaron de acuerdo con ella en esos puntos; pero, por eso mismo, no es menos cierto que lo relativo a la *uremia*, a la *arritmia* y al *shock séptico*, aunque de éstas sólo la segunda se registró en Historia, admitiendo que de la *arritmia* y de la *anuria* pueden presentarse las otras dos, la uremia y el shock, como consecuencias, el dictamen únicamente haría fe desde la fecha en que la Historia registró las dos afecciones que aparecen atrás inmediatamente subrayadas, esto es, la arritmia y la anuria, desde el 5 y el 6 de diciembre. Y es claro que siendo ello así, como lo es, todo eso vale nada absolutamente *en lo relativo al punto clave del documento* con que quiso inyectar el virus de la obnubilación, y de la incapacidad dedlucida, en que la enferma supuestamente pasó entre el primero y el ocho de diciembre de 1975, porque definitivamente estas apreciaciones teóricas y subjetivas, y esa deducción de incapacidad, sólo pudieron ser vistas en el documento extrajudicial que, según todo lo examinado y explicado, nada vale frente a la *Historia* de la cual no pueden emanar esos infundios, ni pueden encontrar en ella el más mínimo respaldo. Claro que hay que mirarla siquiera para comprobar la verdad de estas aseveraciones, y para poder asegurar también, con razón, que nada valen tampoco los cuatro testimonios que se rebuscaron para inducir, en vano, conclusiones falsas tomadas de ese segundo punto clave, tantas veces mencionado, para inducir en vano, se repite, como ocurre con la declaración encendida, apasionada e interesada y visiblemente parcializada sin fundamento válido, rendida por el doctor Gutiérrez, sobrino de don Carlos Restrepo, todo lo cual está indicando *que existe un tercer error de derecho en la apreciación de los dictámenes y en lo poco que estos encuentren de apoyo en los dichos cuatro testimonios.*

"Un cuarto error de derecho se puede fácilmente ver en el fenómeno, raro por cierto, sufrido por los 12 testimonios que siendo contestes entre sí y armónicos con la Historia, y reconociéndose en la sentencia que ellos acreditan la sanidad del juicio de la testadora el cuatro de diciembre de 1975, se desestiman, no obstante, como desteridos por los cuatro testimonios que intentaron decir, más o menos, lo contrario. Y es la verdad que esta virtud destructora de éstos cuatro contra aquéllos doce, es pura fantasía, porque los cuatro hablan de visitas hasta el dos o tres de diciembre y siempre en forma vaga e imprecisa; porque también fueron vaciados sobre el despropósito contenido en el punto segundo del documento prefabricado; y, sobre todo, porque contradicen los datos contenidos en la Historia Clínica que los mismos médicos tratantes acreditan como la prueba más fidedigna y completa y el documento que debe consultarse obligadamente en todo lo relativo a la enfermedad de doña *Mariana*, puesto que fue conformándose hora por hora y día por día con sus instrucciones, observaciones y prescripciones, bajo su vigilancia y su control asiduos, desde el ingreso de la paciente hasta su egreso, hasta quedar completa con un diagnóstico inmediato, un diagnóstico definitivo, *un resumen de la Historia Clínica*, dos folios de evolución y examen físico, cuatro folios de *órdenes del médico*, 3 exámenes de laboratorio, tres folios de control de *signos vitales*, tres *hojas de medicación*, un folio de registro de anestesia, un folio de laboratorio de patología, dos folios de registro de dinresis, pulso y temperatura, y, finalmente, *ocho folios de notas de la enfermera*. Esta *His-*

toria Clínica, hasta para los mismos médicos que atentaron contra ella extrajudicialmente, es la prueba de referencia de todas las demás, es *la prueba de las pruebas*, y sin embargo la sentencia la pasó en silencio con el pretexto inaceptable que antes se indicó. Por tanto, esta increíble preterición bien puede reputarse como un *quinto error* de hecho en la apreciación de toda la cargerie".

Agrega el recurrente que un sexto error se podría haber cometido por el fallador cuando califica la prueba de peritos como científica, negando esta denominación a las declaraciones de testigos que, desde el punto de vista jurídico merecen igual calificación; que la prueba testimonial, por estar en concierto con la Historia Clínica, convence más que la de peritos, pues éstos hablan de un estado de inconsciencia que no fue registrado en las hojas que contienen la Historia y que contradice la afirmación allí anotada relativa a que Mariana Restrepo, una media hora después de salir de la sala de cirugía "despertó consciente".

Insiste nuevamente el casacionista en que la Historia Clínica tiene un valor superior que hace poco atendible la afirmación de hechos relativos a la paciente, que no aparezcan consignados allí, por lo cual el Tribunal erró al no acoger lo afirmado por los testigos con relación a que el día en que se otorgó la memoria testamentaria, la testadora gozaba de sano juicio. Luego expresa que en los Capítulos 1º, 2º y 4º del Título Tercero del Libro 3º del Código Civil (artículos 1064 a 1112) "se confía todo este asunto de la testamentificación al ministro de fe y a los testigos y aún mucho más a éstos que al primero", según se desprende de lo dicho en los artículos 1071 y 1090, que permiten otorgamiento de la memoria sin la presencia de Notario.

Después de hacer algunas observaciones subjetivas sobre por qué en el último testamento nada se atribuyó por la testadora a su marido y por qué cuando entraba el marido "sólo le abría los ojos, pero sin hablarle", y luego de asombrarse de algunas afirmaciones de los médicos (folio 86 del cuaderno 1º) y del sobrino del esposo de la testadora, el impugnante asevera que entre nosotros "es inconcebible" que se exija certificado médico previo a la testamentificación. En seguida torna a decir que el Tribunal concedió al informe que rindieron los médicos Pinoda Giraldo y Gómez Arango valor excesivo, "ya que por haberse convenido entre los que lo elaboraron y lo firmaron, y el demandante y su apoderado, antes de juicio, no se ajusta al mandamiento del artículo 277-2 ni a ninguno de los que permiten obtener pruebas anticipadas" que el mismo concedió mayor valor a las declaraciones que estos dos rindieron después, pues estando en contradicción con la Historia Clínica, nada probaban; que también erró el fallador al conceder valor demostrativo a cuatro declarantes que estaban de acuerdo con los peritos Gómez y Pinoda, restando valor, por el contrario, a doce testigos que acompasan en lo narrado con lo que predica la Historia Clínica.

Por aparte el censor mismo resume su ataque así:

"Los seis errores señalados en éste, pueden considerarse reducidos a cuatro, así:

"a) Estimar el documento extrajudicial, con su ratificación, como prueba de referencia para avaluar el mérito de las demás;

"b) Pasar en silencio la Historia Clínica y no tomarla, como era debido, como prueba de referencia obligada, con vista en la cual deberían haberse valorado las otras;

"c) Tomar, como única para decidir, la llamada científica (peritaciones) que en lo esencial (obnubilación, la demanda habla de inconsciencia) únicamente pudo haberlo sustraído del documento prealudido y de las declaraciones ratificantes, con el exclusivo fin de convalidarlos;

"d) Dar validez a cuatro testimonios que ninguna pueden tener, vistos con los principios de la sana crítica; absolutamente ninguna, frente al grupo de doce que, en la circunstancia fundamental de no haber habido nunca inconsciencia en la paciente muestra la más completa armonía con la Historia Clínica.

"Evidentemente, sea que según la exposición se cuenten seis errores o que se prefiera considerarlos reducidos a cuatro, según esta adición, de todas maneras es indispensable el estudio cuidadoso de la Historia Clínica, el cual no fue hecho en la sentencia, para saber si es cierto que el dictamen acogido en ella como contundente, suficiente y definitivo, dizque por reunir los requisitos del artículo 241; o si, por el contrario, es más verdadero el gran error que se acaba de señalar con el número tres (3), y el primero, el segundo y el cuarto (así numerados en la adición), pues la existencia de aquél demuestra, sin duda, la de éstos, porque ellos guardan entre sí conexidad casi inescindible".

Para resolver la Corte considera

1. *El testamento, como que es acto jurídico siempre solemne, puede ser atacado ya por ostentar vicios de forma, ya por contener vicios de fondo. Como manifestación de la voluntad encaminada a producir efectos jurídicos, es claro que el testamento debe ser otorgado con el lleno de los requisitos propios de todo acto jurídico: capacidad, consentimiento que no adolezca de vicios, objeto lícito y causa lícita.*

2. *La capacidad para otorgar testamento no es la misma que la capacidad negocial general (artículos 1503 y 1504 del Código Civil). Y aunque en uno y otro campo rige una misma regla: todas las personas son capaces, excepto las que la ley expresamente declara incapaces o inhábiles, es lo cierto que, por ejemplo, desde el punto de vista de la edad, un mayor número tiene capacidad plena para otorgar testamento, como quiera que pueden disponer de sus bienes para post mortem los que han dejado de ser impúberes; pero desde el punto de vista de las facultades mentales la ley declara inhábiles para testar no sólo a quien se halla bajo interdicción por causa de demencia, sino también a quien actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa y, además, a quien de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente (artículo 1061), con lo que amplió notoriamente el número de los que son incapaces en general (artículo 1504).*

3. *Como el testamento es declaración de última voluntad, sin que tengan valor las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras, él es esencialmente revocable; el legislador quiere que los bienes de una persona difunta tengan el destino post mortem que su dueño los haya señalado, considerando como voluntad la última que él haya expresado legalmente. Un testamento válidamente otorgado puede ser revocado expresa o tácitamente por otro posterior, en parte o en su totalidad. La circunstancia de que, en distintas fechas, se hayan otorgado dos testamentos, no comporta que el último revoque el primero, a menos que aquél contenga disposiciones que sean incompatibles íntegramente con las del testamento inicial o que sean totalmente contrarias a éstas.*

Pero es claro que si el testamento posterior se declara nulo, entonces revive el primero, desde luego que la revocación expresa queda sin valor retroactivamente al momento en que se testó y que, del mismo modo, en caso de revocación tácita, las declaraciones incompatibles o contrarias, quedan borradas desde su inicio. El fenómeno es semejante al que se produce con la caducidad del testamento privilegiado cuando por medio de éste se había revocado uno solemne anterior; producida la caducidad, por expresa disposición del artículo 1271 del Código Civil revive el testamento anterior.

4. Pues bien, en el caso que se estudia, Mariana Restrepo de Restrepo después de haber testado nuncupativamente dos veces: en la primera instituyó como sus herederos por iguales partes a su madre y al demandante Carlos Restrepo, su marido, precisando que si aquélla no le sobrevivía, entonces éste sería su único heredero; en la segunda ocasión que testó, Mariana instituyó como sus únicos herederos a sus hermanos legítimos y designó a varios legatarios; su marido no fue instituido como asignatario suyo en esta ocasión final.

El Tribunal, como quedó expresado al hacer el resumen de los fundamentos de la sentencia recurrida, manifestó que de los dos dictámenes producidos en el proceso, no obstante ser acordes en su conclusión de que la testadora no gozó de lucidez mental el 4 de diciembre, acogía como definitivo el último, el rendido por los doctores Campillo y Turizo, en atención a su firmeza, precisión, calidad de sus fundamentos y la competencia de los que lo rindieron. Al analizar este dictamen, el *ad quem* expresó que sus conclusiones son más categóricas que las del dictamen de los médicos Giraldo Zuluaga y León Ospina. "En el sentido de que la señora *Mariana Restrepo de Restrepo*, entre los días 1º y 8 de diciembre de 1975, presentó obnubilación mental determinada por la *insuficiencia renal que le produjo uremia la que a la vez genera intoxicación de la célula cerebral*. Luego de serio y profundo estudio de lo que se entiende por *inconsciencia y lucidez mental* a la luz de las más autorizadas opiniones de autoridades en psiquiatría, explican los peritos el fenómeno de la *obnubilación u oscurecimiento de la conciencia*, como uno de los trastornos de ésta, así:

"*Obnubilación u oscurecimiento de la conciencia:* El trastorno ocasiona una pérdida de claridad de nuestras operaciones mentales, una especie de adormecimiento de vigilia que retarda la elaboración psíquica. El primer grado sería el de: a) *Embotamiento o torpeza* propios de los estados de fatiga física o psíquica muy intensos. b) *Somnolencia:* constituye un grado más intenso que el simple embotamiento. Se asiste a una perturbación mayor; la percepción así como toda la actividad psíquica se hallan más dificultadas

debido a una gran propensión al sueño, que apaga la conciencia normal de la vigilia. Este fenómeno se observa en condiciones fisiológicas normales, en los estados de transición entre el sueño y la vigilia. *En condiciones patológicas se observa en los comienzos de la confusión mental debida a procesos tóxicos e infecciosos, que sumen al individuo* en una profunda torpeza y somnolencia. c) *Coma:* constituye un grado extremo de obnubilación; siempre patológico. En este caso se produce la pérdida de la conciencia. Se observa entre otras afecciones, en los casos de traumatismo craneanos graves, en la *uremia*, diabetes, etc.' ".

Finalmente, los peritos al referirse al *concepto de lucidez mental* y sentar sus conclusiones últimas, precisan:

"Lo antedicho sirve para fijar el concepto psiquiátrico de lucidez mental, de tal importancia que algunos autores han clasificado los alienados en lúcidos y no lúcidos. La mayoría de los autores definen la lucidez mental como la capacidad de atención, percepción y memoria normales; mediante el uso de estas funciones básicas del intelecto, el sujeto puede entablar 'contacto normal' con el mundo exterior y el interior o subjetivo. Decimos normal, para significar el concepto expresado anteriormente, de que es cuestión de cantidad y no de calidad, son grados de conciencia, grados de lucidez mental".

Por último, al contestar algunas preguntas de las partes, los peritos puntualizan textualmente: "Es cierto, el día 4 de diciembre de 1975 la paciente Mariana Restrepo de Restrepo estuvo las 24 horas del día en estado de obnubilación mental... El 4 de diciembre de 1975 la paciente Mariana Restrepo de Restrepo no estuvo lúcida mentalmente... Sí es común que la insuficiencia cardíaca con arritmia sinusal y shock séptico causen obnubilación mental... No es posible que la paciente haya tenido durante su enfermedad intervalos lúcidos 'normales', ni pudo ser consciente 'normal' de sus manifestaciones psíquicas. Agregamos entre comillas 'normal' para hacer énfasis en la pregunta diez, que nos dio oportunidad para explicar ampliamente el concepto de conciencia'. (Folios 13 a 18 cuaderno número 5)".

Se observa que el demandante, bajo la letra c) del capítulo de pruebas del libelo, solicitó dictamen médico sobre los puntos que allí determina, que debía rendirse "con vista en las constancias procesales y en la Historia Clínica correspondiente a Mariana Restrepo de Restrepo. Y la parte demandada, al responder la demanda, bajo el capítulo de inspección judicial (folios 53 vto. y 54 del cuaderno 1º) pidió esta prueba para que en el archivo de la Clínica cardiovascular se tome razón de la Historia Clínica de Mariana y que con vista en ella, se rinda dictamen médico sobre los 14 puntos allí detallados. Entonces, el Juzgado de primera instancia por auto del 19 de febrero de 1977, decretó tanto la inspección como el dictamen médico. La inspección se llevó a cabo el 24 de marzo siguiente (folio 29 del cuaderno 3º) y allí se tomaron por orden del *a quo* xeroscopias de los 29 folios que integran la mencionada Historia Clínica, los que obran de folios 31 a 60 del mismo cuaderno. Con base en esta Historia Clínica se rindieron los dos dictámenes; en el primero, los peritos Giraldo Zuluaga y León Ospina, después de referirse en general a dicha Historia (folios 82 y 83 cuaderno 1º), expresamente declaran, como base de su dictamen (folios 83 a 87): "Después de estudiar detenidamente la Historia Clínica de la paciente, pasamos a resolver las preguntas específicas motivo del peritazgo". Y en el dictamen de los médicos Turizo y Campillo, éstos afirman: "Después de un detenido estudio de todo el proceso, muy especialmente de la Historia Clínica de la señora Mariana Restrepo de Restrepo...".

Y aunque es verdad que el *ad quem* no hizo un estudio separado de dicha Historia, es lo cierto que a ella se refiere expresamente en el punto 6 de la sentencia, donde asevera que los médicos tomaron apoyo, para dictaminar, en "la Historia Clínica número 21506 de la Clínica Cardiovascular Santamaría, abierta a la señora Mariana Restrepo de Restrepo el 21 de noviembre de 1975, de la cual se tomó fotocopia durante la inspección ocular practicada al centro asistencial (folios 29 a 60 cuaderno número 3).

De otro lado, ninguna contradicción se ve entre la Historia y los dictámenes, pues una cosa es que Mariana Restrepo haya despertado, consciente, de la operación y otra muy distinta que, al momento de testar, gozara de cabal juicio.

Concretando los cargos del recurrente, según su propio resumen, se tiene que los cuatro yerros a que contrae los varios que denuncia, no se cometieron, en primer lugar, porque el documento acompañado a la demanda, suscrito por los galenos Gómez Arango y Pineda, no fue la prueba fundamental en que el Tribunal apoyó su sentencia; en segundo lugar, porque la Historia Clínica no contiene consideración contraria a lo afirmado por los dictámenes con relación al

estado mental de la paciente para cuando otorgó el testamento; en tercer lugar, porque el Tribunal sí estudió todas las pruebas aportadas, pero por encontrar más atendible y técnica la de peritos, desechó la de los testigos que, sin ser médicos, afirmaron que la paciente gozaba de pleno juicio; y por último, porque no es cierto que el Tribunal basara su fallo en la declaración de los cuatro testigos que hablan del estado de inconsciencia de la testadora y que les hubiera dado validez *per se* el Tribunal encontrando que el dicho de éstos estaba acorde con las conclusiones del dictamen, les dio acogida, es decir, los encontró como pruebas corroborantes y no como pilares autónomos del fallo.

Pero es más: dejando de lado todas las consideraciones anteriores, el cargo no podría prosperar ya que no se precisa si las normas de derecho sustancial que se dicen violadas lo fueron por aplicación indebida, por falta de aplicación, o, finalmente, por interpretación errónea, si es que el cargo se formuló por vía directa, como parece decirlo el recurrente al final de su impugnación. Además, no se indica como quebrantado el artículo 1062 del Código Civil que es la norma que declara nulo el testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresada en el artículo 1061 ibídem.

No prospera pues este otro cargo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *no casa* la sentencia del dos de octubre del año próximo pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso suscitado por Carlos Restrepo Arango frente a Julio Restrepo Uribe y otros.

Costas a cargo de los recurrentes demandados.

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

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Inés H. Mera Benavides
Secretario Interino.

RESCISION POR LESION ENORME

Para su prosperidad no es necesario que el demandante acredite haber sufrido error o que un estado de necesidad lo obligó a consentir en contrato tan desventajoso para él; basta que padezca la lesión y que ésta sea enorme. La ley no hace diferencia según que las partes sean personas naturales o jurídicas, de derecho público o de derecho privado. La determinación del justo precio, en ausencia de confesión se hace mediante la prueba pericial y no por el valor del inmueble en la oficina de catastro, aunque el comprador sea una entidad de derecho público. El artículo 7º del Decreto extraordinario 2895 de 1963 no constituye excepción a la regla general y, por consiguiente, no sirve de base para modificar la doctrina de la Corte en cuanto a la prueba idónea para acreditar el justo precio.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Germán Giraldo Zuluaga.

Bogotá, noviembre 20 de 1980.

Entrase a desatar el recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la sentencia del 21 de noviembre de 1979, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por Ricardo Castillo y Antonio de Jesús Rico contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E.

I

El litigio

1. En demanda que fue admitida por auto del 29 de noviembre de 1976, dictado por el Juez 15 Civil del Circuito de Bogotá, Ricardo Castillo y Antonio Rico llamaron a proceso ordinario a *Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E.*, para que, tramitado el proceso ordinario, se declárase en síntesis, que los demandantes sufrieron, como vendedores, lesión enorme en el contrato de compraventa que se consignó en la Escritura número 6124, pasada ante el Notario Tercero de aquí el 13 de noviembre de 1972, y que, por tanto, se decrétase la rescisión del mismo, concediendo a la empresa demandada el derecho alternativo a que se refiere el artículo 1948 del Código Civil, con pago de intereses.

2. Los hechos de la *causa petendi* pueden compendiarse así:

Los demandantes, como consta en la escritura ya citada, vendieron, en la suma de $ 601.286.32, a la empresa demandada el fundo rural llamado La Playa y Los Chorros, distinguido catastralmente con el número 28.018, con cabida aproximada de 1.421 hectáreas, ubicado en términos del Municipio de Fómeque y cuyos linderos se dan en el hecho primero de la demanda. Este inmueble lo adquirió la demandada con destino al proyecto de ensanche del acueducto de Bogotá, llamado proyecto Chingaza, pues está situado en las fuentes y márgenes del río La Playa.

Como el INCORA había extinguido el dominio de otra parte de la finca enajenada por la Escritura número 6124 citada y como, además, había formulado ante el Juez del Circuito de Cáqueza, demanda de expropiación sobre las 1.421 hectáreas, que del fundo primitivo, que habían quedado en el patrimonio de los demandantes, éstos se vieron compelidos a negociar amigablemente con la empresa compradora.

Otros propietarios de terrenos situados dentro del radio de proyección del proyecto Chingaza se negaron a enajenar voluntariamente sus fincas y afrontaron los respectivos procesos de expropiación que, frente a ellos, se siguieron, y obtuvieron el reconocimiento de precios que están muchas veces por encima del que lograron los demandantes que, confrontado con el de aquéllos, fue sólo de una quinta parte del precio justo o comercial.

3. La parte demandada dio oportuna respuesta al libelo aceptando que el precio pagado fue el "del inmueble más el valor de las mejoras realizadas en el mismo" y proponiendo, en el mismo escrito de contestación, las excepciones de fondo que denominó carencia de acción de los demandantes e inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de la empresa demandada. Con oposición, pues, de ésta, se adelantó la instancia que que finalizó con fallo del 30 de octubre de 1978 que acogió las peticiones de los demandantes al fallar así:

"1º Declarar no probadas las excepciones propuestas.

"2º Declárase que los demandantes Ricardo Castillo Franco y Antonio de Jesús Rico Rojas, mayores y vecinos del Municipio de Fómeque (Cund.), sufrieron *lesión enorme* en el contrato de compraventa que consta en la Escritura Pública número 6124 del 13 de noviembre de 1972 otorgada ante la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá, según la cual transfirieron el inmueble denominado 'La Playa' cuyos linderos aparecen dentro del proceso.

"3º Como consecuencia de lo anterior, se *decreta* la *rescisión* por *lesión enorme* del contrato contenido en la referida escritura.

"4º Para los efectos de la opción que la ley sustancial les concede a las partes, se dispone estar a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, debiendo la *Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá* completar el justo precio a los demandantes que se computa en la suma de dos millones quinientos setenta y cuatro mil novecientos pesos ($ 2.574.900) moneda corriente.

"5º *Condénase* a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E. al pago de los intereses comerciales sobre el justo precio establecido en autos, desde la fecha de la presentación de la demanda y hasta cuando se efectúe el pago.

"6º *Condénase* en costas a la entidad demandada".

Apelada la sentencia por la parte vencida, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la revocó en todas sus partes por medio de la suya, calendada el 21 de noviembre de 1979, y en su lugar absolvió a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Entonces, los demandantes interpusieron el recurso de casación que ahora se decide.

II

Fundamentos del fallo del ad quem

Después de transcribir los hechos y peticiones de la demanda y la parte resolutiva de la sentencia del *a quo*, el Tribunal expone las consideraciones precias que sirven de estribo a su decisión: en primer lugar halla que están satisfechos los presupuestos del proceso; seguidamente expresa que la pretensión deducida aquí es la de rescisión por lesión enorme en la venta de un fundo rústico, y luego de manifestar brevemente en qué consiste esta lesión, afirma que su mejor prueba es el dictamen pericial sobre el justo precio del bien al momento de perfeccionarse el contrato. Luego precisa que el comprador, contra quien se ha reconocido esta acción rescisoria, puede consentir en la rescisión del contrato o, si lo prefiere, puede lograr que éste subsista, completando el justo precio con deducción de una décima parte. Pero como en este caso el comprador fue la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, el Tribunal precisa que no puede aplicarse la reglamentación legal general, sino el artículo 7º del Decreto 2895 de 1963, cuyo tenor es el siguiente:

"Las entidades de derecho público en los casos en que adquieran por negociación directa un inmueble rural, no podrán pagar por éste un precio superior al que figura en el Catastro, conforme a las disposiciones de los artículos primero y sexto del presente Decreto.

"En caso de expropiación, no podrán tampoco los peritos que deban estimar el precio de un inmueble que no haya sido avaluado en el catastro de acuerdo con el artículo 1º, exceder el que le fue señalado por el propietario o poseedor en obedecimiento a las reglas de este decreto. Igual norma deberá ser observada por el Juez de la causa.

"Pero es entendido que la estimación hecha por el propietario o poseedor, en cuanto exceda del avalúo que de un inmueble se practique conforme a las disposiciones legales pertinentes, no obliga en manera alguna a la entidad de derecho público que intente adquirir tal inmueble.

"Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo no es aplicable a los fundos cuyos propietarios o poseedores no estén obligados a hacer la estimación que ordena el artículo 3º".

Para concluir sus motivaciones, el *ad quem* dice:

"... tratándose de ventas hechas a favor de entidades de derecho público, como ocurre en la

especie de esta litis, porque la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., tiene este carácter, el precio real del inmueble al tiempo del contrato debe buscarse no en un dictamen de peritos nombrados conforme a las normas del Código Procesal Civil, cuyo contenido se amolde a las mismas, sino en las correspondientes oficinas de Catastro encargadas de avaluar el inmueble.

"Ahora bien:

"En el caso sub júdice, según lo acredita la Escritura pública número 6124 del 13 de noviembre de 1972, corrida en la Notaría Tercera de Bogotá, los actores de este proceso dieron en venta a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., 'los derechos de dominio pleno y la posesión que en forma exclusiva tienen en común y proindiviso sobre un lote de terreno de aproximadamente 1.421 hectáreas, que hace parte del predio denominado *'La Playa'* y *'Los Chorros'*, por la suma de $ 601.286'32.

"Y en el proceso, debidamente producida, obra la prueba de que el citado inmueble, por la época en que fue vendido a la *Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá* por medio de la escritura pública ya citada, estaba avaluado catastralmente en la suma de $ 902.000, razón suficiente para que no pueda, de conformidad con las normas expuestas, hablarse de una hipotética lesión enorme en dicha venta, y de ahí que sea el caso de revocar la sentencia apelada, no sin antes advertir que la Sala prescinde del estudio de las excepciones propuestas por la parte demandada, toda vez que las excepciones como medios de defensa que da la ley al demandado sólo entran en función cuando prospera la pretensión del actor, y como esta no es la situación del litigio, la Sala prescinde del estudio y análisis de las excepciones que propuso la parte demandada".

III

La demanda de casación

Seis cargos lanza la parte recurrente contra la sentencia que se dejó extractada, de los cuales sólo se estudiará el segundo que la Corte encuentra llamado a prosperar.

La censura, con apoyo en la causal primera de casación, denuncia quebranto directo de los artículos 16, 1946, 1947, 1948 y 1953 del Código Civil por falta de aplicación y, además, del artículo 7º del Decreto 2895 de 1968, por indebida aplicación.

Después de expresar que el decreto apuntado tiene 10 artículos "bastante conexos y de redacción un tanto enmarañada", el impugnante copia el primer inciso del artículo 7º, que fija el valor catastral como precio máximo que las entidades de derecho público pueden pagar por la adquisición directa de un fundo rústico, disposición que —dice— fue en esa primera parte la indebidamente aplicada por el Tribunal, pues no hizo actuar el resto de ella, precisión que hace el recurrente para no incurrir, como él mismo lo dice "en el error de denunciar como indebidamente aplicado un texto inaplicado en la sentencia".

A continuación insiste en que fue "indebidamente aplicada" la primera parte del artículo 7º y dejada de aplicar su parte final en que se precisa que la aplicación de la regla de no poderse pagar más del monto del avalúo catastral debe hacerse "conforme a las disposiciones de los artículos 1º y 6º del presente decreto".

Luego el recurrente alega que "en el anterior destacado ordenamiento, cimentó el Tribunal su determinación, por cuanto en seguida de transcribirlo con algunas mutilaciones, anota: 'Así, pues, tratándose de ventas hechas a favor de entidades de derecho público, como ocurre en la especie de esta *litis*, porque la empresa... tiene ese carácter, el precio real del inmueble al tiempo del contrato debe buscarse no en un dictamen de peritos... sino en las correspondientes oficinas de Catastro encargadas de avaluar el inmueble'. Sentada por el Tribunal esa base, recurre a respaldarla en la única fuente, un certificado de la Tesorería Municipal de Fómeque, transcrito en la Escritura 6124, en el cual aparece 'el precio' del inmueble materia de la *litis* en noviembre 2 de 1972, por la suma de $ 902.000, dando con ella por demostrada la concepción de su pensamiento, de que una entidad de derecho público, cuando adquiere un inmueble, en negociación directa, no puede pagar un precio superior al que figure en el Catastro".

Y después añade: "Mal podía el Tribunal, cuando al empezar el análisis del *thema decidendum* con absoluta precisión enfoca el problema: 'La pretensión ejercitada por la parte actora *se concreta a la lesión enorme*, la cual opera, según el artículo 1947 del Código Civil, cuando la cosa...'; apartarse de una institución excepcional, tan antigua como el hombre 'gestor de conflictos', rectamente quebrantada en el fallo, con aplicación indebida de un texto, que solamente le daba una referencia, compraventa de inmueble y carácter de las partes, una, el Estado, pero en la esencia misma del problema, no resiste compaginación alguna. Réstame pro-

cisar como atrás se anota, que el *ad quem* pasó inadvertido en el fallo, en todas sus líneas, el complemento del inciso primero, aquel ordenamiento, que dice: "...*conforme a las disposiciones de los artículos* 1º y 6º del presente decreto" todo lo cual, en forma clara, se nota la ausencia de estas disposiciones en el texto de la sentencia".

Finalmente dice el censor que la figura de la lesión enorme en la venta del inmueble también se aplica cuando el comprador es una entidad de derecho público, ya que entre nosotros no existe excepción a la regla de la rescisión en atención a la calidad de las partes, y que el Decreto 2595 citado, "de donde el Tribunal tomó su artículo 7º, estructuración de la sentencia, no derogó en su artículo 10 la institución excepcional de la lesión enorme".

IV

Consideraciones de la Corte

1. Como lo pregona la réplica del opositor, la demanda de casación está muy lejos de ser un modelo en su clase. Pero aunque el cargo que se despacha pudiera haber sido expuesto con más claridad y precisión, es lo cierto que fue correctamente calificado en oportunidad, sin reparo de la parte opositora, porque satisfacía los requisitos formales que, en su postulación, exige la ley.

A pesar de sus leves, aunque numerosas deficiencias, el ataque suministra los elementos de juicio suficientes para que la Corte lo interprete en el sentido de que el impugnante denuncia quebranto, por falta de aplicación, de los artículos que cita del Código Civil y por aplicación indebida del artículo 7º del Decreto 2595 de 1963, en su primer apartado, debido a que no obstante que el Tribunal vio que los demandantes habían acreditado la lesión enorme que sufrieron en la venta discutida, pues demostraron que el justo precio al momento del contrato era superior al doble del recibido, estimó que, por cuanto el comprador había sido "Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá", no podían aplicarse las normas generales del capítulo 13 del título 23 del libro 4º del Código Civil, sino el artículo 7º citado que, en el pensamiento del falladior, establece que, en tratándose de compra realizada por entidad oficial, el justo precio al momento del contrato no es el comercial que la cosa tenga para entonces, sino el valor que a la sazón tenga en las oficinas de Catastro, como lo dice ese artículo que por ello fue indebidamente aplicado.

Entendido así el cargo, antes de decidirlo, es conveniente sentar, repitiéndolas, las siguientes consideraciones que constituyen la doctrina de la Corte en esta materia.

2. *En punto de contrato de compraventa de inmuebles, el Código Civil Colombiano acogió el criterio de que, con independencia de los motivos que hayan dado lugar a él, la lesión enorme es causa de la rescisión del contrato, y no solamente cuando la sufre el vendedor, cual fue en el derecho romano y luego en el francés, sino también cuando la padece el comprador. Basta que se compruebe la lesión de* ultra dimidium, *la laesio enormis, para que por ese sólo motivo el Juez deba declarar la rescisión del contrato de compraventa de inmuebles. No se requiere, pues, que el demandante acredite haber sufrido error al consentir, o que, en virtud de las circunstancias de un estado de necesidades, se vio compelido, podiera decirse violentado, a dar su consentimiento al contrato que sabía le era notoriamente desventajoso. El criterio esencialmente objetivo que señorea en esta materia en nuestra ley, permite que se declare la rescisión sin otra prueba que la de que se ha padecido la lesión enorme ya por el vendedor, ora por el comprador, y aún en el caso extremo de aportarse prueba plena de que éste o aquél conocían a plenitud la desproporción del precio pagado o recibido con relación al que, en justicia, tendría comercialmente la cosa al momento de perfeccionarse la convención.*

Y aunque se demuestre, pues, que con absoluta libertad el lesionado pactó el contrato y que sin vicio de su consentimiento aceptó la cláusula relativa al precio que sabía le era lesivo, demostrada la lesión enorme, esta sola circunstancia, por sí, es motivo justificado para declarar la rescisión del contrato.

Pero tal resultado no se puede pretender siempre que se demuestre una lesión cualquiera, es menester que la lesión sea de las que el artículo 1947 del Código Civil califica de enormes *y que se ofrecen cuando el precio que recibe el vendedor es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que se vende, tomado al tiempo del contrato, o cuando el comprador paga uno que es superior al doble del justo precio referido al momento de perfeccionarse la compraventa.*

3. *Desde el punto de vista de la persona del comprador o de la del vendedor, no existe ninguna limitación para que quien haya sufrido la lesión enorme pueda alegarla, sin que esté limitada, como en el derecho romano inicial al menor de 25 años que tenía la calidad de vendedor. En Colombia el lesionado accionante puede ser quien compra o quien vende, persona natural o jurídi-*

ca, menor o mayor. Desde este ángulo no existe, pues, excepción; todo el que haya padecido una lesión enorme puede demandar la rescisión del contrato de compraventa de inmueble, pues la ley ha querido que una injusticia como la que entraña recibir un precio que es inferior a la mitad del justo o pagar uno que es mayor del doble de éste, debe ser corregida así sea indispensable atentar contra los principios de la libertad contractual, de la autonomía de la voluntad y la seguridad de las transacciones.

4. *En cambio, considerando que la compraventa puede originarse en la libre voluntad de los contratantes o en un decreto judicial de pública subasta, el legislador, concediendo en este segundo caso mayor tutela al principio de la seguridad de los remates oficiales que a la misma justicia, estableció en el artículo 32 de la Ley 57 de 1887, como lo había dicho en el 1949 del Código Civil, que no hay lugar a la acción de rescisión por lesión enorme cuando se trate de una venta que se hubiere hecho por ministerio de la justicia, es decir cuando la enajenación se haya realizado mediante una almoneda.*

5. *Y en cuanto a que la lesión debe aparecer de comparar el precio pagado o el recibido con el justo precio de la cosa al momento de celebrarse el contrato, de tal manera que aquél sea, respectivamente, más del doble de éste o menos de la mitad, la ley no ha hecho tampoco diferencia según sean las partes personas naturales o personas jurídicas de derecho público o de derecho privado. Demostrada la lesión de ultra dimidium, debe decretarse la rescisión.*

6. *¿Y cómo se determina ese justo precio?*

En caso de no admitirse prueba de confesión, el medio adecuado para acreditarlo es indudablemente la prueba de peritos, como lo ha dicho siempre la doctrina de la Corte.

Lo dispuesto por el artículo 7º del Decreto extraordinario 2855 de 1963, en nada modifica lo sostenido desde hace mucho tiempo por la Corte en punto de prueba idónea para acreditar el justo precio, ni constituye excepción a esa regla general.

En efecto, la norma señalada, expresa:

"Las entidades de derecho público en los casos que adquieran por negociación directa un inmueble rural, no podrán pagar por éste un precio superior al que figure en el Catastro, conforme a las disposiciones de los artículos primero y sexto del presente Decreto.

"En caso de expropiación, no podrán tampoco los peritos que deban estimar el precio de un inmueble que no haya sido avaluado en el Catastro de acuerdo con el artículo primero, exceder el que lo fue señalado por el propietario o poseedor en obedecimiento a las reglas de este Decreto. Igual norma deberá ser observada por el Juez de la causa.

"Pero es entendido que la estimación hecha por el propietario o poseedor, en cuanto exceda del avalúo que de un inmueble se practique conforme a las disposiciones legales pertinentes, no obliga en manera alguna a la entidad de derecho público que intente adquirir tal inmueble.

"Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo no es aplicable a los fundos cuyos propietarios o poseedores no estén obligados a hacer la estimación que ordena el artículo tercero".

Para la Corte es patente que, sin errar el camino de la recta hermenéutica, la disposición transcrita no puede entenderse como que siempre que se demande la rescisión por lesión enorme y una de las partes sea entidad de derecho público, el justo precio de la cosa vendida está determinado por el valor que, para entonces, tenga el inmueble en las respectivas oficinas de Catastro.

Esa norma nada tiene que ver con el tema de la lesión enorme. Ella impone una limitación a las entidades de derecho público en la fijación del precio cuando adquieran, por negociación directa, un inmueble rural, pero en ningún momento expresa que, en caso de demanda por haberse padecido por el vendedor lesión enorme, para determinar si existió o no ésta, ha de confrontarse el precio recibido por el demandante con el avalúo que el inmueble tenga en la oficina de Catastro. Si el precio que se paga es inferior a la mitad del justo, la lesión enorme se produce aunque el comprador sea una entidad de derecho público.

6. Viene de lo anterior que cuando para desatar este litigio, el Tribunal hizo actuar el artículo 7º citado, con ello incurrió en aplicación indebida de esa norma y no en su interpretación errónea, pues no siendo la norma pertinente para la composición del litigio, la aplicación que de ella se hizo equivocando su sentido, constituye clara aplicación indebida que precisamente consiste en hacer actuar en el litigio norma impertinente. Y del mismo modo se concluye que el Tribunal quebrantó, por falta de aplicación, los artículos del Código Civil que la censura señala, pues habiendo visto que el precio pagado a los demandantes fue sólo $ 601.286.32, siendo que el fundo enajenado, según la prueba de peritos (f. 265 siguientes, del cuaderno 1º) que no fue

objetada por la entidad demandada, tenía un valor de $ 3.462.000 para cuando se llevó a cabo la compraventa, debió haber confirmado la sentencia de primer grado que había declarado la rescisión.

Debe, pues, casarse la sentencia recurrida y entrar a dictar la que ha de reemplazarla, para lo cual se hacen las siguientes breves consideraciones, además de las que se dejaron expuestas al despachar el cargo:

1ª Con la copia de la Escritura 6124, corrida el 13 de noviembre de 1972 ante el Notario 3º del Círculo de Bogotá, se demostró plenamente que Antonio Rico y Ricardo Castillo vendieron a Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá el inmueble rural allí singularizado en la cláusula segunda, conocido con los nombres de La Playa y Los Chorros, situado en el Páramo de Chingaza, en jurisdicción del Municipio de Fómeque, predio que tiene cabida aproximada de 1.421 hectáreas.

2ª Con el mismo instrumento público se demostró que el precio pagado a los demandantes fue el de $ 601.236,32.

3ª Con el dictamen que obra a los folios 265 y 266 del cuaderno 1º, que no fue objetado, se acreditó que el justo precio del inmueble para la fecha en que fue enajenado era de $ 3.462.000, dictamen que se acoge no sólo por tener fundamentación atendible, sino también porque la demandada lo aceptó tácitamente al guardar silencio sobre él durante el término del traslado del mismo.

4ª Confrontando aquel precio con éste se concluye prontamente que los vendedores recibieron por su finca rural, un precio que es notoriamente inferior a la mitad del que justamente tenía para cuando se perfeccionó el contrato de compraventa.

Fluye de lo anterior que ha de confirmarse la sentencia de primer grado apelada por Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, mas sólo en los puntos 1º, 2º y 3º, pues los restantes deben revocarse por lo siguiente:

En el caso de que la entidad demandada pueda optar por completar el justo precio con deducción de una décima del mismo, deberá pagar a los demandantes la suma de $ 2.514.513,68 y no la indicada con exceso por el *a quo*, pues luego de deducir del monto en que se fijó el justo precio, la décima parte a que hace referencia el artículo 1948 del Código Civil, y luego de restarle al resultado la cantidad de $ 601.236,32 que fue el precio recibido por los demandantes, da la cifra de $ 2.514.513,68 que es el complemento del precio que debe satisfacerse.

Ahora bien, como el comprador no está constituido en mora de pagar la suma expresada, resulta una resolución desmedida condenarlo a pagar intereses moratorios.

Y por cuanto la ley, al tratar de la rescisión de la venta por lesión enorme, no señala plazo dentro del cual ha de completarse el precio en el caso del artículo 1948 citado, el plazo ha de señalarlo el Juez. La Corte, teniendo de presente no sólo que el complemento es alto sino que el comprador es una entidad de derecho público que debe someterse a una serie de controles previos a todo pago, fija el término de 90 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

No prosperan las excepciones propuestas desde luego que los demandantes demostraron la lesión.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y en su lugar, actuando como juzgador de segundo grado.

Falla

1º CONFÍRMANSE los puntos 1º, 2º y 3º de la sentencia de primera instancia, dictada por el Juez 15 Civil del Circuito de Bogotá.

2º REVÓCANSE las demás partes del fallo y, en su lugar, se dispone: si la entidad demandada, haciendo uso del derecho alternativo que le concede el artículo 1948 del Código Civil, prefiere optar por el complemento del precio, deberá pagar a los demandantes la suma de $ 2.514.513,68, dentro del término de 90 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

3º ABSUÉLVESE a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.

4º La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, pagará a los demandantes, en un 85%, las costas de las dos instancias. Sin costas en el recurso de casación, pues la demanda salió airosa.

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

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Luis H. Mera Benavides
Secretario Interino.

AGENCIA COMERCIAL

La Agencia Comercial como una de las formas modernas de intermediación. Diferencias con otros contratos. Características. Estabilidad del mandato. Independencia del agente para desarrollar su actividad sin sujeción al empresario o agenciado. Al Agente Comercial no lo benefician ni perjudican los cambios de precio que sufran los productos que promueve porque la propiedad de éstos en ningún momento pasa ser suya. No tiene el carácter de agente quien compra al empresario sus productos para revenderlos.

Contrato de cuenta corriente: no puede confundirse con lo que la ciencia contable y el común de las gentes llama "cuenta corriente". Su diferencia con las cuentas simples o de gestión. En el contrato de cuenta corriente las remesas mutuas de las partes se consideran partidas indivisibles de abono o de cargo en la cuenta de cada cuentacorrentista, por manera que ninguna de las partes puede considerarse deudora o acreedora hasta tanto no se produzca la liquidación de la cuenta; sólo entonces el saldo que resulte constituye un crédito exigible.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Germán Giraldo Zuluaga.

Bogotá, diciembre 2 de 1980.

Procede la Corte a resolver el recurso de casación que interpusieron ambas partes contra la sentencia del 21 de febrero del año pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario suscitado por Eduardo González contra "*Ico Pinturas S. A.*".

I

El litigio.

1. En demanda que fue admitida por auto del 6 de noviembre de 1975, dictado por el Juez Séptimo Civil del Circuito de Medellín, Eduardo González, llamó a proceso ordinario de mayor cuantía a la sociedad mercantil anónima, domiciliada en Barranquilla, que gira bajo la razón social de "*Ico Pinturas S. A.*" para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera: *Ico Pinturas S. A.* debió liquidar y pagar a *Eduardo González Posada*, al terminar su carácter contractual de *agente comercial*, una suma equivalente a la doceava parte del promedio de las comisiones, descuentos o incentivos recibidos por el demandante en los tres últimos años, con relación a los catorce (14) años en que *Eduardo González Posada* actuó en la distribución de *Ico Pinturas S. A.*, en el Departamento de Antioquia. Como *Ico Pinturas S. A.*, no hizo ese pago oportunamente, ni lo liquidó, ni lo abonó en cuenta corriente con el Agente Comercial, deberá pagar la suma que aritméticamente haya quedado comprobada en este proceso, más sus intereses comerciales de mora a partir del quince (15) de mayo de mil novecientos setenta y cinco (1975).

"Segunda. *Ico Pinturas S. A.* debió liquidar y pagar a *Eduardo González Posada*, al renunciar éste su carácter de agente comercial por justa causa imputable a aquélla, una indemnización retributiva de los esfuerzos del demandante para acreditar en Antioquia la marca, líneas de productos y servicios de *Ico Pinturas S. A.* durante catorce (14) años. Como *Ico Pinturas S. A.* no hizo ese pago oportunamente, ni lo liquidó, ni lo abonó en cuenta corriente con el agente comercial, deberá hacer ese pago, en cuantía pericialmente fijada, con inclusión de los perjuicios moratorios provenientes de no haber hecho esa liquidación y pago a partir del retiro con justa causa del agente comercial *Eduardo González Posada*. *Subsidiariamente*: El pago se hará por liquidación posterior sujeta al trámite de los

artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

"Tercera. *Ico Pinturas S. A.* deberá indemnizar a *Eduardo González Posada* de los perjuicios materiales y morales que se le han derivado de actos de competencia desleal de aquélla, y de acciones judiciales temerarias o inoportunas que aquélla le planteó por deudas ya pagadas e inexistentes, en la cuantía pericialmente comprobada. *Subsidiariamente*: El pago se hará por liquidación posterior sujeta al trámite de los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

"Cuarta. Reconócese validez a los asientos de clausura de cuenta corriente que Eduardo González Posada verificó en sus libros de contabilidad en relación a los negocios de *Ico Pinturas S. A.* y por consiguiente reconócese crédito exigible a cargo de Ico Pinturas S. A. y a favor de Eduardo González Posada la suma de diez millones trescientos siete mil ciento noventa y cuatro pesos con noventa y tres centavos ($ 10.307.194.93), saldo que devengará intereses comerciales de mora a partir del día treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos setenta y cinco (1975)".

2. Los hechos fundamentales de las pretensiones pueden compendiarse así:

Desde el año de 1961, cuando se constituyó la sociedad demandada, ésta designó al demandante González como su "distribuidor para el Departamento de Antioquia de todos sus productos industriales y comerciales", para lo cual éste se estableció como comerciante, en forma independiente y de manera estable, en establecimiento de comercio suyo que abrió en Medellín con el nombre de "Almacén Antecolor" y destinado exclusivamente a "la promoción y explotación de negocio sobre productos de la marca *Ico, Pinturas Ico o Ico Pinturas*".

Como entonces no existían otras agencias para el Departamento de Antioquia, Eduardo González hizo solo "la promoción y explotación de los negocios de *Ico Pinturas*, cuando el mercado para ellos, con el beneplácito de dicha empresa, desde el primer semestre de 1961 y durante varios años".

Posteriormente y con el consentimiento de González, Ico Pinturas, dio a Jaime Estrada agencia distribuidora de pinturas también para el Departamento de Antioquia.

Eduardo González estableció, a más de una cadena de subdistribuciones en varias poblaciones antioqueñas, agencias en Medellín, como la de Víctor González, su hermano, la de Pinturas Antecolor y la de González Posada y Cía. Ltda. o Distribuidora de Pinturas Ico, todo "para el debido mercadeo de Ico Pinturas, o sea de las diversas líneas comerciales de los productos de Pinturas Ico", pues aquél fue tenido como uno de los agentes de ésta, desde 1961 a mayo de 1975, tanto que en el Directorio Telefónico de Medellín para 1974 y 1975, Ico Pinturas publicó aviso en que se relacionan aquellos establecimientos y los demás que había elegido como agentes, distribuidores y subdistribuidores para Antioquia.

En cartas de 8 de julio y 11 de septiembre de 1969, el gerente de ventas de Ico Pinturas S. A. reconoció la calidad de distribuidores exclusivos que para entonces tenían en Antioquia González y Jaime Estrada, a quienes comunicó que no podían distribuir productos diferentes y que para conservar el descuento excepcional del 4% por exclusividad, debían ceñirse a las indicaciones consignadas en esas cartas, pues no querían "fomentar una guerra de descuentos entre la fábrica y sus distribuidores exclusivos". La calidad de distribuidores fue reconocida a González también en carta de 20 de agosto de 1973, que el representante en Medellín de la sociedad demandada le envió a su sede de Barranquilla, lo mismo que en el Telecom de 28 de agosto de 1973, en que se le llama distribuidor exclusivo, título que le da derecho al pago de incentivos trimestrales que le fueron cubiertos hasta mediados del año de 1975.

"La profusa publicidad que, en el Departamento de Antioquia se hacía a Ico Pinturas era financiada en un 50% por el demandante González".

El Municipio de Medellín fue siempre, desde 1961, el lugar de ejecución de las relaciones contractuales de las partes, tanto que en carta de 3 de julio de 1974, el gerente de ventas solicitó al demandante que no le enviara cheques a la sede de Barranquilla, sino que los entregara al representante de Ico en Medellín, Héctor Bonilla.

El 15 de mayo de 1975, en carta dirigida a la principal de Barranquilla, al representante en Medellín y a la Cámara de Comercio, Eduardo González renunció al cargo de agente comercial de Ico Pinturas S. A., en Antioquia, pues, sin su consentimiento, la sociedad demandada le quitó la exclusiva que, para ese Departamento venía compartiendo con Jaime Estrada. En esa misma carta aquél solicitó se le liquidara la prestación prevista en el artículo 1324 del Có-

digo de Comercio y se abonara sus deudas con la compañía. Pero Ico no dio clara respuesta y negó a González el carácter de agente exclusivo.

Sin que se hubiera clausurado la cuenta corriente que existía entre Ico y González, aquélla inició ejecuciones contra éste y su esposa y contra la sociedad en que González era socio, y además una campaña de desprestigio y de competencia desleal. Ico secuestró en el establecimiento de la firma "González Posada y Cía. Ltda.", mercancías cuyo dominio se había reservado Pinturas Algreco de Química Borden S. A. de Cali, la que había designado su agente para Antioquia a aquella sociedad.

Textualmente el demandante dice:

"Vigesimoséptimo. Durante los catorce (14) años en que yo actué como distribuidor y promotor de ventas de *Ico Pinturas S. A.*, en el Departamento de Antioquia, celebraba con esa empresa, en trato continuo y no interrumpido, multitud de contratos sucesivos de compraventas a plazos, sobre las cuales recibía como lucro para mí un sistema preestablecido de descuentos e incentivos, de todo lo cual se llevaba registro en una *cuenta corriente*, operada a base de recíprocas remesas de mercancías, de dineros y de títulos-valores, destinados éstos unas veces a operar como garantía y otras casos como forma de crédito o de pago.

"Vigesimooctavo. Yo no tenía, como su distribuidor en Antioquia, la representación legal de la persona jurídica *Ico Pinturas S. A.*, ni tampoco era su factor, ni su gerente, ni su empleado, pero sí tuve siempre la facultad de utilizar como nombre comercial, como enseña y como rótulo de establecimientos de comercio, así como en membretes, logotipos y medios publicitarios, los signos gráficos y voces *Distribuidora de Pinturas Ico*, tanto por mí mismo como en los establecimientos de *Pinturas Autocolor Ltda.*, de *González Posada & Cía. Limitada* y de *Víctor González*, subdistribuidores a mi cuidado.

"Vigesimonono. El nombre *Distribuidora de Pinturas Ico*, que aún conserva el establecimiento de comercio de la carrera 51, Nº 45-26, en esta ciudad de Medellín, ha sido utilizado por mí con el beneplácito de *Ico Pinturas S. A.* durante muchos años, y me pertenece, para el Departamento de Antioquia, su propiedad mercantil, cedida por mí en licencia de uso a 'González Posada & Cía. Limitada', de la cual soy socio".

La cuenta corriente no ha sido clausurada, pero Ico Pinturas envió a González el 25 de agosto de 1975, un estado de cuenta en que aparece un saldo a cargo de éste por $ 810.034.78, que González no aceptó, pues según la contabilidad del demandante el saldo a favor de Ico Pinturas es sólo de $ 920.805.07, en corte anterior al 15 de mayo de 1975.

Finalmente, para apoyar el derecho de retención, expresa el demandante que según sus libros de contabilidad y abonadas la prestación y la indemnización a que se refiere el artículo 1324 del Código de Comercio y los daños por competencia desleal, clausurada la cuenta corriente con Ico Pinturas S. A., ésta le queda debiendo $ 10.307.194.93, pues estima la prestación del artículo 1324 por 14 años en $ 2.828.000.00, la indemnización del segundo inciso del mismo artículo en $ 6.000.000.00 y los perjuicios por la ruptura del contrato y por competencia desleal en $ 1.000.000.00.

3. En primera instancia se adelantó con oposición de la sociedad demandada, que alegó que su relación con Eduardo González "se limitaba a venderle pinturas"; que éste nunca fue considerado como agente suyo; que Ico Pinturas "siempre ha tenido sus propios medios de difusión y propaganda"; que el único agente o representante de Ico Pinturas en Medellín lo era Héctor Bonilla y no el demandante González; que éste hacía propaganda a su negocio, pero no a los productos de Ico Pinturas; que tampoco existió entre las partes el contrato de cuenta corriente, sino sólo el de compraventas a plazo; que no es cierto que el demandante haya sido distribuidor o promotor de ventas de Ico Pinturas, sino su comprador mayorista, y que tampoco fue su agente o representante, aunque sí usaba el nombre de las pinturas que vendía, como lo hacen todos los vendedores.

Dentro del término legal la compañía *Ico Pinturas S. A.* formuló demanda de reconvención para que se condenase a Eduardo González Posada a pagarle los perjuicios que le ha causado con procederes suyos.

La *causa petendi* la hizo consistir en que Eduardo González, sin autorización de la sociedad reconviniente, ha utilizado el nombre de *Ico* y que, a espaldas suyas, vendía en sus establecimientos de comercio "Pinturas Algreco de Química Borden", su competidora, no obstante que en los avisos se decía que allí se vendían exclusivamente los productos de Ico Pinturas.

El contrademandado contestó oponiéndose y alegando que él, desde 1961, fue agente comercial de Ico Pinturas, unas veces de manera ex-

clusiva y, en el último tiempo, compartiendo voluntariamente con Jaime Estrada esa exclusividad.

5. Ambas partes hicieron uso del derecho de alegar.

La instancia terminó con fallo del 3 de junio de 1978, en que se resolvió:

"1º Declárase la existencia del contrato de *Agencia Comercial* entre el señor *Eduardo González* como agente y la sociedad *Ico Pinturas S. A.* como empresaria, contrato cuya vigencia se concreta al lapso transcurrido entre el 1º de enero de 1972 y el 15 de mayo de 1975.

"2º En consecuencia, el empresario reconocerá a título de *prestación* durante este término, la suma que se determine de acuerdo al (sic) inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio. Para su liquidación, procédase conforme a los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

"3º Deniégase la declaratoria sobre existencia de este contrato por el lapso inmediatamente anterior a enero de 1972, según lo expresado en la parte motiva.

"4º (sic) Deniéganse las pretensiones a que alude la demanda principal en sus numerales Segundo, Tercero y Cuarto, sobre indemnizaciones y existencia del contrato de cuenta corriente. Folio 53 cuaderno principal.

"5º Declárense no probadas las excepciones alegadas por la entidad demandada respecto al libelo inicial.

"6º *Absuélvese* al demandado en reconvención *Eduardo González P.*, de las pretensiones aducidas en su contra por la firma *Ico Pinturas S. A.* representada por el señor Héctor Barrera M.

"7º Reconócese en favor del señor Eduardo González P. el derecho de *retención* sobre los bienes de la entidad demandada que se encuentran en su poder, hasta tanto se le satisfaga su prestación.

"8º Condénase a la entidad *Ico Pinturas S. A.* a pagar las costas causadas en el proceso, en favor del señor Eduardo González P. en un ochenta por ciento (80%)".

Contra esta decisión ambas partes interpusieron el recurso de apelación que fue desatado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por medio de su fallo del 21 de febrero de 1979, por medio del cual confirmó la sentencia del *a quo*, "con la reforma de que la vigencia del contrato de agencia comercial a que se refiere el numeral 1º de este fallo, se concreta del 27 de marzo de 1971 al 15 de mayo de 1975".

6. Frente a lo resuelto por el Tribunal ambas partes interpusieron el recurso extraordinario de casación que ahora se está decidiendo.

II

Fundamentos de la sentencia impugnada

1. Después de transcribir las peticiones de la demanda principal y de la de mutua petición y de extractar los hechos constitutivos de la *causa petendi* de una y otra, el Tribunal encuentra bien constituido el proceso, desde luego que están satisfechos los presupuestos procesales, por lo cual entra al estudio del fondo del litigio. Empieza diciendo que una de las figuras jurídicas que por primera vez en Colombia fue reglamentada en el nuevo Código de Comercio, es la de la agencia comercial, definida allí en el artículo 1317, cuyos elementos son: "que el negocio se celebre o establezca entre comerciantes; que el agente debe tener esa calidad y actuar en forma independiente; el que da el encargo de promover o explotar negocios, la calidad de empresario; que el objeto del contrato, su razón de ser, sea por parte del agente el dedicarse a promover, distribuir o explotar artículos, productos o negocios de un determinado ramo del comercio, que sean del empresario y en favor de éste; que el agente tenga la facultad de obrar en el cumplimiento de su misión con independencia, o sea con libertad de iniciativa en orden a lograr el mejor crédito para los productos, y la mayor colocación de éstos, sin que para esto esté a todo momento recibiendo órdenes, instrucciones, etc., del empresario, no obstante ser un intermediario del último en cuanto a la venta de los productos al público. Por último, debe existir estabilidad y permanencia entre el empresario y el agente en las relaciones que entre éstos se presentan en desarrollo del contrato de agencia comercial".

Expresa después el fallo que aun que, en principio, el contrato de agencia debe celebrarse por escrito, estableció el artículo 1331 *ibídem* la agencia comercial de hecho, "es decir el contrato tácito de agencia de comercio que se constituye cuando entre dos personas: *empresario*, de un lado y *agente* de otro, se empiezan a desarrollar actividades por parte del último, de pro-

moción, distribución, venta, etc., de productos del primero en una determinada región del territorio, a la manera como lo indica el artículo 1317 del mismo ordenamiento, todo sin que exista un concierto previo por escrito. Si así sucede, necesariamente habría de surgir la figura de la agencia de comercio, en su modalidad 'de hecho' a que se contrae el artículo 1331. Y ello por cuanto que al intervenir los elementos de la esencia de dicho contrato, necesariamente tienen que regularse las relaciones entre empresario y agente por los preceptos especiales del Código de Comercio dispuestos para esta figura contractual, lo que se conforma con lo indicado por el artículo 1501 del Código Civil al destacar que: 'Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; ...'.

"Claro que si el contrato de agencia de comercio surge tácitamente, sin convenio previo por escrito, en la modalidad consagrada en el artículo 1331, resulta claro que no puede aplicarse en contra del empresario la presunción del artículo 1318 del mismo Código, en el sentido de que se entiende pactado el que el empresario no pueda servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividad comercial, o para la misma línea de productos para su promoción y venta; y así considerar al agente como distribuidor exclusivo de dicho empresario. Y no es dable aplicarle esa presunción a esa modalidad de contrato de agencia de comercio, porque él mismo va surgiendo a la vida del derecho, al mundo de lo económico a la medida que van desarrollándose y realizándose entre uno y otro la actividad de promoción y distribución de los productos o mercaderías en una zona determinada, sin que puedan darse restricciones y limitaciones a esa actividad, distintas de las generales, como precio del producto, porcentajes de comisión o utilidad para el agente, etc., pues todo ello va apareciendo de hecho, simplemente en la práctica, con una conducta que se han dado empresario y agente en el proceder de sus relaciones. Y así las cosas, bien puede suceder que al momento de constituirse esas relaciones prácticas entre empresario y agente, ya el primero se esté sirviendo de otros sujetos o personas con el mismo fin de ampliar y extender la actividad comercial que emprende, y haciéndolo dentro del mismo círculo territorial para el que va a actuar el agente simplemente 'de hecho'. Y además, dentro del desarrollo de esas relaciones tácitas o de hecho de la agencia comercial, bien puede el empresario encargar a otros sujetos en las mismas condiciones del primero, sin previo concierto escrito, también tácitamente, y sin que esta circunstancia pueda llevar al agente a romper unilateralmente el contrato, alegando como justificación la violación del mismo por parte del proponente, el desconocerle la exclusividad".

Frente a la doctrina expuesta y estudiada la prueba, el Tribunal descendió al caso litigado para concluir que no existe duda de que el demandante reconvenido, Eduardo González, fuese comerciante para cuando inició, en 1961, sus relaciones mercantiles con Ico Pinturas S. A., consistentes en distribuir y promover, para el Departamento de Antioquia, los productos de Ico Pinturas S. A., compañía que llegó hasta permitirle el uso del distintivo *Ico* en la denominación de los almacenes y establecimientos de comercio que aquél organizó en Medellín para distribuirlos. Está probado con documentos suscritos por la sociedad demandada que ésta, a manera de estímulo o incentivo para una mejor distribución, reconocía al demandante "porcentajes por la venta de los productos" (folios 1 a 44 del cuaderno principal). Dice el Tribunal que de esos documentos debe destacarse el cable del folio 14 en que la sociedad se dirige al demandante como su distribuidor exclusivo, solicitándole impulsar la venta de su thinner, lo cual acredita que "la relación de comercio que siempre mantuvieron demandante y demandada fue la propia del contrato de agencia comercial"; se confirma que el demandante era agente de comercio de Ico Pinturas al tener de presente que en "esos documentos de folios 1 a 44 se le señalan también al agente cuáles son los porcentajes de venta que ha de recibir por los productos que colocara en el mercado", escritos con los cuales se acredita así mismo que la compañía no tuvo reparo, sino elogios, para la manera como Eduardo González cumplía su misión. Todo indica, pues, que la conducta y actitud comercial de las partes era el reconocimiento de que entre ellas, existía un contrato de agencia comercial de hecho, por lo cual el demandante tiene derecho a la prestación y a la indemnización consagradas en el artículo 1324 del Código de Comercio.

Y aunque González aceptó que actuaba como "representante o gerente de la compañía 'González Posada y Cía. Ltda.', ello en nada perjudica la pretensión personal de aquél, porque las relaciones de Ico Pinturas se tuvieron siempre con Eduardo González, como persona natural (folios 1 a 44)". "Por lo demás, eso de que el agente de comercio se sirva de establecimientos, almacenes, etc., por él mismo organizados, o de

sociedades comerciales por él mismo constituidas con el fin de agotar en mejor forma la actividad a que se ha comprometido, no desdibuja o desnaturaliza las relaciones que ha constituido directa y personalmente con el empresario. Se entiende que esos establecimientos comerciales y esas sociedades han servido al agente como simples instrumentos o herramientas para lograr con mayor rendimiento e intensidad la labor que le corresponde de promoción, distribución y venta de los artículos y mercancías que se le han encomendado".

Pasa luego el Tribunal a estudiar si el agente tenía derecho a distribución exclusiva y concluye negativamente, estribándose en que el contrato fue de hecho y por tanto no pudo existir cláusula expresa de exclusividad, la que tampoco se pactó después de entrar en vigencia el nuevo Código de Comercio, conclusión que encuentra respaldada en el hecho de que "desde el principio del contrato, como lo acepta el mismo demandante, compartía la distribución" con Jaime Estrada en la misma zona de Antioquia, lo cual impedía que aquél tuviera la exclusividad. "No es exclusivo el puesto de alguien cuando lo comparte con otro". Es de observar, finalmente —dice el Tribunal—, que la sociedad demandada contó siempre con otros distribuidores para el Departamento de Antioquia; por el mes de agosto de 1973 y con la aquiescencia, o al menos con el conocimiento de González y Estrada, contaba con otros ocho distribuidores que promovían las pinturas, las distribuían y las vendían en las mismas condiciones de aquéllos, como se deduce de la carta que se ve al folio 12 del cuaderno 1º, fechada el 20 de agosto del citado año. Nunca protestó el demandante; sólo el 15 de mayo resolvió invocar un hecho acaecido dos años antes para apoyar su renuncia. Por lo anterior el *ad quem* concluye aceptando que debe absolverse a la demandada del pago de indemnización por incumplimiento del contrato.

Después estudia el fallador si existió o no entre las partes contrato de cuenta corriente para concluir negativamente, puesto que no hay prueba de las remesas mutuas que se hicieran agente y empresario, como lo exige el artículo 1245 del Código de Comercio.

Más adelante expresa el sentenciador que como quedó demostrado el contrato de agencia mercantil "en su modalidad de hecho o contrato tácito a partir del 1º de enero de 1972 al 15 de mayo de 1975", deben rechazarse las excepciones de falta de causa, carencia de acción y nulidad del contrato, propuestas por la sociedad demandada, lo mismo que la de dolo, ya que no se demostró comportamiento incorrecto del demandante.

Al estudiar la alegación de la sociedad demandada de que las normas sobre agencia comercial son irretroactivas, el Tribunal expresa: "Se indicó en otros apartes de esta resolución que la cuestión materia de estudio en este proceso se concretaba a las relaciones habidas entre las partes, surgidas de la agencia comercial, en su modalidad 'de hecho', y comprendidas dentro del lapso del 27 de marzo de 1971 al 15 de mayo de 1975, ya que en este interregno se dieron y cumplieron entre los contendientes las circunstancias y características del artículo 1317 del Código de Comercio. Y siendo así, las mismas estuvieron regidas y amparadas por dicho ordenamiento comercial, como se deduce del artículo 2036 del citado estatuto y de la Ley 153 de 1887. En esta forma queda despejada la duda o conflicto de aplicación de la ley comercial al caso a estudio, que ha sido protestada por la parte demandada".

Dice el Tribunal que como la ley rige para el futuro y no para el pasado, los efectos señalados al contrato de agencia comercial sólo pueden darse a partir de 27 de marzo de 1971, según se desprende del artículo 2038 del Código de Comercio. "Jamás puede dársele aplicación, en sus consecuencias, señaladas por el actual Código de Comercio, a las relaciones habidas entre empresario y agente de comercio con anterioridad al 27 de marzo de 1971, pues ello contraría flagrantemente el principio consagrado por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, y reproducido en el artículo 2036 del actual ordenamiento".

Luego expresa el *ad quem* que la "prestación consagrada en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio no es una sanción civil para el empresario, sino un derecho nuevo en favor del agente de comercio, derecho que sólo puede tener efecto para las relaciones que se desarrollaron a partir de la vigencia del Código y no por el tiempo anterior a su entrada en vigor. Que no es aplicable la teoría de la retrospectividad del artículo 1324, pues allí no se contempla una relación laboral, sino una de índole típicamente mercantil.

Entra después el Tribunal a considerar la demanda de reconvención, en que la reconveniente solicita se condene al contrademandado Eduardo González Posada al pago de todos los perjuicios que le ocasionó con la conducta que asumió al utilizar, sin su permiso, el nombre

comercial *Ico* y con su proceder al vender en su establecimiento simultáneamente con los productos Ico, los de otras sociedades competidoras, como los de Química Borden S. A. y Pinturas Algreco. Expresa que no puede prosperar esta acción indemnizatoria, en primer lugar, porque si González tenía, como obligación propia del contrato de agencia comercial celebrado con "Ico Pinturas S. A.", la de promover los productos de ésta en el Departamento de Antioquia, "tenía el derecho a utilizar los nombres y enseñas característicos del empresario" y porque la sociedad reconviniente nunca reclamó contra ese uso que conoció desde un principio y que no sólo toleró, sino que aceptó al acogerlo en la correspondencia que tuvo con su agente. Y, en segundo lugar, porque no existió competencia desleal ya que, según el artículo 1319 del Código de Comercio, el agente puede tomar la promoción y distribución de mercancías de competidores del empresario, excepto si expresamente se le prohíbe esta actividad paralela, lo que no se demostró que hubiera ocurrido.

Para terminar su fallo, el Tribunal precisa que el *quantum* de la prestación reconocida en favor del demandante principal ha de liquidarse por el trámite de los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil y que al mismo se le concede derecho de retención hasta cuando se le pague aquélla prestación.

III

Las demandas de casación y consideraciones de la Corte.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación que oportunamente sustentaron. En la demanda del demandante principal se formulan tres cargos, contados sobre la causal primera, dirigidos, respectivamente, a que los efectos del contrato de agencia comercial en lo relativo a la prestación del artículo 1324, abarque todo el tiempo anterior a la vigencia de la nueva norma; a que se modifique la conclusión del Tribunal sobre que no hubo pacto de exclusividad y que el contrato terminó por justa causa imputable al empresario y, finalmente, a que sí existió cuenta corriente entre las partes. En la demanda de la sociedad reconviniente se formulan cinco cargos: uno con estribo en la causal segunda y los restantes con respaldo en la primera; tiende aquél a que se decrete la incongruencia del fallo, pues a pesar de que no existe súplica alguna a que se declare la existencia y posterior terminación del contrato de agencia comercial, así fue declarado; el segundo busca quebrar el fallo en cuanto reconoció la existencia del contrato de agencia comercial; el tercero pretende que se case la sentencia, pues las normas relativas a la agencia comercial sólo son aplicables a relaciones jurídicas de esa estirpe, nacidas con posterioridad a la vigencia del actual Código de Comercio y no a las que se formaron con antelación a su entrada en vigor; el cuarto, pretende el mismo resultado por un concepto diferente y, por último, el cargo quinto se encamina a que se niegue el derecho de retención concedido al demandante. De estos últimos cargos sólo se despacharán el primero que consiste en incongruencia y el segundo que prospera, y por razón de la prosperidad de éste no será necesario despachar los demás, ni los dos primeros del demandante.

A. *Demanda de Eduardo González Posada.*

Sólo se despachará el cargo tercero, pues como los dos primeros atacan sólo algunos aspectos de la agencia comercial, y, en cambio, en la demanda de la sociedad opositora se mueve la impugnación a demostrar que, entre las partes, no existió contrato de agencia comercial, aquellos dos primeros cargos quedarán sin piso como quiera que el cargo segundo de la demanda del opositor prospera al aceptarse que no existió ese contrato.

Cargo tercero

Aquí el recurrente impugna la sentencia del Tribunal como violatoria, por falta de aplicación de los artículos 1245, 1248, 1250 y 1259 del Código de Comercio y 1546, 1602 y 1603 del Código Civil, por "no haber considerado y aceptado la prueba documental" que luego se indica.

Expresa el casacionista que "un contrato de agencia comercial cuyo objetivo es la distribución de mercancías, genera casi necesariamente otro contrato mercantil llamado de cuenta corriente: El empresario remite mercancías al agente, se las factura a precios comerciales, le hace notas de abono por los descuentos y los incentivos de volumen y pronto pago, le abona los dineros que del agente reciba y el valor de las mercancías devueltas, etc., es decir, se hace un movimiento recíproco de objetos y valores susceptibles de ser transmitidos en dominio de conformidad con el artículo 1246 del Código de Comercio. Cumpliéndose así la definición que da el artículo 1245.

"El solo hecho de existir remesas recíprocas, mutuas, de dinero y otros efectos mercantiles en uno y otro sentido, configura la cuenta co-

rriente, que no tiene solemnidades especiales en nuestro Código, pero además está fehacientemente probada con la evidencia documental que a continuación cito, de la cual significativa es la carta del 22 de noviembre de 1973 (cuaderno 3 a fj. 30) dirigida al actor Eduardo González por Ico Pinturas S. A.

"Nov. 22, 1973. Señor: Eduardo González. Pinturas Autocolor. S.S.M. Ref.: Refinanciación de su cuenta corriente. De acuerdo con nuestras conversaciones del día de hoy, ratifico el acuerdo hecho de la forma en que vamos a refinanciar su *cuenta corriente* y los puntos claves sobre los cuales hemos hecho acuerdos.

. . . . . ".

Agrega la censura que en la hoja siguiente se pide a González "confirmación de su cuenta corriente"; que el Tribunal no vio que Ico reconoce que existía una cuenta corriente con Eduardo González, al referirse a ella o a "su apreciable cuenta" o al reconocer notas de crédito favorables a González en los documentos que se ven a los folios 30 del cuaderno número A, 31 del cuaderno 1, 35 del 3A, 8 y 10 del 4º, 11, 18, 19, 27 y 38 del 1º, 22 del 3A y 7 y 32 del 4º.

Como conclusión dice el recurrente:

"Habiendo tan abundante evidencia escrita y confesión de parte no redargüida de falsa en correspondencia que fue legalmente arrimada al expediente, ha debido el Tribunal aceptar que entre las partes existía el contrato de cuenta corriente reglamentado por el artículo 1245 del Código Mercantil, con las características de valores y créditos abonados, del artículo 1246 y demás disposiciones antes citadas, y no haber aplicado todas estas normas del Código, que son sustanciales, implican violación del fallo el que debe ser quebrantado.

"Aceptada que sea la existencia del contrato de cuenta corriente, se impone reconocer las consecuencias que de tal contrato se desprende, lo que no hizo el Tribunal, violando por falta de aplicación los artículos 1245 del Código y en especial el 1250".

Para resolver,
la Corte considera

1. *No es posible confundir el contrato de cuenta corriente, que reglamenta hoy el Código de Comercio en el título XII del Libro 4º, con lo que la ciencia contable, y aún el común de las gentes, llama cuenta corriente. La confusión entre estos dos términos es semillero de errores y aún de frecuentes pleitos. Como el recurrente ha caído en este desatino, para decidir el cargo conviene previamente decir qué es el contrato de cuenta corriente, para luego llegar a la conclusión de si las normas que lo regulan fueron en verdad quebrantadas.*

2. *Sólo a partir de la segunda mitad del pasado siglo nació el interés por una reglamentación legal del contrato comercial de cuenta corriente. El Estado soberano de Panamá reguló esta importante materia en el título 9º del Libro 2º del Código de Comercio de 1869 (artículos 730 a 746), Código que, como bien se sabe, fue trasunto fiel del chileno de 1865, que fue el primero en reglamentar ese contrato. En el artículo 730 de aquél, era definida la cuenta corriente como contrato bilateral y conmutativo, por el cual una de las partes remite a otra, o recibe de ella, en propiedad, cantidades de dinero u otros valores, sin aplicación a un empleo determinado ni obligación de tener a la orden una cantidad o un valor equivalente, pero a cargo de acreditar el remitente por sus remesas, liquidarlas en las épocas convenidas, compensarlas de una sola vez, hasta concurrencia del débito y crédito, y pagar el saldo.*

3. *Como se ve, desde entonces ya estaban fijadas las principales características de este contrato, cuya utilidad es manifiesta, puesto que permite a quienes tienen frecuentes relaciones comerciales recíprocas, que no tengan que hacer liquidaciones o pagos parciales por sus mutuas remesas, sino que cada crédito pierde su individualidad particular para fundirse con las demás operaciones que se realicen dentro de un determinado lapso, a cuyo vencimiento se hace una clausura de cuentas, y liquidadas las partidas se determina el saldo que tendrá la característica de señalar cuál de las partes es la deudora y cuál la acreedora. De esta manera se obvian también los inconvenientes que traería la liquidación y pago de cada remesa, especialmente el constante y recíproco desplazamiento de valores que, en virtud de la compensación que se produce entre los distintos débitos y créditos, sólo demandará un desplazamiento de valores si a la clausura de la cuenta resulta un saldo.*

Nota principalísima de este contrato es la de que las distintas prestaciones de cada una de las partes, al perder su individualidad, al no poder ser consideradas aisladamente, como dice Garrigues, deben tomarse como elementos integrantes de una unidad inescindible, del saldo final, y como lo expresa nuestro actual Código de Co-

mercio en su artículo 1245, los créditos y débitos derivados de las remesas mutuas de las partes, se considerarán como partidas indivisibles de abono o de cargo en la cuenta de cada cuentacorrentista, de modo que sólo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituirá un crédito exigible. Por lo anterior resulta claro que los créditos de una parte, que son débitos para la otra, originados en cada una de sus múltiples relaciones de negocios y que, de ordinario, pudieran considerarse separadamente, como nexos jurídicos individuales, relaciones con autonomía propia, en virtud del contrato de cuenta corriente "pierden su individualidad para convertirse en simples partidas del debe y el haber", en fracciones de un conjunto que sólo al ser liquidado puede arrojar el saldo exigible.

Entonces, si ninguna de las partes, durante el movimiento de cuentas que producen las remesas mutuas, puede considerarse como acreedora o deudora, en tanto no se produzca la clausura y la liquidación de la cuenta que determina quién debe a quién y cuál es el saldo exigible, síguese que los créditos de las partes que deben en todo instante ser considerados como tales, por tener individualidad propia, porque nunca pierden su calidad de autónomos, no pueden ser incluidos como partidas de un contrato de cuenta corriente, desde luego que si respecto de cada uno de ellos se puede saber en cualquier momento quién es el deudor y quién el acreedor, el titular del crédito, sin estar obligado a esperar que llegue la época prevista para el corte de cuentas o clausura de las mismas, puede ejercitar todos los derechos que surgen de su acreencia, y puede hacer exigible su derecho crediticio sin tener que esperar a que un corte de cuentas arroje un saldo favorable.

4. Ahora bien, si según está confesado en varios hechos de la demanda y como surge de la prueba documental, Eduardo González Posada debía pagar a Ico Pinturas S. A. cada pedido dentro de los plazos indicados en la respectiva factura, síguese que cada uno de los créditos originados en el despacho de mercancías que hacía la sociedad demandada al demandante, tenía propia individualidad, pues cada crédito ostentaba su valor y tenía una fecha de exigibilidad autónoma, no dependiente de la del corte de cuentas.

Así se observa, por ejemplo, que la suma de $ 149.856.05, valor de los incentivos reconocidos por Ico a González por el primer trimestre de 1973, se aplicó a las 18 facturas que se individualizan en la carta de 26 de abril de 1973 que obra al folio 11 del cuaderno principal y que, del mismo modo, aplicó la suma de $ 262.004.35 a las 6 facturas y a la letra de cambio relacionadas en la carta de 16 de octubre de 1974 que se ve al folio 31 del mismo cuaderno. De idéntica manera se observa que las facturas que no fueron pagadas a su vencimiento, causaron individualmente intereses de mora cuyo monto fue cargado a la cuenta de González (folios 32, 33, 34, 35) y que cada débito por despachos de mercancías tenía una fecha de vencimiento propia. (folios 36 y 37 ibídem), por lo cual no aparece por ninguna parte que la individualidad propia de las acreencias se hubiera perdido.

Ante tales circunstancias no puede hablarse de que Ico Pinturas S. A., en algún momento, hubiera consentido en que todos los créditos perdieran su identidad para trocarse en simples partes de un todo indivisible, para que fueran meras partidas de abono o de cargo de un conjunto inescindible que sólo a la clausura de la cuenta podía ser liquidado, para determinar si quedaba o no un saldo a favor de alguna de las partes, saldo que solamente entonces podía ser cobrado a la otra.

5. Lo expuesto confirma lo ya dicho: que no es posible confundir, como lo hace el demandante con insistencia, el "contrato de cuenta corriente", tal como lo regula el Código de Comercio en el Título XII del Libro 4º, con lo que contablemente y aún en el lenguaje común se denomina "cuenta corriente" y que da origen a la "relación de cuenta corriente"; ésta no es un contrato sino una situación de hecho que dimana de la circunstancia de que dos personas, sean o no comerciantes, tienen créditos y deudas recíprocos que se suceden unas a otras frecuentemente, pero sin que ostenten la calidad de indivisibilidad exigida por el artículo 1245 del Código de Comercio.

Conviene repetir que cuando entre dos personas surgen créditos y débitos derivados de las remesas mutuas que con frecuencia se hacen, pero que por seguir conservando su inicial identidad, su propia individualidad, no se tornan en partidas indivisibles de abono o de cargo, entonces la cuenta corriente que se formaría por los respectivos asientos, no constituirá un contrato de cuenta corriente, sino lo que el viejo Código de Comercio del Estado Soberano de Panamá calificaba como "cuentas simples o de gestión". El movimiento de flujo y reflujo de valores estimables en dinero y transmisibles en propiedad, las remesas mutuas que generan créditos y débitos, si no llenan las demás condiciones estable-

cidas en el artículo 1245 del Código de Comercio no constituyen contrato de cuenta corriente, sino meras cuentas simples o de gestión, como son las que existieron entre las partes en este proceso.

Por lo expuesto el cargo se rechaza.

B. *Demanda de los Pinturas S. A.*

Cargo primero

Se funda en incongruencia del fallo con las pretensiones de la demanda, ya que el sentenciador decidió *extra petito*, desde luego que, sin que se le hubiera pedido, declaró la existencia del contrato de agencia comercial.

Expresa el casacionista que "para mayor énfasis en la sustentación del cargo, creo oportuno señalar que de acuerdo con el supuesto de hecho del artículo 1324, numeral 1 del Código de Comercio, para que el agente tenga derecho a la prestación de una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, decretada aquí en beneficio del demandante, es preciso, en primer término, que entre las partes haya existido la relación jurídica de agencia comercial, definida en el artículo 1317 y, en segundo lugar, que ese contrato haya terminado; y que para que pueda operar el derecho de retención prevenido por el artículo 1326, es indispensable que entre las partes haya habido contrato de agencia comercial, que éste haya terminado y que a su expiración el agente tenga derecho a una indemnización por la injusticia o ilegitimidad de aquella, dentro del régimen de los incisos segundo a cuarto del artículo 1324 todos del Código de Comercio".

"Por consiguiente, si el pretendido agente a demandar la prestación y la retención que le fueron concedidas en los numerales 2º y 7º del fallo del juzgado, confirmado por el Tribunal, no pidió decisión en torno de la existencia del contrato en cuestión, como tampoco acerca de su terminación, mal podía el juez hacer esas declaraciones, y al hacerlas incurrió, ciertamente, en incongruencia por *extra petita*".

La Corte considera

Desde luego que, en principio, los jueces civiles sólo pueden decidir las causas que las partes sometan a su composición, su actividad en el campo jurisdiccional no es ilimitada. Los poderes para sentenciar están circunscritos a los precisos temas que los litigantes hayan sometido a su estudio, por lo cual el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil establece:

"La sentencia deberá estar en consonancia con 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.

"No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda.

"Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último".

Entonces, cuando el fallador desborda los linderos de la órbita de su actividad jurisdiccional, su error *in procedendo* puede ser corregido a través del ejercicio de la causal segunda de casación, consagrada en el artículo 368, 2º ibídem y que se ofrece cuando la sentencia no está en consonancia con las pretensiones de la demanda o las excepciones propuestas por el demandado.

Condenar a algo que no fue pedido, o a más de lo pedido, o, en fin, dejar de resolver un asunto que fue sometido a la decisión judicial, constituye incongruencia indudablemente.

Pero cuando el fallador condena a algo que, en verdad, no le fue pedido, pero que él cree se le había solicitado, con ello no incurre en inconsonancia del fallo, como quiera que si en el entendimiento del Tribunal la condena se hizo precisamente por haber creído, aunque erradamente, que ella se había solicitado, el proceder del fallador no constituiría en esas circunstancias un yerro *in procedendo*, acusable por la causal segunda, sino un típico error *in judicando*, un error de juicio originado en un desacierto en la interpretación de la demanda, acusable por la causal primera de casación.

Lo mismo puede predicarse cuando el Tribunal por interpretar erradamente la demanda, cree que no le fue sometido un determinado asunto que por ello deja sin resolución o cuando estima que se le pidió condena superior a lo que la demanda reza.

Pues bien, como en el caso presente el Tribunal de Medellín declaró la existencia de un contrato de agencia comercial entre las partes (aunque tal cosa realmente no se le pidió), pero creyendo que tal pretensión estaba deducida en

la demanda, con ello no incurrió en disonancia del fallo, sino en error de hecho en la interpretación del libelo, desacierto que sólo podía haberse acusado a través de la causal primera y no de la segunda, como lo hizo el censor.

En efecto, el Tribunal dijo al estudiar el objeto del proceso:

"Refiriendo este aspecto a la demanda principal, se tiene que el señor Eduardo González Posada aspira a que se dilucide la existencia del contrato de agencia comercial que afirma celebró con la sociedad Ico Pinturas S. A.".

Como el yerro cometido no fue *in procedendo* sino *in judicando*, por lo explicado antes, el cargo no puede prosperar.

Cargo segundo

Apoyándose en la causal primera, el recurrente denuncia violación, por interpretación errónea, del artículo 1317 del Código de Comercio y, por aplicación indebida, de los artículos 1324, numeral 1, y 1326 y 1331 ibídem.

Manifiesta el censor que el Tribunal, al dar por acreditado el contrato de agencia mercantil, pasó por alto "un rasgo distintivo, propio e ineludible, de tal contrato, en ley y en doctrina, como es el de que la agencia lleva consigo el *mandato* del empresario por parte del agente o, lo que es igual, que el comerciante que se obliga a promover o explotar en forma independiente negocios ajenos en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada, para que pueda llamarse y ser tenido en propiedad como 'agente de comercio' y a su situación se le puedan aplicar las normas legales correspondientes, necesariamente ha de ser mandatario del empresario y obrar como tal".

En seguida expresa que no existe duda de que, para el legislador colombiano, la agencia es especie del mandato, pues está regulado por primera vez en el capítulo V del título 13 del libro 4º del Código de Comercio, que la misma idea se da en el artículo 1442 del Código italiano de 1942.

Premisado el concepto de agente comercial el casacionista manifiesta que aquél "es uno de los varios intermediarios entre el fabricante o productor y el público consumidor". Y más adelante expresa:

"En el ordenamiento colombiano y, en oportunidades también en el alemán, a la proximidad teórica y práctica de tales figuras se suma la circunstancia de que el agente, a más del derecho a la indemnización por terminación no justificada del contrato por parte del empresario, tiene derecho a prestación retributiva de los beneficios que haya aportado a él con la apertura de mercados, consecución de clientela, acreditación de los productos, con lo cual aquí por sobre el interés dogmático y doctrinario anda el deseo de distribuidores, concesionario y destinatario de suministro, de hacerse pasar por agentes, para así, independientemente del motivo de la terminación del contrato, obtener aquella ganancia, reservada al dependiente, con el nombre de cesantía, y al agente, como 'prestación' (artículo 1324, inciso primero del Código de Comercio).

"La nota de encargo de *gestión por cuenta ajena*, por naturaleza remunerada en el derecho mercantil, es común a todos los tipos de mandato: el comisionista es un profesional que ejecuta uno o varios negocios en nombre propio, pero por cuenta ajena (artículo 1287, Código de Comercio); el prepósito administra un establecimiento mercantil ajeno o una parte o un ramo de actividad de él (artículo 1322, Código de Comercio); y el agente es un encargado, estable e independiente, de promover o explotar negocios ajenos, determinados en el ramo y el territorio (artículo 1317, Código de Comercio). Entonces, lo que diferencia al agente del dependiente es la autonomía del primero, y lo que lo diferencia del concesionario, el distribuidor o el 'suministrado' es que todos éstos obran por cuenta y riesgo propios, en tanto que el agente obra por cuenta del empresario, como mandatario de éste".

Después de transcribir importantes autores europeos sobre lo que es el contrato de agencia y sus semejanzas y diferencias con los de venta o suministro con exclusividad y de concesión tanto en la doctrina francesa, como en la italiana, la alemana y la española, el recurrente terminó su ataque expresando:

"Insistiendo en lo dicho, con el apoyo doctrinario y legislativo transcrito, es evidente que, de manera universal, lo que distingue al agente de otros intermediarios o mediadores mercantiles independientes es que el *agente es un mandatario*, o lo que es igual, no es agente el mediador que no es mandatario del fabricante, productor o empresario. Y esa nota sobresaliente, propia de la agencia, fue cabalmente lo que olvidó el Tribunal en su enunciación de los caracteres de la figura, y la razón por la cual, a pesar de que en la relación entre el demandante

González y la demandada Ico Pinturas S. A., no aparece por ninguna parte y por ningún concepto mandato alguno, la calificó de agencia, con la consiguiente atribución de beneficios que no le correspondían a aquél, dado su carácter de concesionario o distribuidor y no de agente; él obró en todo momento por cuenta y riesgo propios en provecho personal, que derivó de sus operaciones, no a título de retribución sino por la diferencia de precios.

"Concesionario o distribuidor que, por nota esencial de tales contratos, adquiere la propiedad de las cosas cuya concesión o distribución se le otorgan globalmente en un contrato normativo o patrón. Obra por cuenta y riesgo propios; no es mandatario de nadie; en tanto que el agente sí lo es, también por definición.

"Así las cosas, es patente la desviación en que incurrió el fallador; provisto de una imagen recortada, incompleta de la agencia comercial, por su prescindencia del elemento característico de ella: *el mandato*, vino en declarar que unas relaciones jurídicas carentes de ese elemento caían dentro del ámbito de dicha figura y a aplicarles la normatividad correspondiente a ésta, pero no a las que en realidad se dieron, extrañas a la agencia, en la misma medida en que el mencionado agente jamás fue representante del empresario ni obró nunca en su nombre y por encima de él. Error en la interpretación del precepto que define la figura y puntualiza sus elementos y aplicación indebida de las disposiciones que regulan las relaciones respectivas a una situación diferente".

La Corte considera

El auge del comercio es hoy un axioma. Día a día se superan las técnicas de producción, transformación y distribución, abreviando los procesos, mejorando los productos y aumentando los niveles de productividad. Ha crecido en forma desmesurada la oferta de cosas y servicios, si se la compara cuantitativamente con el pasado. Y del mismo modo, no sólo por razón de un aumento significativo en la población mundial, sino también por las modalidades que ofrece la vida moderna, la demanda de cosas y servicios ha crecido de modo singular. Si en el pasado era posible y corriente que el mismo fabricante expendiera directamente sus productos, ya que era común que la misma persona realizara las actividades propias de la producción, las de su transformación y después la de su expendio, hoy tal acontecer es la excepción, pues la tendencia a la división del trabajo, a la especialización en las distintas etapas de los procesos fabriles o mercantiles, la extensión de los mercados, las distancias entre los centro de producción y los de consumo, la dificultad de atender a la demanda en regiones apartadas, etc., han creado la necesidad de que el comercio encuentre nuevas maneras de intermediación a través de agentes viajeros, comisionistas, prepósitos, suministrados, compradores mayoristas, concesionarios, distribuidores, depositarios, etc.

Una de estas formas modernas de intermediación es la agencia comercial que, por primera vez en Colombia, fue reglamentada en el actual Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), contrato de agencia que entró a regir desde el 27 de marzo del mismo año por disposición del artículo 2053.

Siguiendo muy de cerca la legislación italiana (artículo 1742), el legislador extraordinario colombiano dispuso en el artículo 1317 del nuevo Código de Comercio que "por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

"La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente".

Al puntualizar el legislador que el agente comercial asume el encargo de manera estable, con ello precisó que aquél se diferencia del simple mandatario, ya que éste no tiene encargo duradero, carece de estabilidad, desde luego que el objeto de la gestión que se le encomienda es la celebración de uno o más actos de comercio que agotados producen la terminación del mandato, en tanto que al agente comercial se le encomienda la promoción o explotación de negocios en una serie sucesiva e indefinida que indica estabilidad, lo que también lo diferencia del comisionista, que es la persona a quien se encomienda la ejecución de uno o varios negocios en el ramo a que se dedica profesionalmente, los que debe celebrar a nombre propio, pero siempre por cuenta del comitente.

Como el agente comercial asume el encargo en forma independiente, lo que le faculta para desarrollar su actividad sin tener que estar subordinado al empresario o agenciado, pudiendo escoger y designar sus propios empleados y los métodos de trabajo, teniendo potestad para rea-

lizar por sí o por medio de personal a su servicio el encargo que se le ha confiado, es claro que el contrato de agencia comercial se diferencia claramente del contrato de trabajo en que a diferencia del agente, el trabajador queda vinculado con el patrono bajo continuada dependencia o subordinación.

La definición dada en el artículo 1317 transcrito antes, redujo indiscutiblemente el campo de las actividades que ahora pueden denominarse como de agencia comercial. En el pasado y aún ahora, en el lenguaje común se calificaba como agente comercial a toda persona, natural o jurídica, que de alguna manera atendía a la actividad de intermediación, como representante, concesionario, distribuidor o simple vendedor mayorista de productos fabricados por otro comerciante. En el lenguaje jurídico actual, sólo puede entenderse como agente comercial al comerciante que dirige su propia organización, sin subordinación o dependencia de otra en el manejo de la empresa o establecimiento comercial a través del cual promueve o explota, como representante, agente o distribuidor, de manera estable los negocios que le ha encomendado un empresario nacional o extranjero en el territorio que se le ha demarcado.

La función del agente comercial no se limita, pues, a poner en contacto a los compradores con los vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, desde luego que, a través de su propia empresa, debe, de una manera estable e independiente, explotar o promover los negocios de otro comerciante, actuando ante el público como representante o agente de éste, o como fabricante o distribuidor de sus productos. O como ha dicho Joaquín Garrigues, el agente comercial, en sentido estricto, "es el comerciante cuya industria consiste en la gestión de los intereses de otro comerciante, al cual está ligado por una relación contractual duradera y en cuya representación actúa, celebrando contratos o preparando su conclusión a nombre suyo". Esta función específica del agente comercial tiende, como lo ha dicho Pérez Vives, a "conquistar, conservar, ampliar o recuperar al cliente" para el agenciado o empresario. Según la feliz expresión de Ferrara, el agente es un buscador de negocios; su actividad consiste en proporcionar clientes.

Las notas características de este contrato de agencia, surgidas de su definición, se ven precisadas en el cuerpo de los artículos que integran el capítulo V del título 13 del libro 4º del Código de Comercio. En efecto, del estudio en conjunto de estas normas, se advierte que el agente comercial tiene plenamente definidos sus perfiles, que está plenamente individualizado, de tal manera que ya no es posible confundirlo con auxiliares del comercio que ejercen actividades semejantes, aunque tengan facetas similares.

Y aunque en la definición no esté expresado de manera contundente que el encargo que asume el comerciante independiente por el contrato de agencia, es el de promover o explotar negocios que han de ser realizados en beneficio exclusivo del empresario, los que éste ha de celebrar directamente si al agente no se le dio la facultad de representarlo, es lo cierto que estas características surgen de lo dispuesto en los artículos 1321 y 1322 del Código de Comercio, donde se estatuye, sin perjuicio de la independencia de que goza, que el agente debe ceñirse, al ejecutar el encargo, a las instrucciones que le haya dado el empresario a quien debe rendir "las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio"; que el agente tiene derecho a la remuneración pactada "aunque el negocio no se lleve a efecto por causas imputables al empresario o cuando éste lo efectúe directamente... o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio", todo lo cual indica que el agente conquista, reconquista, conserva o amplía para el empresario y no para él mismo, la clientela del ramo, y que los negocios que para este fin promueva o explote deben ser definidos directamente por el empresario, o por el agente actuando a su nombre, si para ello tiene facultad.

Explicando las posiciones que puede adoptar el fabricante en relación con la venta de sus productos, Ferrara ha dicho que el mercadeo lo puede hacer por medio de sus propios empleados, quienes actúan como agentes viajeros, o a quienes instala en sucursales o dependencias en distintos territorios, casos en los cuales aquél asume un doble riesgo: "el de que las mercancías permanezcan sin vender y el de que le resulten excesivas las expensas de la organización que crea para la venta". Que puede también vender, con menor utilidad, toda la producción a un comerciante al por mayor que asume el doble riesgo antes mencionado. Y, que finalmente, "puede asumir el riesgo de la venta de sus propios productos, descargando en otro u otros el riesgo de los costos de la organización para la venta en varias zonas. Es cuando surge el contrato de agencia. El agente comercial asume precisamente el deber de organizar a su propio ries-

go y en condiciones de autonomía la colocación de los productos o servicios ajenos".

En el caso de que el agente comercial tuviera, en forma independiente y estable, el encargo de promover, como distribuidor del ramo de pinturas, la enajenación de los productos de determinada fábrica en el territorio previamente demarcado, entonces su actividad se concentraría en conquistar nueva clientela para la firma cuyos productos se ha encargado de distribuidor, o en reconquistar la vieja clientela, o en conservar la actual o en aumentarla; pero resultaría claro que las pérdidas que pudieran arrojar las ventas de los productos agenciados correrían por cuenta del fabricante o empresario y no las soportaría el agente, desde luego que por el contrato de agencia, como se deduce de lo dispuesto por la reglamentación legal colombiana, el agente asume el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo, ya como representante o agente de un empresario nacional o extranjero, ya como fabricante o distribuidor "de uno o varios productos del mismo". Quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro, al promover su venta en una determinada zona, no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios.

La diferencia es bien clara: al distribuidor que actúa como agente comercial en nada le benefician o perjudican las alzas o bajas que puedan sufrir los productos que promueve, como quiera que la propiedad de éstos en ningún momento del proceso de mercadeo pasa a ser suya, sino que del dominio del fabricante o empresario, los productos se desplazan al de la clientela sin que el agente tenga que adquirirlos. Por el contrario, cuando el distribuidor ha adquirido para sí los productos que promueve, resulta claro que un aumento en los precios de venta después que sean suyos, le beneficia directamente, de la misma manera que lo perjudicaría una baja en las mismas circunstancias. El agente comercial que distribuye, coloca pues en el mercado productos ajenos, no propios.

Todo lo anterior explica por qué el artículo 1320 ibídem exige que, en el contrato de agencia, se especifiquen los poderes o facultades que el empresario concede al agente; por qué el siguiente artículo obliga al agente a rendir al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio; por qué en el artículo 1322 ibídem, se garantice al agente su remuneración aunque el negocio no se celebre por las causas allí dichas, o cuando el empresario "lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente".

Y como por el contrato de agencia el empresario obtiene que los costos de la organización para la enajenación de sus productos, corran por cuenta del agente que por ello en ese campo actúa en forma independiente, se explica por qué el artículo 1323 del Código de Comercio estatuye que, "salvo estipulación en contrario, el empresario no estará obligado a reembolsar al agente los gastos de agencia". Finalmente, como el agente promueve negocios de productos ajenos y no propios, se explica por qué el artículo 1326 ibídem le concede derecho "de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario *que se hallen en su poder o a su disposición".*

El agente comercial, como se deduce de lo expuesto, actúa buscando negocios para su empresario, para lo cual le proporciona permanentemente clientela; obra, pues, en beneficio del agenciado y no en el suyo propio.

En la especie de esta litis aparece con plena claridad que Eduardo González Posada compraba a la sociedad Ico Pinturas S. A., productos que ésta producía, para revenderlos en su establecimiento comercial. Su actuar pues, se encaminaba a la reventa de esos productos adquiridos en propiedad, de tal manera que era González, y no la sociedad demandada, quien asumía el riesgo de las negociaciones de reventa, desde luego que no actuaba ni a nombre ni por cuenta de ésta. Entonces, la insolvencia de los compradores, las posibles bajas del precio en las existencias, la pérdida de mercancías, etc., todo corría por cuenta y riesgo del distribuidor revendedor, quien en la enajenación de los productos adquiridos de la sociedad demandada, actuaba a nombre propio y no de ésta y actuaba también por cuenta y riesgo suyos y no de la empresa productora. No existió pues, promoción o explotación de negocios en el ramo de pinturas "por cuenta" de la demandada, ya que González Posada no era un elemento de enlace entre los terceros compradores y la sociedad Ico Pinturas.

El hecho de que la misma sociedad demandada haya autorizado o tolerado a Eduardo González Posada para que utilizara o usara el nombre de Distribuidora Agencia de Pinturas Ico y que lo hubiera llamado constantemente su distribuidor exclusivo, en nada modifica lo expuesto, pues ya se vio que en el lenguaje comercial y en el

corriente, tanto el término de distribuidor como el de agente se han usado indistintamente y en un sentido muy amplio que no acompasa con el específico significado que, hoy, en derecho comercial, frente a lo definido en el artículo 1317 del Código de Comercio, tiene la expresión "agente comercial".

Ahora bien, como Eduardo González Posada, según confesó él mismo al dar respuesta a la demanda de reconvención (folio 5 del cuaderno 3º) compraba al por mayor pinturas y otros elementos a la sociedad Ico Pinturas S. A., para luego revenderlas a través de su establecimiento comercial que para el efecto había abierto en la ciudad de Medellín, no obstante que tenía la calidad de distribuidor, no era agente comercial de aquella sociedad, puesto que su función no era actuar a nombre y por cuenta de ella, sino a nombre y por cuenta propios.

Todo lo anterior lleva a la conclusión de que la sentencia recurrida ha de casarse, pues el cargo estudiado prospera.

Sentencia de reemplazo

Como las resoluciones del Tribunal que no fueron combatidas y las que lo fueron, pero sin prosperidad, deben sostenerse, la Corte para dictar la sentencia de instancia se apoya en las consideraciones ya expuestas que condujeron a la convicción de que entre Eduardo González Posada y la sociedad Ico Pinturas S. A., no obstante que aquél era distribuidor para el Departamento de Antioquia de los productos que esta compañía elaboraba en su fábrica de Barranquilla, nó existió contrato de agencia comercial y que, por tanto, no se puede condenar a la empresa al pago de las prestaciones que, para los agentes comerciales, consagra el Código de Comercio en su artículo 1324.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del 21 de febrero de 1979, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y, en su lugar, actuando como Tribunal de segunda instancia *modifica* la sentencia de primer grado que, por tanto, quedará así:

1º DENIÉGANSE las peticiones tanto de la demanda principal como las de la de reconvención, por lo cual no hay lugar a decidir sobre las excepciones de la sociedad demandada y del contrademandado.

2º CONDÉNASE a Eduardo González Posada a pagar a Ico Pinturas S. A., las costas de primera y segunda instancias, relativamente a la demanda introductoria de este proceso y condénase a esta sociedad a pagar a aquél las costas de las mismas instancias con relación a la demanda de mutua petición.

3º Las costas del recurso de casación las pagará Eduardo González Posada desde luego que sólo prosperó el recurso interpuesto por Ico Pinturas S. A.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Luis H. Mera Benavides
Secretario Interino.

AGENCIA COMERCIAL

Por ser la prestación consagrada en el artículo 1324 un derecho disponible después de terminado el contrato, su reconocimiento judicial está condicionado a que el acreedor así lo solicite. La agencia comercial como una de las formas modernas de intermediación. Diferencias con otros contratos. Características. Estabilidad del mandato. Independencia del agente para desarrollar su actividad sin sujeción al empresario o agenciado. Al agente comercial no lo benefician ni perjudican los cambios de precio que sufran los productos que promueve porque la propiedad de éstos en ningún momento pasa a ser suya.

No tiene el carácter de agente quien compra al empresario sus productos para revenderlos. Contrato de cuenta corriente. No puede confundirse con lo que la ciencia contable y el común de las gentes llama "cuenta corriente". Su diferencia con las cuentas simples o de gestión. En el contrato de cuenta corriente las remesas de las partes se consideran partidas indivisibles de abono o de cargo en la cuenta de cada cuentacorrentista, por manera que ninguna de las partes puede considerarse deudora o acreedora hasta tanto no se produzca la liquidación de la cuenta; sólo entonces el saldo que resulta constituye un crédito exigible.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Germán Giraldo Zuluaga.

Bogotá, diciembre 2 de 1980.

Entra la Corte a desatar los recursos de casación que las partes interpusieron contra la sentencia de 13 de diciembre de 1978, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario promovido por Cacharrería Mundial S. A., contra Jorge Iván Merizalde Soto y Gilberto Merizalde Uribe.

I

El litigio

1. Los Merizalde fueron demandados por la mencionada sociedad anónima para que, rituado el procedimiento ordinario, se declárase resuelto, por incumplimiento de los primeros, el contrato de suministro que ella celebró con Jorge Merizalde Soto el 19 de octubre de 1972 y para que, consecuencialmente, los Merizalde fueran condenados a pagar a la sociedad los perjuicios por valor de $ 288.814 causados a ésta por haberla privado del tiempo que faltaba para vencerse el término pactado; los daños por valor de $ 53.736 resultantes de haber montado, en el tiempo del preaviso, una competencia desleal en el mismo establecimiento; los perjuicios por valor de $ 100.000 por haberla privado de importantes cantidades de mercancía y de dinero que no pensaba pagar y que se proponía a reclamar indebidamente; los daños por valor de $ 20.000 por haber utilizado el establecimiento acreditado por mercancías de Pintuco para expender allí pinturas competidoras, y los perjuicios por valor de $ 366.312 por haber roto la concordancia de sus asientos de contabilidad con los de "Cacharrería Mundial S. A.", agregando créditos contra ésta "que la privan de acciones judiciales ejecutivas para recuperar sumas considerables de dinero". En la misma demanda se pidió la declaración de que los contratos de compraventa quedan resueltos por no haberse pagado el precio y que, por tanto, se condena a la parte demandada a perder "la bonificación que el vendedor reconoce por las cantidades vendidas y a pagar a más del precio debido que es de $ 1.873.251.10, los intereses del dos y medio por ciento (2½%) mensual "sobre el valor o precio de cada una de las ventas de las mercancías y saldos de las mis-

mas", y además, "los intereses causados sobre saldos pendientes de pago que cumplan un año de estar insolutos, contados a partir de la presentación de la demanda", y la suma de $ 246.656 por los daños causados por "haberse encarecido el crédito y encarecido las tasas de interés con que el vendedor tenía que suplir los bienes incautados por el comprador".

2. La *causa petendi* se hizo consistir en que el 19 de octubre de 1972, la sociedad llamada hoy Cacharrería Mundial S. A., unida en cuanto a ciertas cláusulas con Compañía Pinturas S. A., celebró con el comerciante Jorge Merizalde Soto contrato por el cual se obligó a vender a éste, quien a su vez se obligó a comprarle, productos fabricados por Pintuco, "de acuerdo con las condiciones generales allí estipuladas y con estipulaciones sobre plazo, régimen sobre terminación del contrato, carácter con que contrataba y ejecutaría el contrato el señor Merizalde, previsión sobre promoción de ventas, sobre cesión del contrato y domicilio contractual. Las ventas que se celebrarían estarían sometidas a condiciones que en cada caso se consignarían por escrito, en cuanto a precios, descuentos, plazo y demás estipulaciones".

Por documento separado, Gilberto Merizalde se declaró deudor solidario con Jorge por toda suma que llegare a deber a la Cacharrería.

El contrato a que se ha hecho referencia estuvo precedido por otro, suscrito por las mismas partes el 25 de enero de 1965, pero en éste la Cacharrería Mundial actuó "como representante y depositario de Pinturas Colombianas, Pintuco".

Al contrato signado el 19 de octubre de 1972, se le fijó un término de duración de un año prorrogable, y se encontraba prorrogado por uno más el 20 de junio de 1974, fecha en que Jorge Merizalde, sin aviso previo, le puso fin. Según la cláusula 10, cualquiera podía, dando aviso con anterioridad de un mes, darlo por terminado. Merizalde apoyó su decisión en que la sociedad demandante unilateralmente resolvió acortar los plazos en las facturas de venta, no obstante que para entonces adeudaba suma cercana a dos millones, la cual no ha pagado aún, bajo el pretexto de que la retiene para garantía de sus prestaciones como "agente comercial" y alega que tiene derecho a bonificación por ventas de $ 416.000; a una regalía de $ 3.165.000, como indemnización, liquidada con base en 9 años y medio de vigencia del contrato, y, además, a una indemnización de $ 4.020.000 "como retribución de sus esfuerzos por haber acreditado la marca 'Pintuco'".

Jorge Merizalde, quien había contabilizado correctamente sus débitos a favor de Cacharrería Mundial, después, "con comprobantes internos que no tienen otro origen que su sola aspiración", agregó en su contabilidad débitos de Cacharrería Mundial S. A., por valor de $ 7.600.000", con lo cual trocó a la sociedad demandante de acreedora en deudora suya.

El 20 de junio de 1974, fecha en que Merizalde dio por terminado el contrato, en razón del precio de muchísimas ventas de mercancías que se hicieron desde el 22 de mayo anterior y a las cuales sólo hizo abonos por valor de $ 53.828.11, debía la suma de $ 1.973.251.19, que con diferencia de $ 0.01, concuerda con la contabilidad del comprador Merizalde.

Finalmente expresa la demanda que fue Merizalde quien incumplió el contrato al no dar previo aviso, contrato que es de suministro y no de agencia comercial.

3. Los demandados contestaron separadamente la demanda y se opusieron expresamente a sus pretensiones.

4. Jorge I. Merizalde, en momento procesalmente oportuno, presentó demanda de reconvención para que declarase clausurado contrato de cuenta corriente que existió entre él y la sociedad demandante y caducado el derecho de ésta para impugnar los saldos de su contabilidad, por lo cual es exigible, con efectos al 21 de agosto de 1974, "el saldo no impugnado en la cuenta corriente de Cacharrería Mundial" por cuantía de $ 5.618.152.60 más sus intereses comerciales. Solicitó también la declaración de que él tuvo justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato ajustado el 19 de octubre de 1972, por lo que la sociedad reconvenida debe pagarle los daños que le ocasionó, entre ellos el lucro cesante; así mismo pidió condenar a Cacharrería Mundial al pago de los perjuicios materiales y morales "por razones de difamación" y descrédito de un competidor, y demandó, finalmente, que se conminara a la contrademandada para que se abstenga de ejecutar actos de competencia desleal contra el reconventor, contra su establecimiento comercial "Pinturas J. M." o contra "los productos de Pinturas Sherwin Williams que él distribuye".

5. La causa para pedir de la demanda de reconvención está constituida por los siguientes hechos, que el *ad quem* resumió así:

"1º Jorge Merizalde Soto y Cacharrería Mundial S. A., son comerciantes inscritos en la Cámara de Comercio de Medellín, ciudad en la cual tienen su domicilio y sus propios establecimientos de comercio, el primero de los cuales lo explota en el ramo de pinturas.

"2º Cacharrería Mundial S. A. y Compañía Pintuco S. A. (entonces Cacharrería Mundial T. Germán Saldarriaga y Cía., y Compañía Pintuco C. P. A.), suscribieron el 19 de octubre de 1972 con Jorge Iván Merizalde Soto un contrato que denominaron *Contrato de Distribución - Pintuco— a favor de Agencia Pintuco*, en el cual aparecen como *vendedor* las Compañías y como *distribuidor* Merizalde Soto. A este contrato precedió otro celebrado el 25 de enero de 1965 en virtud del cual *Jorge Merizalde Soto*, como propietario de un establecimiento de Comercio que denominó *Agencia Pintuco*, venía haciendo de distribuidor de los productos comerciales *Pintuco, Pintulaca, Papagayo*, etc., fabricados por *Compañía Pintuco* y con Cacharrería Mundial como depositaria.

"3º En el contrato impreso que Cacharrería Mundial S. A., sometió a sus agentes distribuidores y que suscribiera Merizalde Soto el 19 de octubre de 1972, entre otras cláusulas se incluye la de que "los contratos de compraventa que se realicen entre las partes, estarán sujetos a las condiciones específicas que por escrito se determinen, en cuanto a precios, descuentos, plazos y demás modalidades" (cláusula I letra g).

"4º *Jorge Merizalde Soto* recibió el 27 de mayo de 1974 una circular enviada por *Cacharrería Mundial* a todos los distribuidores de Pintuco en la cual les notificaba que a partir del 1º de junio de 1974 el plazo máximo para la cancelación de facturas sería de 45 días y que se cobrarían intereses del 28% anual sobre saldos vencidos; reducción de plazo que *Merizalde Soto* no aceptó.

"5º Ante el rechazo de la reducción de plazo de 60 a 45 días, *Santiago Saldarriaga J.*, en su carácter de Gerente Seccional de Cacharrería Mundial S. A., en carta de 5 de junio siguiente comunicó a Merizalde Soto que la decisión era inmodificable, lo mismo que la de no seguir despachando a distribuidores que no hubieren pagado sus facturas vencidas.

"6º Como, a pesar de las protestas *Cacharrería Mundial S. A.*, desde el 1º de junio empezó a facturarle ventas a sólo 45 días, a *Jorge Merizalde Soto* no le quedó más alternativa que declarar unilateralmente terminado su contrato con Cacharrería Mundial S. A., y así se lo comunicó en carta de 20 de junio de 1974, en la cual entre otras cosas le expresó: 'No puedo reconocer a ustedes derecho para una instantánea modificación de las condiciones contractuales que venían rigiendo... Por consiguiente, caso desde ya en mi carácter de titular de 'Agencia Pintuco' en relación a ustedes y a dicha industria. Estoy dispuesto, naturalmente, a definir directamente y en forma equitativa y legal para ambas partes, las recíprocas prestaciones de liquidación de nuestro negocio de agencia comercial, devolución de productos, *indemnización por cancelación y por incumplimiento*, pago por el saldo que resulte a cargo de una y otra parte, etc.'. A tal comunicación Cacharrería Mundial S. A., dio respuesta en otra del 27 del mismo mes y año y en ella el Gerente se limitó a manifestar que aceptaba esa determinación de ponerle término al contrato de distribución.

"7º Con fecha de 1º de julio de 1974, *Cacharrería Mundial S. A.*, envió a Jorge Merizalde la comunicación distinguida como R. F. C/2803 contentiva de un estado de la cuenta hasta esa fecha al final de la cual se le pedía 'su conformidad o reparos sobre el anterior extracto', comunicación a la cual dio respuesta el 17 siguiente, haciéndoles saber que se abstenía de darle conformidad 'a cualquier saldo a mi cargo y a favor de ustedes, pues hecha la contabilización de los derechos que me corresponden como indemnizaciones y prestaciones de terminación de *agencia comercial*, encuentro que hay un grueso saldo a mi favor'. Esta nueva comunicación no tuvo respuesta de la destinataria.

"8º El 6 de agosto siguiente, *Jorge Iván Merizalde Soto* remitió a Cacharrería Mundial S. A., una relación con el carácter de resumen o extracto de la *cuenta corriente*, en el cual se incluían los asientos por bonificaciones e indemnizaciones a que tenía derecho como consecuencia de la terminación del contrato de agencia. Textualmente, dice la comunicación: 'En mi cuenta corriente con ustedes, dentro de mi contabilidad se han hecho los siguientes asientos a su cargo, así: a) Tres millones ciento setenta y cinco mil ciento treinta pesos con 85/100 ($ 3.175.130.85) moneda legal, que corresponde a la doceava parte del promedio de las comisiones y bonificaciones recibidas de ustedes en los tres (3) últimos años en que actué con mi carácter de *agente comercial Pintuco* multiplicada por nueve años y medio, en la forma prevista por el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio; b) Cuatrocien

tos dieciséis mil doscientos setenta y dos pesos con 98/100 ($ 416.272.98) moneda legal, por concepto de bonificaciones que a mi agencia Pintuco corresponden por compras en el primer semestre del presente año; c) Cuatro millones de pesos ($ 4.000.000) moneda legal, indemnización aproximada al tenor del inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio por acreditar la marca Pintuco en nueve años y medio...'. Hasta el momento, el señor Merizalde Soto, no ha recibido respuesta, objeción, reparo o rechazo de *Cacharrería Mundial S. A.*, en relación con el nuevo saldo de la *cuenta corriente* ni los asientos descritos.

"9º Por conducto del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín fue practicada con el carácter de *prueba anticipada* una inspección judicial, acompañada de *exhibición de libros* y dictamen de expertos contadores a la contabilidad de Jorge Merizalde. Allí se constató que esa contabilidad se hallaba en debida forma y también de manera directa, el señor Gerente de Cacharrería Mundial y su mandatario judicial conocieron los asientos y extractos de *cuenta corriente* que arrojan a favor de Jorge Merizalde Soto y a cargo de Cacharrería Mundial S. A., un saldo de cinco millones doscientos dieciocho mil ciento cincuenta y dos pesos con 60/100 ($ 5.218.152.60) moneda legal, después de abonadas todas las facturas que estaban pendientes por compras de mercancías de la línea Pintuco'.

"10. Ni al recibir la comunicación del 6 de agosto de 1974, ni antes ni después de constatados en la inspección judicial los asientos contables verificados por Jorge Merizalde en su *cuenta corriente* con *Cacharrería Mundial S. A.*, ésta promovió acción de *impugnación* contra los asientos y extractos referidos. Cacharrería Mundial S. A., tampoco ha cancelado ni total ni parcialmente el saldo que a favor de Merizalde Soto arroja la *cuenta corriente clausurada*. Tampoco le ha abonado intereses.

"11. La violación por parte de *Cacharrería Mundial S. A.*, del contrato celebrado el 19 de octubre de 1972 ocasionó a *Jorge Iván Merizalde* serios perjuicios pecuniarios y morales, así: El *lucro cesante* proveniente de la privación de la agencia de distribución de pinturas marca Pintuco entre el mes de junio y el 19 de octubre de 1974, fecha en que debía terminar el contrato, susceptible de prórroga. Los *perjuicios morales* originados en la campaña de difamación emprendida por Cacharrería Mundial S. A., contra *Jorge Merizalde Soto*, especialmente orientada a desmeritar los productos *Sherwin Williams* cuya distribución recibió, e imputándole actos deshonrosos de la alta calidad moral de Merizalde Soto; inclusive en el mismo libelo de demanda en el cual se 'incurre en acto de *competencia desleal*' al decir que los productos que hoy agencia Jorge Merizalde Soto 'no tienen la misma imagen de Pintuco, ni la misma calidad, ni igual fuerza vendedora', a sabiendas de que ello no es así. Se 'han utilizado, pues, medios o sistemas tendientes a desacreditar a un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios', y unas otras prácticas de competencia desleal en demérito del actual establecimiento de comercio de Jorge Merizalde Soto, el cual dejó de llamarse *Agencia Pintuco* y adoptó el rótulo y enseña *Pinturas J. M. Jorge Merizalde*".

6. La sociedad reconvenida contestó la demanda de mutua petición rechazando que el reconventor, con relación a ella, fuera agente comercial y negando la existencia de contrato de cuenta corriente entre las partes, por lo cual se opuso expresamente a las pretensiones que contiene la contrademanda.

7. Adelantado bajo una misma cuerda el trámite de las dos demandas, la primera instancia finalizó con sentencia que decidió:

"1º Declárase probada la excepción de 'incumplimiento de contrato' propuesta por el contrademandado Merizalde Soto. A la vez, se declaran no configuradas las restantes.

"2º No se accede a hacer las declaraciones de resolución de los contratos de *suministro* y las de *compraventas* por no pago de los precios, en la forma solicitada por el apoderado de la 'Cacharrería Mundial S. A.'.

"3º Del mismo modo, niéganse las declaraciones relativas a perjuicios derivados de los cargos imputados a los demandados.

"4º En consecuencia de ello, por razón de la demanda principal, *absuélvese* a *Jorge Iván Merizalde Soto* y *Gilberto Merizalde Uribe*.

"5º Deniégase la solicitud relativa a declarar clausurada la cuenta mercantil, la caducidad de la acción de impugnación y la exigibilidad del saldo en contra de 'Cacharrería Mundial S. A.', en la forma determinada en la demanda de reconvención, por ausencia del ameritado contrato.

"6º En consecuencia, declárase que *Jorge Merizalde Soto* no tiene derecho a retener por ese concepto dineros de la entidad demandante.

"7º Declárase que el contrato celebrado el 19 de octubre de 1972, y que responde al de *Agen-*

cia Comercial en Desarrollo de Suministro, fue terminado unilateralmente por justa causa por el señor *Jorge Iván Merizalde Soto*.

"8º Como consecuencia de lo anterior, condénase a la 'Cacharrería Mundial S. A.', representada actualmente por el señor Reinaldo Arroyave, a pagarle al agente Jorge Iván Merizalde Soto todos los perjuicios ocasionados a raíz de la terminación del contrato, en los términos del artículo 1324 del Código de Comercio.

"9º Reconócese en su favor el derecho de retención, pero exclusivamente por razón de la 'agencia comercial'.

"10. Dichos perjuicios se establecerán en incidente posterior, en la forma señalada en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

"11. No se hace especial condenación de perjuicios morales, por cuanto no se probaron.

"12. Tampoco se hace especial pronunciamiento en cuanto a la solicitud del reconvenido para que la 'Cacharrería Mundial S. A.' se abstenga de verificar nuevos actos de competencia desleal, porque no se establecieron procesalmente.

"13. Condénase a la 'Cacharrería Mundial S. A.' a pagar las costas causadas con ocasión de la demanda principal y la de reconvención".

De esta decisión apelaron las partes.

8. Agotado el rito de la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín dictó sentencia en que dispuso:

"*Primero*. Confírmanse los numerales 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 9º, 10, 11 y 12 de la sentencia de fecha y procedencia indicadas en la parte motiva.

"*Segundo. Revócase* el numeral 1º de la misma sentencia en cuanto declaró probada la excepción de incumplimiento del contrato de agencia comercial alegada por el demandado *Jorge Iván Merizalde Soto*, por cuanto la desestimatoria de las pretensiones hace innecesario todo pronunciamiento sobre ellas, lo mismo que sobre las propuestas por Gilberto Merizalde Uribe.

"*Tercero. Modifícanse* los numerales 7º y 8º en el sentido de que, como el contrato de agencia comercial finalizó por decisión unilateral y sin justa causa de parte de *Jorge Iván Merizalde Soto*, acogiéndose así la excepción de contrato no cumplido alegada por *Cacharrería Mundial S. A.*, la condena impuesta a ésta se concretará únicamente a la prestación establecida por el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, la cual se liquidará teniendo en cuenta las bases fijadas en la parte motiva de este fallo.

"*Cuarto. Modifícase* igualmente el numeral 13 de la sentencia impugnada en el sentido de que *Cacharrería Mundial S. A.*, sufragará las costas de ambas instancias de la demanda principal. En cuanto a la de reconvención, pagará únicamente el cuarenta por ciento (40%) de una y otra instancias".

II

Bases de la sentencia del Tribunal

Después de compendiar los hechos constitutivos de la *causa petendi* y las pretensiones postuladas tanto en la demanda principal como en la de reconvención propuesta por Jorge Merizalde, y luego de narrar las etapas de la primera instancia y de resumir las resoluciones que contiene el fallo del *a quo*, el Tribunal acomete el estudio de la apelación propuesta por todos los contendientes y, en primer término, encuentra que con arreglo a las constancias procesales (f. 50 del C. 1º, 11 del 2º y 7 del 6º) aparece demostrado que el 25 de enero de 1965 la sociedad demandante, actuando entonces como depositaria y representante autorizada de Pintuco, celebró contrato con el demandado Merizalde, que fue denominado como de distribución, por el cual se concedía a éste facultad para distribuir la línea general de pinturas y productos auxiliares producidos por la sociedad Pinturas Colombianas, Pintuco, bajo los precios, descuentos y demás condiciones pactadas. También —dice el Tribunal— se acreditó, con el documento que se ve al folio 20 del cuaderno 2º que Gilberto Merigalde Uribe, se obligó "mancomunada y solidariamente" por cualquier suma que su hijo Jorge Merizalde quedara debiendo a Cacharrería Mundial, que así mismo se demostró plenamente que Jorge Merizalde Soto aparece en el registro público de comercio, desde 1969, como propietario del establecimiento comercial "Agencia Pintuco Jorge Merizalde Soto", situado en la calle 44 número 73-30 de Medellín, que se dedica a la venta de pinturas (certificado que obra al folio 58 del C. 3º); que está del mismo modo acreditado (folio 56 del C. 2º) que el 1º de octubre de 1972 se suscribió un nuevo contrato (llamado también contrato de distribución a favor de Agencia Pintuco) entre Jorge Merizalde y Cacharrería Mundial S. A., que actuó a nombre propio, con texto igual para todos los demás distribuidores; que este contrato, como

se dijo en su cláusula XI, "anula y sustituye el anterior" de distribución que ligaba a las partes, y que fue signado también por Compañía Pintuco C. P. A.

Más adelante expresa el Tribunal que con la declaración de Santiago Saldarriaga, quien suscribiera el contrato a nombre de Cacharrería Mundial, queda probado que la red de distribución era atendida con autonomía por ésta, ya que podía conceder nuevas distribuciones y cancelar otras; que las compras de pinturas hechas a Pintuco por ella, lo eran en firme y que, a su vez, las ventas de ésta a los distribuidores lo eran al riesgo de la Mundial y no de Pintuco, que "tiene a su entidad la parte técnica para vigilar la calidad de sus productos y al mismo tiempo se encarga de hacer la propaganda a los mismos" (folio 18 del cuaderno 4).

Luego expresa el sentenciador que con fecha del 22 de mayo de 1974, Cacharrería Mundial envió a los distribuidores de Pintuco la circular que se ve al folio 24 del cuaderno 1º, en que les notifica que, a partir del 1º de junio siguiente, el plazo máximo para la cancelación de las facturas será de 45 días y que no se harán despachos a clientes que no estén al día en sus pagos, a quienes además cobrará intereses del 28% anual sobre saldos vencidos; que luego, por carta de 5 de junio, hizo saber a Jorge Merizalde, quien protestó, que esa decisión era inmodificable (f. 25 del C. 1º), pero que una filial suya podía hacerle un préstamo para cubrir los vencimientos; que en tales circunstancias, el 20 del mismo junio (f. 27 y 28) Merizalde envió a la Cacharrería Mundial carta en que le notifica que da por "terminado unilateralmente el contrato" en vista, principalmente, de la "sopresiva y unilateral limitación del crédito usual en la forma de pago de los productos Pintuco", lo que afecta sus relaciones con *mi calificada clientela en este ramo*, a la cual no puedo yo modificar tan brusca, intempestiva y unilateralmente las condiciones de pago" y más adelante dice que esta decisión la toma con base en las letras a) y b) del numeral 2 del artículo 1325 del Código de Comercio y que cesa de inmediato en su carácter de titular de "Agencia Pintuco", por lo cual debe procederse a liquidar el negocio de "agencia comercial" y las indemnizaciones a su favor; que el 27 del mismo junio, la Mundial contestó a Merizalde que aceptaba su determinación de ponerle fin al contrato que los ligaba.

Más adelante expresa el *ad quem* que, en tales circunstancias, el 1º de julio siguiente (como se ve a los folios 26 a 29 del cuaderno 5º), la Mundial envió a Merizalde el estado de cuentas en que resultaba un saldo en contra de éste por valor de $ 1.973.251.19; que el 17 del mismo mes, Merizalde contestó que no da su conformidad al corte de cuenta dicho, pues se le adeudan indemnizaciones y prestaciones a que se cree acreedor como agente comercial por valor superior a $ 4.000.000 y notifica que ejercita derecho de retención (folio 30 del cuaderno 1º).

Advierte luego el sentenciador que el 25 de septiembre de 1974 Merizalde demandó a la Mundial ante la justicia del trabajo para el pago de prestaciones, pero que no se sabe la suerte de tal demanda (folios 299 y 300 del cuaderno 7º).

Entra enseguida el Tribunal a calificar la naturaleza del contrato celebrado el 19 de octubre de 1972, que la Cacharrería Mundial en su demanda califica de suministro y que su contenido llama agencia comercial, para concluir que esta última calificación, la de agencia comercial, es la que le conviene.

Halla el Tribunal que tanto en el actual como en el anterior Código de Comercio, la ley distinguió entre empresarios, que ejercen actividad comercial en su propio beneficio, y otros comerciantes, llamados representantes, comisionistas, corredores o agentes en general, que realizan esa misma actividad, pero "como auxiliares de otros empresarios en quienes realmente se radican los efectos y provechos de sus actos".

Luego de narrar "la confusa situación" originada por la discusión existente en torno a la naturaleza de las relaciones surgidas entre empresarios y agentes vendedores a la luz del artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo, del artículo 3º del Decreto 3129 de 1950 y también del Decreto 467 de 1963 que reglamentó la actividad de los agentes representantes de firmas nacionales y extranjeras, el Tribunal manifiesta que en el nuevo Código de Comercio se procuró, en este punto, conciliar los intereses contrapuestos de empresarios y agentes, como brota de "la confrontación del contenido normativo de los artículos 1324 a 1327 del Código de Comercio con las previsiones de los artículos 6º, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965 que regulan las causales de terminación del contrato de trabajo y la forma como se liquidan y pagan las prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho los trabajadores", suceso que ha dado pie para que se afirme que "el contrato de agencia comercial es una forma de hacer fraude a la ley laboral", pues algunos empresarios exigían a sus agentes vendedores que formaran sociedad

con su esposa y sus hijos para no quedar obligados a pagarles prestaciones, por lo cual fue necesario reglamentar el contrato de agencia comercial de manera semejante a como lo había hecho ya el Código Civil Italiano de 1942.

Entra en seguida el Tribunal a precisar que en el mundo hay dos tendencias definidas relativamente a la naturaleza del contrato de agencia: la francesa, en que el agente es representante no autónomo de un empresario, y la anglonorteamericana que lo considera como mediador que actúa autónomamente, pero a nombre del comerciante empresario. Indica luego que, según la definición que da el artículo 1317 de nuestro Código, la agencia comercial se caracteriza porque es forma de intermediación, pues el agente busca conquistar un mercado o ampliar o reconquistar una clientela; el agente actúa independientemente y a través de su propia empresa, pero bajo remuneración siempre; el agente desarrolla un trabajo estable en la promoción o explotación de negocios en un territorio determinado y en beneficio del empresario. Concluye el Tribunal afirmando que por ello el agente comercial desarrolla una actividad por cuenta ajena, pero mediante el ejercicio de una empresa propia existente de por sí, por lo cual Ramella definió al agente comercial como la persona que "ejerciendo profesionalmente y de modo independiente la propia industria, asume el encargo permanente de una o varias casas mercantiles de tratar o concluir negocios de comercio en nombre y por cuenta de ellas".

Precisa luego el *ad quem* que esas características están acogidas también por los Códigos Alemán de agosto 6 de 1953 (artículo 84), Japonés de 1951 (artículos 4616 y ss.) y en la Ley Suiza de 4 de febrero de 1949 (artículo 415).

Fundándose, pues, en la reglamentación del nuevo Código de Comercio y en la noción que la doctrina ha expuesto, el *ad quem* dedujo que "el agente como auxiliar autónomo presenta las siguientes características:

"a) Su calidad de agente surge del contrato de agencia comercial;

"b) Es un comerciante independiente y estable;

"c) Obra en nombre propio pero por cuenta de un empresario nacional o extranjero, como representante, fabricante o distribuidor de uno o varios productos, o como suministrante de servicios;

"d) Sus actividades se concentran en promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional;

"e) Sus poderes o facultades, los negocios que ha de promover o explotar, el tiempo durante el cual desarrollará esas actividades y el ámbito de su cometido, se determinan en el contrato que lo vincula al empresario principal, y

"f) Goza de libertad para acometer, por cuenta propia o ajena, negocios no comprendidos en el contrato de agencia".

Entra en seguida el Tribunal al análisis del material probatorio recogido y encuentra que las relaciones comerciales entre las partes se iniciaron en 1965, cuando la Cacharrería, actuando como depositaria y representante autorizada de Pintuco, facultó a Jorge Merizalde para distribuir productos de su representada, "bajo los precios, descuentos y demás condiciones previstas en el contrato suscrito el 25 de febrero de tal año"; que el distribuidor se inscribió en el registro público de comercio de 1969 como propietario del establecimiento de comercio que, hasta 1971, se denominó Agencia Pintuco —Jorge Merizalde Soto—; que ese contrato se denominó de distribución; pero que para el año de 1972, al iniciar su vigencia el nuevo Código de Comercio, Cacharrería Mundial hizo suscribir, por su iniciativa, a sus numerosos agentes distribuidores en el país, un contrato que ella "redactó, dictó o imprimió", como lo confesó su Gerente (folios 14 y ss. del cuaderno 4º), no obstante lo cual, las relaciones comerciales entre las partes siguieron rigiéndose de manera igual a como se había establecido en el contrato de 1965, "o sea que las condiciones de distribución de los productos Pintuco no sufrieron alteración alguna (folio 15 del mismo cuaderno)", a pesar de que el nuevo contrato al que Merizalde hubo de adherir, contiene cláusula en la que expresamente se dice que éste "anula y sustituye todo anterior contrato de distribución existente entre las mismas partes".

Del examen de esos contratos, el Tribunal concluye que se dan todos los elementos de la agencia comercial de hecho tal como la reguló el nuevo Código, pues Jorge Merizalde Soto se registró como comerciante propietario de un establecimiento de comercio: Agencia Pintuco y actuaba independientemente como lo expresa el contrato y como lo acepta el representante de Cacharrería Mundial (folios 7 a 14 del cuaderno 4º) al afirmar que "el distribuidor es una persona completamente autónoma. No depende para nada de Cacharrería Mundial S. A., porque no recibe órdenes y puede manejar su establecimien

to con una libertad absoluta, incluyendo en ello la escogencia del nombre del establecimiento comercial". Luego expresa el sentenciador que, por el contrario, según se desprende de las circulares 64 y 65 de 1973 y las comunicaciones de 4 y 5 de julio del mismo año (folios 13 a 16 del cuaderno 3º) Merizalde no tenía libertad para cambiar precios, descuentos y otras condiciones que le señalara la Cacharrería, con lo cual se desvirtúa que el contrato era de ventas sucesivas.

En seguida manifiesta el *ad quem* que de la cláusula primera del contrato y de las declaraciones de Eduardo y Víctor González (folios 2 y 5 del cuaderno 4º) se desprende que el agente Merizalde se obligó a promover y explotar negocios en determinado territorio, lo que acepta el representante de la Cacharrería al responder la pregunta 15 cuando entre otras cosas contestó que Merizalde "como cualquier otro distribuidor, haya vendido buen volumen de pinturas, haya conseguido nueva clientela, porque de otra manera no se justificaría para Mundial crear distribuciones"; que lo anterior esté corroborado con el dictamen pericial (folio 265 vto. cuaderno 7º) donde se dice que Jorge Merizalde en su establecimiento de comercio actuaba independientemente y aprestigió el nombre de Pintuco.

Afirma luego el Tribunal que la actividad de Merizalde era estable, lo que surge de los dos contratos que tuvieron duración mayor de 9 años y está aceptado por el representante de la sociedad demandada en reconvención y como lo dicen los testigos Eduardo y Víctor González, "agentes de la competencia de Pintuco", la red de subdistribuidores, la organización, la propaganda, los servicios y la atención del establecimiento de Merizalde son la razón para que "penetrara considerablemente en el mercado de pinturas".

De todo lo anterior concluye el sentenciador que no existió contrato de suministro ni de compraventas sucesivas, sino de agencia comercial a lo cual no se oponen ni las exclusividades ni las preferencias, pues es perfectamente posible que coexistan el contrato de agencia comercial y el de suministro.

Que el hecho de no haberse inscrito el contrato —dice el fallador— no desvirtúa la agencia comercial, porque "según lo explican los redactores de esa parte del estatuto de los comerciantes, como la agencia antes de la promulgación del Código *era un contrato innominado o atípico*, para salvar las situaciones creadas en tal época, se estableció en el artículo 1331 la *agencia de hecho*, a la cual se le aplican todas las disposiciones relativas a la agencia hecha constar en documento *ad probationem* y cuya inscripción en el registro tiene el sentido de darle publicidad para que en tal forma sea oponible a los terceros".

Más adelante el *ad quem* afirma que si el contrato suscrito en 1965 es de agencia comercial, como quedó explicado, lo mismo es el de 1972, pues las operaciones reguladas en el primero, no sufrieron variación en el segundo. La calificación que las partes den a una convención no puede modificar la naturaleza misma de ésta, "por manera que si las relaciones que venían realizando las partes conservaron *continuidad* y *permanencia*, si de hecho Merizalde Soto siguió utilizando el nombre comercial de Agencia Pintuco y la papelería de agente", si figuraba como agente distribuidor, el contrato que ligó a Cacharrería Mundial con el demandado sólo puede ser de agencia comercial. Y que aun cuando Merizalde no tenía la representación de la sociedad demandante, ello en nada modifica la conclusión de que existió el contrato de agencia comercial, pues éste puede perfectamente configurarse con representación o sin ella, como ocurre en el derecho italiano que fue seguido muy de cerca en la reglamentación que hizo el nuevo Código de Comercio.

"De otra parte —expresa el Tribunal—, no pareciera osado sostener que la representación a que se hace referencia a los contratos de intermediación, especialmente en tratándose de la agencia, no coincide exactamente con el concepto de capacidad de obrar propia del derecho sustancial o de postulación en la ley ritual; la representación en el complejo campo de los negocios entre comerciantes, sobre todo cuando éstos se valen de otras personas para promover o explotar sus productos o servicios, hace referencia más bien al nombre de fabricante o productor o a la marca del artículo y su prestigio adquirido en el mercado, calidades de las cuales no pueden aprovecharse ni oponer a la competencia sino aquellas personas que han recibido el encargo de hacerlo. Es más bien como la sonoreción de las prerrogativas que confiere el nombre comercial.

"A última hora el mandatario judicial de la compañía demandante viene a sostener que el contrato que rigió las relaciones entre las partes, no es de agencia si no más bien de *concesión* y aun cuando no precisa los fundamentos de tal aseveración, es lo cierto que tal contrato, propio

del derecho administrativo, no se halla reglamentado en el Código de Comercio.

"Como conclusión de lo expuesto en los anteriores apartes respecto del tantas veces citado contrato de 1972 —dice el Tribunal— todo lleva a pensar que nada distinto a la reglamentación de la agencia comercial, cuya vigencia anticipó el ejecutivo por las razones expuestas por la Corte al decidir sobre la exequibilidad del artículo 2038 del Código (Sent. 10 de diciembre de 1971, *Gaceta Judicial* CXXXVIII, 560), explica por qué *Cacharrería Mundial* tomó la iniciativa de someter a sus agentes contratos con denominación diferente; y, a otras empresas a incluir en los de agencia cláusulas contentivas de renuncia o prerrogativas de parte de los agentes".

Pasa en seguida el Tribunal a estudiar si fue ajustada al derecho la declaración unilateral del contrato que hizo el demandado Merizalde por medio de su carta del 20 de junio de 1974, para lo cual razona así: si desde el 22 de mayo anterior Cacharrería Mundial envió circular a todos sus agentes distribuidores notificándoles que a partir del 1º de junio siguiente el plazo máximo para el pago de las facturas sería de 45 días y no de 60, y que no haría despachos a quienes estuvieran en mora de cancelar el valor de pedidos, a quienes cobraría, además, intereses del 28% anual; y si en nota de 5 de junio la Cacharrería, ante solicitud de Merizalde, reiteró que no podía modificar la reducción del plazo y las otras medidas que se dieron a conocer por medio de la circular dicha; si entre el 1º y el 20 de junio Merizalde hizo 23 pedidos que le fueron despachados con facturas en que se expresó el nuevo plazo para el pago (45 días), síguese que resulta intempestiva su declaración unilateral de dar por terminado el contrato de agencia, ya que la Cacharrería tenía facultad para modificar los plazos y porque el agente no dio el preaviso de treinta días que se había acordado para tal situación. No hubo, pues, justa causa de terminación del contrato.

De todo lo anterior concluye el sentenciador que han de rechazarse las pretensiones de la demanda principal y que ello motiva que no se haga especial consideración de las excepciones propuestas por el demandado. Y que, por el contrario, ha de prosperar parcialmente la demanda de reconvención con declaración de que existió contrato de agencia comercial y reconocimiento, en favor del agente, de la prestación consagrada en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio; que para regular esta prestación ha de tenerse de presente que la relación contractual se extendió del 25 de enero de 1965 al 20 de junio de 1974; que las prestaciones consagradas en el artículo 1324 operan para la liquidación desde la celebración del contrato y no solamente desde que entró en vigencia dicha disposición (27 de mayo de 1971) para lo cual el Tribunal hace amplio estudio; que para las docenas se tomarán en cuenta períodos de año completo desechando las fracciones de año. Finalmente dice el Tribunal que, por ser normas de orden público, son irrenunciables las prestaciones a que se refiere ese artículo, en sustento de lo cual hace completo estudio de lo que debe entenderse por orden público económico.

Terminado el análisis de la demanda principal, el *ad quem* pasa al examen de la de reconvención y partiendo de que está probado que existió entre las partes contrato de agencia comercial que terminó, sin justa causa, por decisión unilateral del agente, el fallador inicia el estudio de la prueba para ver si hubo o no también contrato de cuenta corriente entre las partes, para lo cual hace previamente extenso examen sobre este contrato mercantil para terminar en la conclusión de que no existió, pues "a cada factura correspondía un plazo para el pago, y se hacía exigible a cada vencimiento, viniéndose a desvirtuar de ese modo un elemento esencial de la cuenta corriente, el de que los créditos y débitos derivados de las remesas mutuas de las partes se considerarán como partidas indivisibles de abono o cargo en la cuenta de cada cuentacorrentista, de modo que sólo el saldo que resulte a la cláusula de la cuenta constituirá un crédito exigible (artículo 1245 del Código de Comercio). Considera el Tribunal además, que, en la hipótesis de que entre las partes hubiera existido realmente un contrato de cuenta corriente, tampoco podría accederse a la petición de Merizalde de que se declare clausurada la cuenta por haber caducado el término para impugnarla (artículo 1259) y con un saldo de $ 5.618.152.20 a cargo de Cacharrería Mundial, porque a partir del asiento que arrojaba un saldo de $ 1.973.251.18 a *favor* de la sociedad demandante, los asientos posteriores, con desconocimiento de lo que dispone el artículo 53 del Código de Comercio, fueron hechos en forma unilateral por Merizalde y sin apoyo en operaciones o negociaciones normales de suministro de mercancías para distribuir (artículo 1276), ni fueron el resultado de un corte de cuentas.

De todo lo antes expuesto concluye el Tribunal que lo que existió entre las partes fue más bien una cuenta de gestión doble, pero no el contrato de cuenta corriente mercantil, lo que lleva

a omitir especial pronunciamiento sobre las excepciones propuestas en torno a este tema por Cacharrería Mundial.

Para terminar el fallo, el Tribunal, con relación a la pretensión de Merizalde de que se condene a la Cacharrería a pagarle los perjuicios que le ha causado por la campaña de difamación de los productos Sherwin Williams, encuentra que no existe prueba de actos de competencia desleal por parte de la sociedad contrademandada, por lo cual no se ha demostrado mala fe por parte de ésta.

Resumiendo sus conclusiones, el *ad quem* precisa que "desestimará las pretensiones contenidas en la demanda principal formulada por *Cacharrería Mundial S. A.*, frente a *Jorge Merizalde Soto* y *Gilberto Merizalde Uribe*, tanto las principales como las consecuenciales. Tal decisión implica, por tanto, que a los demandados se les absolverá de los cargos resultantes del libelo principal y que se han de imponer las costas de ambas instancias a la compañía demandante (artículo 392, numeral 1º Código de Procedimiento Civil).

"En lo que hace referencia a la demanda de reconvención, se desestimará la pretensión relativa a la declaratoria de que entre las partes existió un contrato de cuenta corriente y, lógicamente, las pretensiones consecuenciales de ella derivadas, lo cual hace innecesario todo pronunciamiento acerca de las excepciones propuestas por Cacharrería Mundial tendientes a enervarlas. Se declarará, en cambio, que las relaciones comerciales entre las partes estuvieron regidas por un contrato de *agencia comercial de hecho* y que, al haber finalizado el 20 de junio de 1974, por decisión unilateral y sin justa causa de parte del agente, éste sólo tendrá derecho a la prestación consagrada por el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, la cual será liquidada por el procedimiento indicado por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta las bases indicadas anteriormente. Por lo expuesto, no se le reconocerá derecho a la indemnización prevista por el inciso 2º del mismo artículo. Desde luego, dado el reconocimiento a favor del agente Merizalde Soto le asiste el derecho de retención previsto en el artículo 1326 del estatuto de los comerciantes.

"En lo atinente a las excepciones de mérito propuestas por Cacharrería Mundial S. A., frente a la demanda de reconvención, concretamente en lo que se refiere a la agencia comercial, bien claro resulta de todo lo expuesto a largo de esta providencia que no tienen fundamento, salvo la relativa al *incumplimiento* del contrato por parte del demandante, lo cual, como se dijo, implica la absolución de *Cacharrería Mundial S. A.*, por concepto de la prestación indemnizatoria prevista por el inciso 2º del artículo 1324. Las de prescripción de la acción y de pago no se configuran, pues, por lo que toca a la primera, su término es de cinco años según el artículo 1329 y, en armonía con lo visto, el contrato terminó apenas el 20 de junio de 1974; y, la de pago no tiene soporte, ya que si bien es cierto que las partes son recíprocamente deudoras y acreedoras, también lo es que el derecho de retención del agente y la falta de liquidez de unas y otras impiden el acogimiento del medio liberatorio denominado pago.

"Respecto de los perjuicios materiales y morales derivados de supuestos actos de competencia desleal, también serán desestimadas las pretensiones correspondientes, pues no se demostró que realmente la contrademanda hubiera incurrido en actos de esa naturaleza. Consecuencialmente se impone la absolución por tales cargos.

"De otra parte, como el Tribunal no encuentra elementos de juicio para considerar que Cacharrería Mundial S. A., hubiese procedido de mala fe al promover este litigio, no se harán los pronunciamientos reclamados por el señor apoderado de Jorge I. Merizalde en sus alegaciones de segunda instancia.

"En cuanto a las costas de la demanda de reconvención, dados los resultados de ella, *Cacharrería Mundial S. A.*, sufragará solamente el cuarenta por ciento (40%) de ellas en ambas instancias".

III

Los recursos de casación

Como antes se dijo, tanto la sociedad demandante como el demandado Jorge Merizalde Soto recurrieron de la sentencia del Tribunal.

La parte demandante sustenta el recurso en escrito que contiene seis cargos, dos de los cuales, el primero y el quinto, están formulados con base en errores *in procedendo*, consistentes en inconsonancia, y los restantes con apoyo en la causal primera; la demanda del demandado y contrademandante contiene dos cargos, ambos montados con apoyo en esta última causal.

La Corte encuentra probados los cargos tercero y quinto de la demanda de la sociedad que suscitó este proceso, más por cuanto en ellos sólo se impugnan aspectos parciales de la sentencia, menester será estudiar también los ataques del demandado reconvenor que tienen como mira

otras facetas del fallo no encerradas en los lindes de la demanda del recurrente demandante. De otro lado, como al dictar la sentencia de reemplazo se sostiene que el contrato disentido aquí, terminó por mutuo acuerdo de las partes, será superfluo despachar el cargo 2º del demandante principal, y como se llegará a la conclusión de que no existió contrato de agencia, resulta inoficioso estudiar el cargo sexto.

A. *Demanda de Cacharrería Mundial S. A. Cargos primero y quinto*

Aunque el cargo quinto prospera y el primero no, se despacharán conjuntamente ya que ambos se fundan en inconsonancia entre el fallo y lo pedido en las dos demandas y las excepciones propuestas por el demandado y por el reconvenido.

Al sustentar el cargo primero la censura expresa que la sentencia, sin que nadie se lo hubiera solicitado, declaró la existencia entre las partes de un contrato de agencia comercial y condenó a la sociedad demandante a pagar prestaciones que señala el artículo 1324 del Código de Comercio.

"Circunscrito como está el Juez a las lindes de la relación procesal, tal como quedan trazadas por las partes, 'no puede declarar lo que nadie le pidió, *ne eat judex extra petita partium*', e incurrir, así en 'exceso de poder parcial'. El problema se contrae, pues, a que, cotejando lo pedido en la demanda de reconvención, con la sentencia condenatoria del Tribunal, se concluye necesariamente que ésta reconoció un derecho que no se hizo valer en la demanda se pidió declarar el incumplimiento del contrato de parte de la demandada y la condena de ésta e indemnizar perjuicio por causa de ese incumplimiento; al pago que la sentencia, a despecho de reconocer que no solamente no hubo incumplimiento de dicha demandada, sino que el contraventor fue el propio reconveniente, y de absolver a aquélla con pie en dicha excepción que propuso, *motu proprio*, sin que nadie se lo pidiera y, por tanto, sin poder jurisdiccional alguno al respecto, resolvió otorgarle al mismo demandante un crédito no admitido: las prestaciones del agente a la terminación del contrato de agencia, para lo cual hubo de entrar innecesaria, abusiva y erróneamente en la calificación del contrato, en forma contraria a su propia denominación y a las cláusulas del mismo, con igual demasía y abuso de poder, y no por yerro en la interpretación de la demanda, pues actuó cual si éste hubiera hecho aquel pedimento, sin explicación alguna de su *error in procedendo*:

"Se impone el acogimiento de las súplicas (plural) de la demanda de reconvención en lo que concierne a la declaratoria de existencia del contrato de agencia comercial(?) y de consiguiente al demandante en reconvención se le ha de reconocer en razón de la terminación (¿cuál?) del contrato de agencia, la prestación consagrada en el inciso 1º del artículo 1324 'tantas veces citado', son las palabras del Tribunal (p. 33 v.); y ya se transcribió el *petitum* de la reconvención".

El cargo quinto que es muy breve, se concreta al ataque de la condena hecha por el Tribunal a Cacharrería Mundial a pagar la prestación a que se refiere el inciso 1º del artículo 1324 citado, está formulado así:

"Ocioso sería repetir aquí el contenido de las peticiones y de los hechos de la demanda principal y de unas y otros de la demanda de reconvención, junto con las respectivas contestaciones. Cierto es que el Tribunal desestimó íntegras las pretensiones de la primera y que, diciendo resolver las de la contrademanda, no obstante que la única relativa al fenómeno de la distribución, suministro y compra de productos por parte del reconviniente, se reduce a la solicitud de declaración de que éste tuvo causas justificativas para terminarlo y dé condena a su demandada a indemnizarle los perjuicios que recibió por este motivo, está circunscrita al contrato de *19 de octubre de 1972*, diferente del de 25 de enero de 1965, en torno del cual nada se pidió, y a pesar de que encontró probada la defensa de incumplimiento del contrademandante opuesta por la demandada, así lo declaró, decretó aquella condena, al parecer, insista en el calificativo, con efecto desde enero de 1965.

"Tales circunstancias, el argumento general de usurpación de poderes respecto de la prestación del artículo 1324, inciso 1º, Código de Comercio, se suma con mayor vivacidad al de *extra petita*, en cuanto abarcó un contrato el de enero de 1965, y el tiempo de vigencia de él, que terminantemente no aparece en ninguna súplica y cuya ausencia de cifras impedía cualquier pronunciamiento a propósito.

"El contrato de 25 de enero de 1965 no fue objeto de pretensión alguna; es, por lo tanto, materia extraña a la relación jurídico-procesal; rigió de la fecha de su celebración a su sustitución por el de 19 de octubre de 1972; por consiguiente, el Tribunal carecía de atribuciones para declaraciones y condenas respecto de él o derivadas de su presencia, servicio o terminación, y

por ello es ilegítima e ilegal la condena a la citada prestación por todo el tiempo comprendido entre esos dos momentos: 25 de enero de 1965 a 19 de octubre de 1972, abstracción hecha de cualquier otro argumento, por la razón poderosísima de que este contrato y las relaciones jurídicas que generó y amparó durante su vigencia, no fueron materia del litigio".

La Corte considera

Las peticiones de la demanda principal, son las siguientes:

"*Primera*. Declarar resuelto el contrato de suministro suscrito el 19 de octubre de 1972, entre *Cacharrería Mundial S. A.*, antes Cacharrería Mundial L. Germán Baldarriaga & Cía. y Jorge Merizalde Soto, por causa de incumplimiento del contrato, consistente en haberlo dado por terminado sin el preaviso que el contrato contempla y por haberse atribuido, contra sus términos y ejecución, el carácter de agente comercial para ejercer supuestos derechos originados en esta calidad, así como la de haber retenido valores considerables del proveedor vendedor, y como consecuencia de la anterior declaración se condene a los demandados al pago de los siguientes perjuicios:

"a) Los ocasionados a 'Cacharrería Mundial S. A.', por haber privado a esta compañía del tiempo previsto en el contrato para su terminación, dentro del cual la empresa hubiera podido reemplazar sin daño para su negocio, un importante puesto en el mercado de pinturas. Estos perjuicios ascienden a la suma de $ 268.814 o cuanto más probare;

"b) Los resultantes de haber aprovechado Jorge Merizalde el tiempo del preaviso (30 días) quitándolo a Cacharrería Mundial S. A., para montar en el mismo establecimiento una competencia al producto cuya distribución exclusiva durante la vigencia del contrato se había obligado, competencia con promoción publicitaria dirigida al demérito del producto 'Pintuco' que obviamente arruinó de manera oculta y desleal, durante la vigencia del contrato incumplido, perjuicios que ascienden a la suma de $ 58.768 o cuanto más probare;

"c) Los ocasionados a 'Cacharrería Mundial S. A.', por haber privado a esta compañía, contra quien organizaba o pensaba organizar una competencia, de importantes cantidades de mercancía y de dinero, que no pensaba pagar y que se proponía indebidamente retener, con los cuales el proveedor o sea Cacharrería Mundial S. A., hubiera podido tener y organizar una distribución leal en el mismo mercado de pinturas lucrándose al propio tiempo del tráfico de esos bienes. La condena por estos perjuicios la estimo en $ 100.000 o cuanto más probare;

"d) Los causados al haberse acreditado como vendedor de pinturas de óptima calidad para acreditar a su vez su establecimiento y establecer luego en éste la distribución de pinturas competidoras. Estos perjuicios ascienden a la suma de $ 20.000 o cuanto más probare;

"e) Los ocasionados por haber roto la concordancia de sus asientos de contabilidad con los de 'Cacharrería Mundial S. A.', agregando a su antojo y sin justificación, créditos cuantiosos contra la compañía demandante que la privan de acciones judiciales ejecutivas para recuperar sumas considerables de dinero indebidamente retenidas. La condena solicitada por estos perjuicios tiene un valor de $ 366.312 o cuanto más probare.

"*Segundo*. Declarar resueltos los contratos de compraventa a causa de no haber pagado los precios, y como consecuencia de esta declaración, además de los perjuicios que más adelante indicaré, condenarlo a pérdida de la bonificación que el vendedor reconoce por las cantidades vendidas, y como consecuencia de la misma resolución, condenar a los demandados al pago de los siguientes perjuicios:

"a) Los causados por falta de pago del precio los cuales comprenden: El capital o sea la suma de $ 1.573.251.19, los intereses causados sobre el valor o precio de cada una de las ventas de las mercancías y saldos de las mismas, a la rata del 2½% mensual, hasta la fecha en que se produzca el pago de la acreencia, más los intereses causados, sobre los intereses pendientes de pago que cumplan un año de estar insolutos, contados a partir de la fecha de la presentación de la demanda;

"b) Los provenientes de haberse encarecido el crédito y encarecido las tasas de interés, con que el vendedor tenía que suplir los bienes incautados por el comprador. Estos perjuicios los estimo en la suma de $ 246.656 o cuanto más probare".

Por su parte, el demandado Merizalde Soto, en el escrito de contestación a la demanda propuso las siguientes excepciones:

"1. *Inepta demanda sustantiva de la demanda:* la cual fundamenta en la equivocada concepción

de la relación sustancial celebrada entre las partes, y en las inadecuadas peticiones.

"2. *Incumplimiento de la actora:* por cuanto quien incumplió el contrato y violó las relaciones económico-patrimoniales fue la actora. El contratante incumplido no puede exigir que la otra parte dé cumplimiento. Esta excepción más técnicamente se denomina de 'contrato no cumplido', o mejor, utilizando la terminología latina, *exceptio non adimpleti contractus*...".

"3. *Inexistencia de la obligación:* la fundamento en que conforme a la terminación del contrato de *cuenta corriente* el saldo no corresponde a la pretensiones de la Cacharrería Mundial S. A., sino que arroja un crédito en su contra absolutamente impagado...".

"4. *Indebida fundamentación de la demanda y equivocadas peticiones:* pues no son las relaciones mencionadas por la actora las únicas que ligaron a las partes, ni es el medio invocado el que se ha empleado para finiquitar judicialmente dichas relaciones, habida consideración de la naturaleza de los contratos que originaron la controversia entre 'Cacharrería Mundial S. A.' y yo.

"5. *Compensación:* tanto la parte actora como el suscrito' admitimos que existió entre nosotros una relación contractual originada el 19 de octubre de 1972 en un contrato impreso, elaborado por 'Cacharrería Mundial S. A.' y firmado por ella y por otra parte denominada 'Compañía Pintuco S. A.', la cual deberá también arrimarse a este proceso, en el cual inexplicablemente no se presentó como actora. Toda cantidad que de ese contrato resulte a mi cargo, aun la de un hipotético fallo condenatorio en éste o en cualquier otro proceso, iría a abonarse a un saldo mucho mayor que existe a mi favor y a cargo de la parte demandante. Son pertinentes al efecto los artículos 1714 a 1723 inclusive del Código Civil.

"6. *Pleito pendiente:* sobre la indemnización correlativa al incumplimiento de una de las partes, y cual fue la que incumplió, existe ya la demanda que yo presenté contra 'Cacharrería Mundial S. A.' y contra 'Compañía Pintuco S. A.', repartida al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín, el cual consideró que no debía ser admitida, situación adjetiva que está actualmente, por recurso de apelación, en el Tribunal Superior de Medellín".

El codemandado Merizalde Uribe formuló como excepciones a más de las propuestas por su hijo Jorge, las siguientes:

"a) Nulidad, inoponibilidad o ineficacia del documento de *fianza;*

"b) Inaplicabilidad de la *fianza* a obligaciones distintas de *valores;*

"c) Carencia de relación de causalidad entre la parte *actora* y yo;

"ch) Inexistencia de obligación;

"d) Extinción de la obligación, si alguna vez tuvo eficacia jurídica, con la terminación de la vigencia del contrato de enero de 1965 desde el 19 de octubre de 1972;

"e) Cuenta corriente clausurada y *caducidad de la correlativa acción de impugnación*, al tenor del artículo 1259 del Código de Comercio.

"Aunque alguna o algunas de esas *excepciones* podrían, por sí mismas, tener el carácter de *previas*, las presento para que se resuelvan de fondo en la sentencia respectiva".

Y las peticiones de la demanda de reconvención son éstas:

"*Primera.* La cuenta corriente que existió entre '*Cacharrería Mundial S. A.*' y *Jorge Iván Merizalde Soto,* por virtud de los hechos y contratos probados en este proceso, queda clausurada.

"*Segunda.* La acción de impugnación de 'Cacharrería Mundial S. A.' contra el saldo en los libros de Jorge Iván Merizalde Soto de su cuenta corriente quedó caducada, al tenor del artículo 1259 del Código de Comercio, a los seis meses contados desde la fecha en que *Jorge Iván Merizalde Soto* remitió a *Cacharrería Mundial S. A.*, en seis (6) de agosto de mil novecientos setenta y cuatro (1974), el resumen de los asientos finales en carta bajo recibo, no rechazada por *Cacharrería Mundial S. A.*, dentro de los quince días hábiles subsiguientes.

"*Tercera.* Es exigible, con efectos a quince días después del seis (6) de agosto de mil novecientos setenta y cuatro (1974), el saldo no impugnable de la *cuenta corriente* de 'Cacharrería Mundial S. A.', a cargo de ésta y a favor de Jorge Iván Merizalde Soto, en los libros de contabilidad de éste, por cuantía de cinco millones seiscientos dieciocho mil ciento cincuenta y dos pesos con sesenta centavos ($ 5.618.152,60), más sus intereses comerciales.

"*Cuarta.* Jorge Iván Merizalde Soto tuvo justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato que había celebrado el diecinueve (19) de octubre de mil novecientos setenta

y dos (1972) con Cacharrería Mundial S. A. y por consiguiente tiene derecho a que ésta le pague los daños derivados de la cancelación extemporánea de este contrato, entre ellos expresamente el lucro cesante probado o que se pruebe por el sistema señalado en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

"*Quinta*. Jorge Iván Merizalde Soto ha sufrido perjuicios morales y materiales, que *Cacharrería Mundial S. A.*, deberá indemnizarle en la cantidad probada o que se pruebe por el sistema señalado en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, por razones de difamación de ejercitación contra aquél de 'medios o sistemas tendientes a desacreditar a un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios', y se conmina a *Cacharrería Mundial S. A.*, para que en lo sucesivo se abstenga de verificar nuevos actos de competencia desleal contra *Jorge Iván Merizalde Soto* y contra su establecimiento *Pinturas J. M.* o los productos de *Pinturas Sherwin Williams* que él distribuye.

"*Sexta*. Se condena a *Cacharrería Mundial S. A.* a las costas del proceso.

"*Séptima*. *Absuélvese* a Jorge Iván Merizalde Soto de los cargos de la *demanda* presentada por *Cacharrería Mundial S. A.*".

A su vez la contrademandada Cacharrería Mundial S. A., en la contestación al escrito de mutua petición expresó:

"*Excepciones*. Contra las pretensiones del demandante propongo las siguientes *excepciones* que constituyen hechos impeditivos para que la demanda pueda prosperar.

"*Primera*. La existencia de la figura *agencia comercial* fundamento principal de las pretensiones del demandante. Ello se demuestra, además de lo ya dicho en el cuerpo de esta contestación por las razones de hecho y de derecho que expongo a continuación:

"Las partes suscribieron un contrato el 19 de octubre de 1972, y libremente el actor aceptó el negocio jurídico propuesto que excluyó especialmente el carácter o condición de agente de parte del actor. En efecto la cláusula VI del contrato dice así: *No representación. El distribuidor* no será en ningún caso representante, agente o mandatario del *vendedor* ni de *Compañía Pinturco S. A.*, y en consecuencia *sólo* contrae las obligaciones estipuladas en este contrato y las específicas que de acuerdo con el *vendedor* en contratos de venta de que trata la cláusula primera, letra 'g' de este documento.

"Bastaría pues esta declaración y el documento que la contiene para dejar establecido irrefutablemente la no existencia de una *agencia comercial*...".

"II. El contrato de agencia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1320 del Código de Comercio debe 'contener la especificación de los poderes o facultades del agente' requisito este que en ninguna parte aparece en el contrato, por el contrario ellos fueron excluidos. Así que faltando uno de los elementos que integran esta figura jurídica de la agencia comercial, ésta no existe, así el contrato sea de suministro, o que incorpore otros elementos comunes a diversos tipos de contratos, reglamentados o no en el Código de Comercio...".

"*Segunda*. No existencia de la figura jurídica *cuenta corriente*.

"Además de las razones ya expuestas conviene sin embargo hacer los siguientes comentarios adicionales:

"El artículo 1245 del Código de Comercio describe, para definirlo, el contrato de cuenta corriente, en los siguientes términos: 'En virtud de contrato de cuenta corriente, los créditos y débitos derivados de las remesas mutuas de las partes se considerarán como partidas indivisibles de abono y de cargo en la cuenta de' cuentacorrentista, de manera que el sólo saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituirá un crédito exigible. La clausura y la liquidación de la cuenta en los períodos de cierre no producirán la terminación del contrato, sino en los casos previstos en el artículo 1261'...".

"*Tercera*. Incumplimiento del contrato. 'El demandante en reconvención incumplió el contrato suscrito el 19 de octubre de 1972, al ponerle término sin el preaviso convenido, conforme a la cláusula III, y también incumplió los contratos de compraventa al no pagar el precio pactado dentro de los plazos que libremente aceptó. Me remito para sustentar esta excepción a lo expuesto en la demanda principal y a las pruebas relativas al incumplimiento'.

"*Cuarta*. La genérica en virtud de todo hecho que resulte probado y que la ley le reconozca efecto extintivo a la obligación si alguna vez existió.

"*Quinta*. Prescripción.

"*Sexta*. Pago".

El Tribunal, como se vio al extractar su fallo, encontró que no existía base para reconocer ninguna de las pretensiones de la demanda principal ni de la de mutua petición, excepto la de que se declárase haber existido, entre Cacharrería Mundial S. A. y Jorge Merizalde Soto, un contrato de agencia comercial, pretensión que el Tribunal entendió que estaba ejercitada en la contrademanda. Al respecto dijo lacónicamente en la sentencia:

"Se impone el acogimiento de las súplicas de la demanda de reconvención en lo que concierne a la declaratoria de existencia del contrato de agencia comercial y de consiguiente al demandante en reconvención se le ha de reconocer en razón de la terminación del contrato de agencia, la prestación consagrada en el inciso 1º del artículo 1324 ramas veces citado".

Ahora bien, como el Tribunal, en desarrollo de su potestad interpretativa de la demanda, apreció que en el libelo de mutua petición se había solicitado que se declárase expresamente que las relaciones comerciales que ligaban a las partes, se originaban en la existencia de un contrato de agencia comercial, la declaración de haber existido este contrato mercantil no comporta error *in procedendo*, ya que ese pronunciamiento se debió a que el Tribunal, aunque erradamente, entendió que en la contrademanda se había solicitado que así se declárase.

Si esa resolución del Tribunal, en consecuencia, como lo sostiene el censor se originó en mala apreciación del *petitum* de la demanda de reconvención, ello constituiría un error *in judicando*, alegable por la causal primera, y no un yerro *in procedendo*.

Pero si lo anteriormente expuesto es válido con relación a que se hubiera solicitado la declaración de existir entre las partes agencia comercial, no puede decirse lo mismo con relación a la condena a pagar la mal llamada resultía de los comerciantes, condena que el Tribunal fulminó como consecuencia de aquella declaración. En verdad el demandado reconviniente en ningún momento solicitó que se condenara a Cacharrería a pagarle la prestación del artículo 1324 del Código de Comercio, inciso 1º. Su solicitud, por el contrario, se encaminó a que se declarara que "tuvo justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato que había celebrado el 19 de octubre de 1972 con Cacharrería Mundial y, que, por consiguiente, tiene derecho a que ésta le pague los daños derivados de la cancelación (sic) extemporánea de ese contrato".

En tales circunstancias, si Jorge Merizalde Soto únicamente pide que se le indemnice por el daño que le causó la sociedad demandante al modificar arbitrariamente el contrato, lo que le permitió a él darlo por terminado con justa causa, no es posible, sin incurrir en incongruencia, condenar a Cacharrería al pago de la prestación especial que consagra el artículo 1324, inciso 1º, del Código de Comercio para cuando simplemente termina el contrato, cosa bien distinta de la indemnización adicional que prevé la misma disposición en su inciso segundo para cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato sin justa causa comprobada, o para cuando el agente lo termine por justa causa imputable al empresario, caso este último que, sin necesidad, se contempla nuevamente en el texto del artículo 1327 siguiente.

En efecto, el artículo 1324 del Código de Comercio dispone:

"El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o el promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.

"Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.

"Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.

"Si es el agente el que da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, no tendrá derecho a indemnización o pago alguno por este concepto".

Y el artículo 1327 siguiente, con derroche impropio de la técnica legislativa repite lo ya dicho en la parte final del segundo inciso del artículo antes transcrito, al preceptuar:

"Cuando el agente termine el contrato por causa justa provocada por el empresario, éste deberá pagar aquél la indemnización prevista en el artículo 1324".

No podía, pues, el Tribunal, sin exceder las facultades propias del fallador, condenar a pagar la prestación del inciso 1º del artículo 1324 copiado arriba, pues eso no le fue pedido. Lo que se le solicitó fue cosa bien distinta: que, por cuanto el contrato lo había terminado el agente de modo unilateral por causas originadas en el incumplimiento culpable del empresario, éste fuese condenado a pagarle "los daños derivados de la cancelación extemporánea de ese contrato".

Para la Corte, la prestación que consagra el artículo 1324 inciso 1º, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez éste haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando quede incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias, no pueda renunciarlo y luego que hacerlo efectivo necesariamente. Si esta prestación es un derecho disponible una vez terminado el contrato, resulta evidente que para concederlo judicialmente es menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no haya específica solicitud al respecto, el Juez no puede hacer esa condenación.

Viene de lo anterior que si el Tribunal, por haber interpretado que se le pedía que declarase la existencia de un contrato de agencia comercial, lo declaró así y, "consecuencialmente", condenó al empresario a pagar al reconventor la prestación a que se refiere el artículo 1324 citado en su inciso 1º, con esto último incurrió en desvío de juzgamiento, pues concedió algo que no le fue solicitado.

En ese punto, entonces, el Tribunal incurrió en inconsonancia, motivo que llevará a la Corte a la casación del fallo para modificarlo en ese aspecto específico.

Cargo tercero. Está enunciado de la siguiente manera: "*La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial: los artículos 1846, 1602 a 1603, 1613 a 1615, 1928 a 1930 del Código Civil (artículos 2º y 822 Código de Comercio) y 870 a 871, 923, 947, 968 y 972 a 973 del Código de Comercio, por falta de aplicación, y los artículos 1317, 1334, inciso 1º, 1526 y 1331 Código de Comercio, por aplicación indebida, a causa de error de hecho manifiesto en la apreciación de los contratos de 19 de octubre de 1972 y de 25 de enero de 1965.*

"En efecto, aun en el supuesto, en verdad insostenible, de que fuese menester la calificación de la naturaleza del contrato mencionado para el reconocimiento de su violación por el demandado y de la ejecución por la misma parte de las compraventas posteriores, y para la condena indemnizatoria consiguiente, como también, que esa calificación bastara para por fuerza de los linderos ciertos del proceso, otorgarle al reconviniente el carácter de agente y concederle prestaciones no pedidas por él, es incuestionable que el contrato de 19 de octubre de 1972, sobre cuya existencia, prueba y texto no se ha debatido, pues partes y juzgadores coinciden a plenitud en ello, no permite que se le califique y trate como de agencia mercantil, de donde se sigue que esa denominación y ese tratamiento por parte del Tribunal significan una contraevidencia.

"A contrariedad del tenor literal de su texto, de la intención prístina de las partes, vertida reiteradamente en varias cláusulas del mismo y apreciable en su antecedente de enero de 1965; en contradicción con la aplicación práctica que ellas dieron uno y otro pacto (artículos 822 Código de Comercio y 1618 a 1622 Código Civil), lo que no era ni podía ser agencia mercantil, tanto porque así lo dispusieron expresamente los contratantes, como porque la naturaleza genuina de sus estipulaciones es otra, se convirtió, en agencia en gracia del interés del pretendido agente, que 'iras de fracasar en su demanda como 'agente laboral' ante la jurisdicción competente (cuaderno 7º, folios 299 a 310)', insiste acá en esa denominación, con terquedad que no llega a verterse en ninguna súplica (la única que plantea es la de justificación de la terminación del contrato de 19 de octubre de 1972, pero sin darle apelativo alguno —1º de la reconvención—), y solamente en fuerza de una verdadera obsesión pasional del juzgador".

Luego expresa el censor que el tema para decidir era el del incumplimiento del contrato que suscribieron las partes el 19 de octubre de 1972, sin que para ello fuera menester calificar la naturaleza del mismo, su denominación; que "no errada la calificación que hizo el Tribunal al considerar el contrato como agencia comercial, puesto que las partes se obligaron así: La Cacharrería Mundial a vender a Jorge Merizalde, el distribuidor, productos producidos por Compañía Pintuco S. A., con el objeto de "revenderlos" o no, con estipulación expresa de que el distribuidor "no será en ningún caso su representante, agente, o mandatario" y que, por tanto, solamente contrae las obligaciones que allí se estipulan de manera concreta; que el distribuidor, según la cláusula 8ª "no está obligado por medio de este contrato a realizar ningún tipo de promoción, ya sea de servicio técnico o de pro-

paganda y publicidad. Estas actividades normalmente las desarrolla la empresa fabricante de los productos".

Con estas bases, el casacionista afirma: "Fueron las propias partes quienes, de común acuerdo, no sólo denominaron de modo distinto de agencia su contrato y declararon expresamente que 'el distribuidor' —'comprador'— no era ni sería *agente* del 'vendedor', sino quienes, además, en general y específica e iterativamente, estipularon que las ventas serían en firme, que el comprador no contraía obligación ni de comprar, ni de revender, en sí ni en cantidad determinada o determinable, ni de 'promover o explotar negocios en un determinado ramo', ni obraría por cuenta del fabricante o de la depositaria o vendedora. ¿Cómo entonces, no digo ignorando esas cláusulas, ese texto y esa actitud, sino más bien, prescindiendo expresamente de ellos, el contrato, que no era ni podía ser de agencia, resultó de agencia?".

Después de transcribir pasajes de la sentencia recurrida, el censor expresa que el Tribunal cometió error de hecho en la apreciación del contrato que suscribieron las partes (folios 12 y 13 del cuaderno 1º) lo mismo que de su antecedente (folio 11, ibídem), pues donde el texto del convenio dice que el distribuidor "no es agente" de Cacharrería Mundial S. A., el Tribunal ve que "sí es agente"; el *ad quem* dedujo celebración de contrato de agencia comercial de un documento que no expresa tal, pues el contrato pactado por las partes no fue ese sino otro muy distinto.

La Corte considera

El auge del comercio es hoy un axioma. Día a día se superan las técnicas de producción, transformación, distribución, abreviando los procesos, mejorando los productos y aumentando los niveles de productividad. Ha crecido en forma desmesurada la oferta de cosas y servicios, si se la compara cuantitativamente con el pasado. Y del mismo modo, no sólo por razón de un aumento significativo en la población mundial, sino también por las modalidades que ofrece la vida moderna, la demanda de cosas y servicios ha crecido de modo singular. Si en el pasado era posible y corriente que el mismo fabricante expendiera directamente sus productos, ya que era común que la misma persona realizara las actividades propias de la producción, las de transformación y después las de expendio, hoy tal acontecer es la excepción, pues la tendencia a la división del trabajo, a la especialización en las distintas etapas de los procesos fabriles o mercantiles, la extensión de los mercados, las distancias entre los centros de producción y los de consumo, la dificultad de atender a la demanda en regiones apartadas, etc., ha creado la necesidad de que el comercio encuentre nuevas maneras de intermediación a través de agentes viajeros, comisionistas, propósitos, suministrados, compradores mayoristas, concesionarios, distribuidores, depositarios, etc.

Una de estas formas modernas de intermediación es la agencia comercial que, por primera vez en Colombia, fue reglamentada en el actual Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), contrato de agencia que entró a regir desde el 27 de marzo del mismo año por disposición del artículo 2038 de aquel Código.

Siguiendo muy de cerca la legislación italiana (artículo 1742), el legislador extraordinario colombiano dispuso en el artículo 1317 del nuevo Código de Comercio que "por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

"La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente".

Al puntualizar el legislador que el agente comercial asume el cargo de manera estable, con ello precisó que éste se diferencia del simple mandatario, ya que el segundo no tiene encargo duradero, carece de estabilidad, desde luego que el objeto de la gestión que se le encomienda es la celebración de uno o más actos de comercio que agotados producen la terminación del mandato, en tanto que el agente comercial se le encomienda la promoción o explotación de negocios en una serie sucesiva e indefinida que indica estabilidad, lo que también lo diferencia del comisionista, que es la persona a quien se encomienda la ejecución de uno o varios negocios en el ramo a que se dedica profesionalmente, los que debe celebrar a nombre propio, pero siempre por cuenta del comitente.

Como el agente comercial asume el encargo en forma independiente, lo que lo faculta para desarrollar su actividad sin tener que estar subordinado al empresario o agenciado, pudiendo escoger y designar sus propios empleados y los métodos de trabajo, teniendo potestad para realizar por sí o por medio de personal a su servicio

el encargo que se le ha confiado, es claro que el contrato de agencia comercial se distingue claramente del contrato de trabajo en que a diferencia del agente, el trabajador queda vinculado con el patrono bajo continuada dependencia o subordinación.

La definición dada en el artículo 1317 transcrito antes, redujo indiscutiblemente el campo de las actividades que ahora pueden denominarse jurídicamente agencia comercial. En el pasado y aún ahora, en el lenguaje común se calificaba como agente comercial a toda persona, natural o jurídica, que de alguna manera atendía a la actividad de intermediación, como representante, concesionario, distribuidor o simple vendedor mayorista de productos fabricados por otro comerciante. En el lenguaje jurídico actual, sólo puede entenderse como agente comercial al comerciante que dirige su propia organización, sin subordinación o dependencia de otro en el manejo de la empresa o establecimiento comercial a través del cual promueve o explota, como representante, agente o distribuidor, de manera estable, los negocios que le ha encomendado un empresario nacional o extranjero en el territorio que se le ha demarcado.

La función del agente comercial no se limita, pues, a poner en contacto a los compradores con los vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, desde luego que, a través de su propia empresa, debe, de una manera estable e independiente, explotar o promover los negocios de otro comerciante, actuando ante el público como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos. O como ha dicho Joaquín Garrigues, el agente comercial, en sentido estricto, "es el comerciante cuya industria consiste en la gestión de los intereses de otro comerciante, al cual está ligado por una relación contractual duradera y en cuya representación actúa, celebrando contratos o preparando su conclusión a nombre suyo". Esta función específica del agente comercial tiende, como lo ha dicho Pérez Vives, a "conquistar, conservar, ampliar o recuperar al cliente" para el agenciado o empresario. Según la feliz expresión de Ferrara, el agente es un buscador de negocios; su actividad consiste en proporcionar clientes.

Las notas características de este contrato de agencia, surgidas de su definición, se ven precisadas en el cuerpo de los artículos que integran el capítulo V del título 15 del libro 4º del Código de Comercio. En efecto, del estudio en conjunto de estas normas, se advierte que el agente comercial tiene plenamente definidos sus perfiles, que está cabalmente individualizado, de tal manera que ya no es posible confundirlo con auxiliares del comercio que ejercen actividades semejantes, aunque tengan facetas similares.

Y aunque en la definición no esté expresado de manera contundente que el encargo que asume el comerciante independiente por el contrato de agencia, es el de promover o explotar negocios que han de ser realizados en beneficio exclusivo del empresario, los que éste ha de celebrar directamente, si al agente no se le dio la facultad de representarlo, es lo cierto que estas características surgen de lo dispuesto en los artículos 1321 y 1322 del Código de Comercio, donde se estatuye, sin perjuicio de la independencia de que goza, que el agente debe ceñirse, al ejecutar el encargo, a las instrucciones que le haya dado el empresario a quien debe rendir "las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio"; que el agente tiene derecho a la remuneración pactada "aunque el negocio no se lleve a efecto por causas imputables al empresario o cuando éste lo efectúe directamente... o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio", todo lo cual indica que el agente conquista, reconquista, conserva o amplía para el empresario y no para él mismo, la clientela del ramo, y que los negocios que para este fin promueva o explote deben ser definidos directamente por el empresario, o por el agente actuando a su nombre, si para ello tiene facultad.

Explicando las posiciones que puede adoptar el fabricante en relación con la venta de sus productos, Ferrara ha dicho que el mercadeo lo puede hacer por medio de sus propios empleados, quienes actúan como agentes viajeros, o a quienes instala en sucursales o dependencias en distintos territorios, casos en los cuales aquél asume un doble riesgo: "el de que las mercancías permanezcan sin vender y el de que le resulten excesivas las expensas de la organización que crea para la venta". Que puede también vender, con menor utilidad, toda su producción a un comerciante al por mayor que asume el doble riesgo antes mencionado. Y que finalmente, "puede asumir el riesgo de la venta de sus propios productos, descargando en otro u otros el riesgo de los costos de la organización para la venta en varias zonas. Es cuando surge el contrato de agencia. El agente comercial asume precisamente el deber de organizar a su propio riesgo y en condiciones

de autonomía la colocación de los productos o servicios ajenos".

En el caso de que el agente comercial invierta, en forma independiente y estable, el encargo de promover, como distribuidor del ramo de pinturas, la enajenación de los productos de determinada fábrica en el territorio previamente demarcado, entonces su actividad se concentraría en conquistar nueva clientela para la firma cuyos productos se ha encargado de distribuir, o en reconquistar la vieja clientela, o en conservar la actual o en aumentarla; pero resultaría claro que las pérdidas que pudieran arrojar las ventas de los productos agenciados correrían por cuenta del fabricante o empresario y no las cargaría el agente, desde luego que por el contrato de agencia, como se deduce de lo dispuesto por la reglamentación legal colombiana, el agente asume el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo, ya como representante o agente de un empresario nacional o extranjero, ya como fabricante o distribuidor "de uno o varios productos del mismo". Quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro, al realizar su venta en una determinada zona no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios.

La diferencia es bien clara: el distribuidor que actúa como agente comercial se ve beneficiado o perjudicado las alzas o bajas que puedan sufrir los productos que promueve, como quiera que la propiedad de éstos en ningún momento del proceso de mercadeo pasa a ser suya, sino que del dominio del fabricante o empresario pasa al de la clientela sin que el agente tenga que adquirirlos. Por el contrario, cuando el distribuidor ha adquirido para sí los productos que promueve, resulta claro que un aumento en los precios de venta después de que sean suyos, le beneficia directamente, de la misma manera que lo perjudicaría una baja en las mismas circunstancias. El agente comercial, entonces, que distribuya, coloca en el mercado productos ajenos, no propios.

Todo lo anterior explica por qué el artículo 1320 ibídem exige que, en el contrato de agencia se especifiquen los poderes o facultades que el empresario concede al agente; por qué el siguiente artículo obliga al agente a rendir al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio; por qué en el artículo 1322 ibídem, se garantiza al agente su remuneración, aunque el negocio no se celebre por las causas allí dichas, o cuando el empresario "lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente".

Y como por el contrato de agencia, el empresario obtiene que los costos de la organización para la enajenación de sus productos, corran por cuenta del agente que por ello en ese campo "actúa en forma independiente", se explica por qué el artículo 1325 del Código de Comercio establezca que salvo estipulación en contrario, el empresario no estará obligado a reembolsar al agente los gastos de agencia. Finalmente, como el agente promueve negocios de productos ajenos y no propios, se explica por qué el artículo 1326 ibídem le concede derecho de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición.

Véase entonces, si al analizar los contratos suscritos por Cacharrería Mundial y Jorge I. Merizalde Soto, el Tribunal incurrió en las infracciones que se le endilgan.

En sus pasajes principales este es el texto del contrato suscrito el 19 de octubre de 1972, entre Cacharrería Mundial, como vendedor, y Jorge Merizalde, como distribuidor:

"1º Objeto. El vendedor se obliga a vender a 'El distribuidor' y éste a comprarle, los productos que fabrica *Compañía Pinturo C.P.A.*, con el fin de revenderlos, al tenor de las siguientes condiciones generales:

"a) ...

"b) Preferencia: *El Distribuidor* tendrá una preferencia no exclusiva que consiste en que *El Vendedor*, dentro de la zona geográfica comprendida por el Departamento o ciudad de *Medellín* y durante la vigencia de este contrato, no concederá esta misma clase de contrato a un número de distribuidores que sobrepase en un ciento por ciento (100%) al que actualmente está vinculado por la misma clase de relación contractual. Esta preferencia sólo tendrá aplicación en zonas geográficas que a la fecha estén servidas por 1 o más distribuidores.

"c) Garantía: *El Vendedor* garantiza a *el Distribuidor* que dentro de la zona que le ha sido fijada a éste no venderá productos de la misma clase y marca a precios distintos de los de la lista vigente fijados por la empresa fabricante, *Compañía Pinturo C.P.A.*, para ventas al por mayor y al detal. En cuanto a las primeras sólo podrá efectuarlas dentro de las mismas con-

diciones fijadas en la reglamentación correspondiente expedida por *Compañía Pintuco C.P.A.*

"d) Exclusividad: *El Distribuidor*, garantiza a *'El Vendedor'* que en desarrollo de este contrato sólo venderá de la clase de productos a que se refiere esta cláusula, los que fabrica *Compañía Pintuco C.P.A.*, en forma estrictamente exclusiva.

"e) ...

"f) ...

"g) Condiciones específicas: En ejecución de este contrato, los contratos de compraventa que se realicen entre las partes, estarán sujetos a las condiciones específicas que por escrito se determinen, en cuanto a precios, descuentos, plazos, y demás modalidades, entendiéndose que *El Vendedor* podrá hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 926 del Código de Comercio, sin que por ello esté obligado al pago de indemnización alguna a *'El Distribuidor'*...

"II. *Plazo*. El plazo de duración de este contrato es de un año, pudiéndose prorrogar por términos iguales y sucesivos si cualquiera de las partes no manifestare a la otra parte su voluntad de no prorrogarlo.

"III. *Terminación*. Durante la vigencia de este contrato cualquiera de las partes podrá darlo por terminado, dando un aviso previo no inferior a un mes, a la otra parte.

"IV. *Terminación intempestiva*. El vendedor, sin necesidad del preaviso a que se refiere la cláusula anterior, podrá terminarlo si al comunicar su decisión expresare que 'el Distribuidor' ha incumplido cualquiera de las condiciones generales de este contrato o de las específicas que se pacten en los contratos de compraventa que realicen las partes.

"V. *Perjuicios*. No habrá lugar a reconocimiento y/o pago de ninguna clase de perjuicios, por ninguna de las partes, que puedan tener origen en la decisión de terminar este contrato, ya sea con base en cualquiera de las facultades prescritas en las dos cláusulas precedentes.

"VI. *No representación. El Distribuidor no será en ningún caso representante, agente o mandatario de El Vendedor ni de* Compañía Pintuco C. P. A., *y en consecuencia sólo contrae las obligaciones comerciales estipuladas en este contrato y las específicas que acuerde con 'El Vendedor' en contratos de venta de que trata la cláusula primera, letra 'g' de este documento*. (Subrayas de la Corte).

"VII. *Aclaración*. A pesar de que en la cláusula primera de este contrato se dice que 'El Distribuidor' en ejecución del mismo, las compraventas que efectúe tiene la finalidad de la reventa, *ésta no es obligación que contrae y así, estará a su arbitrio volver a vender o no*. Sin embargo, si realizare la venta se sujetará a las condiciones específicas sobre precios y descuentos que fije *Compañía Pintuco C. P. A.* (Subrayas de la Corte).

"VIII. *Servicio y propaganda*. El Distribuidor en la actividad de venta que realice a su clientela *no está obligado por medio de este contrato a realizar ningún tipo de promoción, ya sea de servicio técnico o de propaganda y publicidad*. Estas actividades normalmente las desarrolla la empresa fabricante de los productos, a su juicio discrecional, lo que no obsta para que, ya sea *El Distribuidor* o sus clientes, lo soliciten y obtengan de *Compañía Pintuco C. P. A.* (Subrayas de la Corte).

"..... .....

"XI. *Sustitución*. Este contrato anula y sustituye todo anterior contrato de distribución existente entre las partes.

"... ... ...".

Y el contrato que las mismas partes habían suscrito en enero 25 de 1965, rezaba así:

"Contrato de distribución entre *Cacharrería Mundial*, Germán Saldarriaga & Cía., en su carácter de depositarios y representantes autorizados de *Pinturas Colombianas, Pintuco*, y la firma mencionada arriba, quien actuará en lo sucesivo como Distribuidor autorizado de las siguientes líneas:

"*Pintuco*. Línea general de pinturas y productos auxiliares.

"*Pintulaca*. Línea de lacas para automóviles y para madera.

"*Papagayo*. Línea de pinturas.

"II. Sobre los precios de las tarifas en vigor, el distribuidor recibirá los siguientes descuentos y condiciones:

"Línea *Pintuco*. 20% de descuento y 60 días de plazo.

"Línea *Pintulaca*. 25% de descuento y 60 días de plazo.

"Línea *Papagayo*. 30% de descuento y 60 días de plazo.

"En caso de pago de contado el distribuidor recibirá un descuento adicional del tres por

ciento (3%), entendiéndose por pago al contado el que se efectúe dentro de los 10 días siguientes a la fecha de la factura.

"III. Los productos serán entregados en el domicilio del distribuidor siendo los fletes y el seguro por cuenta de Pinturas Colombianas, *Pintuco*, siempre que el valor de cada despacho sea superior a $ 650.000 neto. Si el valor fuere inferior, los fletes y el seguro serán por cuenta del distribuidor. La fábrica cubre el valor de los fletes usuales de las compañías de transportes terrestres, si el distribuidor desea cualquier variación, como despacho por vía aérea, la diferencia de fletes será por su cuenta.

"IV. El distribuidor se obliga a efectuar sus ventas a los precios de la tarifa oficial de la fábrica que esté en vigor, aplicando los descuentos permitidos que figuran en el anexo. 'Condiciones de venta' el cual hace parte integral de este contrato, tarifa y anexo que la fábrica puede modificar a cualquier momento. En estas condiciones el distribuidor se obliga a no encarecer ni rebajar los precios que correspondan a cada categoría de compradores conforme al *anexo* 'condiciones de venta'.

"V. El distribuidor se obliga a someter a la aprobación de los depositarios el nombramiento de todo subdistribuidor a quien le venda los productos Pintuco en las condiciones previstas en el presente contrato y en su anexo.

"VI. La firma del presente contrato obliga además al distribuidor a:

"1º No alterar en ninguna forma los precios, descuentos y condiciones especificados por la fábrica a sus depositarios.

"2º No expender directa ni indirectamente ninguna otra marca de pinturas y productos cobijados por este contrato, a menos que se trate de saldos de antigüedad comprobada y sobre los cuales exista convenio escrito entre el distribuidor y los depositarios de Pintuco.

"3º Hacer respetar los precios de la tarifa oficial de la fábrica y las condiciones de venta por parte de los comerciantes que actúen como subdistribuidores suyos y atender inmediatamente la orden de suspensión de despachos que pueda ser dada por la fábrica a sus depositarios en caso de comprobarse que un subdistribuidor está vendiendo a precios y condiciones diferentes a los autorizados.

"4º A los distribuidores y subdistribuidores les queda prohibido hacer cambios de productos Pintuco por otras mercancías o especies y solamente podrán efectuar la venta a cambio de dinero efectivo.

"VII. Este contrato se entiende por período indeterminado y podrá darse por finalizado a voluntad de cualquiera de las partes. Será de todas maneras causa de cancelación del contrato la violación por parte del distribuidor de cualquiera de las enumeradas en este contrato, sin que la fábrica o sus depositarios estén en la obligación de comprobarlas pudiéndose basar para esa cancelación en los informes dados por sus propios funcionarios y empleados.

"VIII. La cancelación del contrato por parte de la fábrica, cualquiera que sea la causa determinante, no dará lugar a indemnización de ninguna naturaleza en favor del distribuidor y la fábrica o sus depositarios podrán exigir la devolución de las existencias en poder del distribuidor si la cancelación del contrato se hace por violación de las condiciones de venta mencionadas en el punto VI. En este caso las existencias serán pagadas a los precios netos a que fueron adquiridas por el distribuidor.

"IX. Este contrato anula y reemplaza las anteriores".

Conocidas las cláusulas que contiene la voluntad conjunta de las partes y sin necesidad de entrar a calificar el pacto que ajustaron, sin que sea menester precisar si es contrato nominado o no, o si es mixto, concluyese que, de todas maneras no es uno de agencia comercial, como quiera que el llamado distribuidor, no obstante la preferencia pactada en su favor, era propietario pleno de las mercancías que regaba en el mercado, que el distribuidor por expresa voluntad de los contratantes, no tenía ni la calidad de representante, ni la de agente, ni la de mandatario; que compraba para revender o no; y, en fin, que no estaba obligado, por disposición expresa, "a realizar ningún tipo de promoción, ya sea de servicio técnico o de propaganda y publicidad".

Al considerar, entonces, que existió contrato de agencia donde no lo hay, el Tribunal incurrió en los yerros jurídicos que la censura le endilga, por lo cual se impone casar en ese punto el fallo recurrido.

B. *La demanda de Jorge Iván Mejía Solo*

Contiene dos cargos contra la sentencia del Tribunal, de los cuales el primero se enuncia así: "Causal primera del artículo 368 del Có-

digo de Procedimiento Civil, por haber incurrido la sentencia en error de hecho en la apreciación de pruebas que adelante citará y que lo condujeron a violar por falta de aplicación, los artículos 1325, 1324, 1327, 1330, 1331, 871, 868, 870, 822 y 972 del Código de Comercio; 1622, 1534, 1536, 1602, 1603, 1609, 1546, 1618 a 1615 del Código de Comercio y aplicación indebida del 1608 del Código de Comercio.

"El Tribunal en la parte resolutiva del fallo acusado modifica los numerales 7º y 8º de la sentencia del *a quo* y en su lugar declara que la terminación del contrato por parte de Jorge Iván Merizalde Soto fue unilateral y sin causa justificada y en consecuencia no condena a Cacharrería Mundial a pagar la indemnización del inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio.

Alega el censor que bajo la cuarta de las peticiones de la contrademanda, Jorge Merizalde Soto, solicitó que expresamente se declarara por el juzgador que, con justa causa, dio por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial y que, por tanto, tiene derecho a las indemnizaciones que consagra el artículo 1324 del Código de Comercio "en sus dos incisos".

El contrademandante, en carta de 20 de junio de 1974 que obra al folio 23 del cuaderno 3º, y "que no fue estimada por el Tribunal", fundó la terminación unilateral en que Cacharrería Mundial por su sola voluntad y sopresivamente, como consta en la circular de 22 de mayo de 1974, limitó el crédito usual en la forma de pago de las facturas, circular "que tampoco fue estimada por el Tribunal" y que obra al folio 20 del mismo cuaderno y en la que se comunica la reducción a 45 días del plazo de 60 que se venía otorgando a los distribuidores para la cancelación de las facturas por compra de productos "Pintuco". Agrega el impugnante que la Cacharrería, como se ve en las facturas que obran a los folios 4 y 7 del cuaderno número 8º, 74 y 75 del 7º y 218 y 223 del 6º, anticipó la vigencia de la reducción del plazo, pues no obstante que esas facturas están "fechadas en mayo 27 y con vencimiento de julio 6 y julio 10", no se esperó a que finalizara el plazo para poner en vigencia la circular.

También endilga la demanda al Tribunal error de hecho, porque "no fueron tenidas en cuenta" por él las declaraciones de Reynaldo Arroyave y Santiago Saldarriaga, quienes como gerentes de la sociedad demandante aceptan (folio 7 vto. y 15 vto. del cuaderno 4º) que desde mayo se redujo de 60 a 45 días y sin consulta con Merizalde, el plazo para pagar las facturas.

En este punto de su demanda, el censor encuentra que se han acreditado los siguientes hechos:

"1. Que el contrato de agencia comercial venía desarrollándose a base de suministros con plazo para el pago de 60 días.

"2. Que por decisión unilateral de Cacharrería Mundial, comunicada el 22 de mayo de 1974, este plazo se redujo a 45 días.

"3. Que Merizalde se mostró inconforme con esta decisión, la rechazó y reclamó contra ella.

"4. Que Cacharrería insistió en su determinación unilateral según se lee en carta del 5 de junio de 1974.

"5. Que olímpicamente y aun antes de decidir el reclamo de Merizalde, Cacharrería Mundial inició la aplicación de su arbitraria medida de recorte de los plazos".

Luego se pregunta la censura si la compañía demandante tenía facultad para variar unilateralmente los plazos dichos y al efecto copia la cláusula 1ª letra g), del contrato que obra en distintas copias al folio 4 del cuaderno 3º, 5 y 12 del 2º y 15 del 7º, cláusula en la cual se estipula que los precios, descuentos, plazos, etc., serán los que "por escrito se determinen", lo que ha de entenderse como resultado del previo acuerdo de ambas partes, pues así como Merizalde no podía ampliar unilateralmente los plazos, así tampoco podía reducirlos Cacharrería Mundial. De lo cual concluye que el Tribunal cometió error de hecho al entender que la sociedad demandante estaba facultada para variar autónomamente los plazos antes indicados, siempre que los comunicara por escrito.

Más adelante manifiesta el censor que el artículo 1503 del Código Civil sólo es aplicable cuando concurren promitente, estipulante y beneficiario; que el Tribunal erró cuando aseveró que, después de la circular en que se modificaron los plazos, Merizalde obtuvo un buen volumen de mercancías en 23 pedidos, cuando en verdad el volumen decreció notablemente desde entonces y los pedidos fueron inferiores; que la decisión de Cacharrería no fue una propuesta sino una imposición, pues no se consultó el criterio de los distribuidores para variar los plazos mencionados; que la sociedad demandante actuó por las vías de hecho, pues si estimaba que circunstancia imprevista había agravado el cumpli-

miento del contrato con Merizalde, debía haber solicitado su revisión como lo autoriza el artículo 868 del Código de Comercio y no hacer una modificación unilateral e injusta, con violación de lo que expresamente dispone el artículo 972 ibidem.

Para terminar la impugnación el recurrente manifiesta que "el Tribunal ha debido aplicar el artículo 1325 del Código de Comercio en cuanto da derecho al agente de comercio para dar por terminado unilateralmente el contrato en los casos a) y b) del ordinal 2º; y ha debido aplicar también el 1327 en cuanto ordena que en este caso el agente, Merizalde, tiene derecho a que el empresario, Cacharrería Mundial, le pague las indemnizaciones previstas en el artículo 1324 del Código de Comercio y ha debido aplicar también el segundo inciso del artículo 1324 en cuanto ordene una indemnización pericialmente determinada, en el caso de terminación unilateral con justa causa. Y ha debido aplicar el artículo 868 del Código de Comercio, que establece el procedimiento por la revisión de los plazos de prestaciones periódicas, por causas imprevistas.

"Y ha debido aplicar también el 972 del Código de Comercio en cuanto prohíbe que una sola parte, a su sola voluntad, varíe los plazos pactados para la prestación, y en cuanto señala el procedimiento para el caso de desacuerdo, ítem más señala un preaviso prudente cuando una de las partes tenga el derecho, artículo que debió aplicar en desarrollo del 1330 de la misma obra, que tampoco aplicó y es la norma que remite al artículo anterior.

"Y violó por indebida aplicación el artículo 1506 del Código Civil, ya porque no es pertinente a esa materia, ora porque lejos de haber aceptación tácita por parte de Merizalde, hubo rechazo expreso.

"Consecuencialmente fueron infringidas las otras normas citadas en la enunciación del cargo.

"Aspiro a una casación parcial del fallo recurrido, en cuanto modificó los ordinales 7º y 8º de la sentencia del primer grado, y que en su lugar la honorable Corte confirme el fallo del juez de instancia en todas sus partes, porque ha quedado demostrado que Cacharrería Mundial violó el contrato al modificar con su sola y arbitraria voluntad los plazos para el pago y que esta es causal justa para Merizalde haber escrito la carta del 27 de junio de 1974 en que dio por terminada la convención del 19 de octubre de 1972.

"Lo anterior es cierto en cualquier relación contractual que hubiera existido entre Cacharrería Mundial y Jorge Iván Merizalde Soto, por manera que si llegare a ocurrir el caso, y no creo que pueda llegar de que la honorable Corte modifique la nominación del contrato y en lugar de llamarlo de agencia comercial lo clasifique en cualquiera de las otras especies legales que trae el Código, o lo deje simplemente como innominado, tal como contrato de distribución, figura jurídica que no existe en nuestro derecho, también habría lugar a pronunciarse sobre la justicia de Merizalde con la terminación unilateral por acto violatorio de las cláusulas contractuales por parte de Cacharrería y también habría lugar a las indemnizaciones que se regirían no ya por el artículo 1324 del Código de Comercio sino por las normas del 1612 a 1615 del Código Civil, lo que además tiene cabida dentro del pedimento 4º de la demanda de reconvención".

Para resolver, la Corte considera

1. El Tribunal, como está expuesto en la sentencia recurrida, para llegar a la conclusión de que Jorge Merizalde Soto no se fundó en una justa causa para dar por terminado el contrato que lo ligaba con Cacharrería Mundial S. A., y que, por el contrario, esa determinación fue intempestiva, se basó en que, según el documento que se ve a folios 5 y 6 del cuaderno 2º (letra g) de la cláusula 1ª), el empresario podía proponer o introducir variaciones en lo relativo a precios, descuentos, plazos para el pago y demás modalidades, "siempre que se hicieran por escrito", por lo cual Cacharrería actuó dentro de los límites del marco contractual cuando por medio de la circular de 22 de mayo de 1974, comunicó que, a partir del 1º de junio siguiente, el plazo para el pago de facturas sería de 45 días y no de 60, como venía concediéndose; se fundó también el Tribunal en que, a pesar de que Merizalde conoció desde el 17 de mayo de 1974 las variaciones contenidas en aquella circular y no obstante que Cacharrería Mundial le comunicó desde el 5 de junio siguiente que no podía cambiar las variaciones de plazo, intereses y despachos, comunicadas por medio de la circular, "continuó formulando pedidos" que le fueron despachados en número de 23 con expresa indicación en cada factura de que el plazo para el pago sería de 45 días fecha, circunstancia que, para el Tribunal, comporta acogimiento tácito de aquellas modificaciones contractuales, ya que "sólo puede interpretarse como una aceptación de las nuevas condiciones, pues la aceptación en

la concertación de un negocio jurídico, al tenor del inciso 2º del artículo 1506 del Código Civil, puede ser expresa o tácita, y que esta última se presente cuando se dan actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato".

Agrega el Tribunal que si Merizalde no hubiera tenido intención de aceptar estas variaciones del contrato, entonces, desde el 27 de mayo de 1974, fecha en que conoció la circular por medio de la cual se notificaron, o al menos desde el 5 de junio siguiente, cuando la Cacharrería le comunicó que no podía cambiar los términos de la circular, hubiera suspendido los pedidos y hubiera dado por terminado el contrato por incumplimiento de la contraparte.

Pues bien, como se advierte del estudio del cargo, el censor dejó por fuera de los linderos de su impugnación el más sólido argumento del Tribunal, el consistente en que si Merizalde, después de estar enterado de las modificaciones relativas al plazo para el pago de facturas, intereses moratorios y despachos, continuó haciendo pedidos bajo las nuevas limitaciones, pedidos que alcanzaron a 23, ese es un hecho inequívoco de ejecución de las modificaciones propuestas, hecho que implica aceptación tácita de la variación del contrato en ese punto.

Y aunque en verdad, como lo alega el recurrente Merizalde, lo estipulado bajo la letra g) de la cláusula I del contrato pudiera entenderse, no como que el empresario quedaba facultado para introducir *ab libitum* modificaciones en cuanto a precios, descuentos, plazos y demás modalidades, siempre que las comunicara por escrito, es lo cierto que el Tribunal dijo textualmente que esa cláusula autorizaba al empresario para "proponer o introducir" esos cambios, deducción que no es contraevidente.

Pero sea que ese pasaje contractual deba entenderse exclusivamente de un modo o de otro, el episodio reiterado de hacer 23 pedidos con posterioridad al conocimiento de la introducción de las modificaciones a que refiere la circular de 22 de mayo, sin lugar a duda constituye hecho inequívoco de ejecución del contrato así variado, hecho que comporta una indiscutible aceptación tácita de las modificaciones, más si no se olvida que al atender cada uno de esos pedidos se remitía a Merizalde la correspondiente factura en que está consignado expresamente que el plazo para el pago es de 45 días.

Quedando, pues, incólume el soporte principal de la decisión, aunque, por otro lado, pudieran acogerse errores de los endilgados al fallador, la sentencia no podría ser aniquilada.

Por tanto, el cargo no prospera.

Segundo cargo. Se hace consistir el ataque, fundado en la causal primera, en que, a consecuencia de error de hecho por "no haber considerado y aceptado" las pruebas que adelante se indican, el Tribunal quebrantó, por falta de aplicación, los artículos 1245, 1246, 1248, 1250, 1259 y 1261 del Código de Comercio y 1602 y 1603 del Código Civil y, por interpretación errónea, los artículos 1249 del Código de Comercio y 1715 del Código Civil.

Dice el censor que nuestro Código de Comercio en el título XII regula el contrato de cuenta corriente, pero sin dar una definición del mismo; que al folio 28 y siguientes del cuaderno 3º se ven 22 facturas "que configuran una verdadera cuenta corriente", pues cada una indica movimientos de flujo y reflujo de valores estimables en dinero y transmisibles en propiedad; que en esas facturas se precisan las mercancías que Cacharrería Mundial enviaba a Merizalde y las que éste devolvía; es decir, que existía una doble vía, un movimiento de ida y regreso de los productos Pintuco que Cacharrería suministraba a Merizalde y los que éste devolvía. Afirma el censor que los peritos, al folio 32 vto. del cuaderno 4º, aseveran que la cuenta corriente estaba legalizada, pues se anotan envíos y devoluciones, y que de todos modos había "remesas mutuas" entre las partes, consideradas como partidas indivisibles; agrega que esas remesas mutuas no solamente eran de mercancías, sino también de dinero ya que Merizalde recibía cheques como los que obran al folio 56 del cuaderno 3º y Cacharrería le acreditaba partidas de dinero como se demuestra con los comprobantes de folios 17 y 18 del mismo cuaderno. Insiste el censor en que existió contrato de cuenta corriente entre las partes y en apoyo de su afirmación, alega que los peritos que actuaron en la prueba anticipada (folio 267 del cuaderno 7º), concluyeron que entre Cacharrería Mundial y Merizalde existió cuenta corriente, pues cuando semestralmente se liquidaba la bonificación a Merizalde por gran compra, se hacían simples asientos, sin que el uno cobrara su descuento o el otro extendiera el cheque respectivo; que al finalizar las relaciones comerciales, Cacharrería, sin respetar siquiera el plazo de 15 días y tomando las facturas como un todo indivisible, hace corte de cuentas el 1º de julio de 1974 y envía el extracto a su cuentacorrentista Merizalde, quien lo rechaza dentro de los términos de

los artículos 1250 y 1259 del Código de Comercio. Entonces, para revestir el saldo de la calidad de exigible, la Cacharrería, con citación de su contraparte, solicita la práctica de una inspección judicial.

Más adelante ataca el censor la conclusión del Tribunal en cuanto a que los tres últimos asientos hechos en la contabilidad de Merizalde no obedecieron a operaciones normales de suministro, pues arguye que una de las partidas se originó en la bonificación a que tenía derecho por las grandes compras del primer semestre de 1974; la segunda partida obedece a la prestación mercantil a que todo agente comercial tiene derecho según el artículo 1324 del Código de Comercio, inciso 1º; y la tercera se justifica porque es la indemnización a que se refiere el mismo artículo en su segundo inciso, "por terminación unilateral por justa causa, tal como lo ha alegado Merizalde desde su comunicación a Cacharrería del 20 de junio de 1974".

De lo anterior concluye el recurrente que el Tribunal interpretó erradamente el artículo 1249 del Código de Comercio, lo mismo que el 1715 del Civil, lo cual le llevó a no aplicar el primer precepto y los que en orden le siguen en el Código.

Afirma también que como Cacharrería Mundial ni objetó ni impugnó los saldos que a su cargo le comunicó Merizalde, el extracto de liquidación final que se le hizo conocer por medio de la nota fechada el 6 de agosto de 1974 (folio 29 del cuaderno 5º), es exigible a tono con el artículo 1250 citado antes.

Para cerrar su ataque, la censura expresa:

"Aspiro a que por razón de la casación parcial del fallo de la honorable Corte, en sede de instancia, declare la existencia de la cuenta corriente entre Cacharrería Mundial S. A. y Jorge Iván Merizalde Soto, clausurada el 6 de agosto de 1974, la caducidad del derecho de impugnación del cuentacorrentista Cacharrería y la exigibilidad del saldo de $ 5.618.152.60 que aparece en dicha cuenta corriente al quedar clausurada y en firme".

La Corte considera

1. Las normas de derecho sustancial cuyo quebranto da origen a la causal primera de casación, pueden ser violadas ora por aplicación indebida o por falta de aplicación, ya por interpretación errónea. Los dos primeros conceptos de infracción: la aplicación indebida y la falta de aplicación, pueden dimanar de la comisión de errores de hecho o de derecho que haya cometido el sentenciador, o pueden provenir de desacierto de éste, con independencia de errores probatorios. Entonces la violación de normas de derecho sustancial por los conceptos de aplicación indebida o de inaplicación puede ocurrir por la vía indirecta o por la directa. El tercer concepto, la interpretación errónea, en cambio, sólo puede darse por la vía directa, nunca por la indirecta, como quiera que en casación, ese error hermenéutico sólo se da cuando el sentenciador, a pesar de que para la solución del litigio, escoge y aplica la norma idónea, es decir, la pertinente para dirimir el debate, no obstante hace la aplicación dándole a la norma un sentido o un alcance de que ella misma carece. En casación, la interpretación errónea de un precepto de derecho sustancial, presupone, pues, que dicha norma haya sido aplicada, que ella sea la pertinente para resolver el litigio y que, además, al aplicarla, el sentenciador le haya otorgado sentido o alcance que no tiene.

Brota de lo anterior que no siempre que el fallador yerra en la inteligencia de la norma de derecho sustancial, en casación puede calificarse su actividad como "violación de la norma por interpretación errónea". Así: si el fallador por un equivocado entendimiento de un precepto idóneo, deja de aplicarlo, no lo quebranta por interpretación errónea, sino por "falta de aplicación"; y de la misma manera, si por desacertada hermenéutica aplica norma impertinente, no la viola por interpretación errónea, sino por indebida aplicación. Para que, en casación, el quebranto de norma de derecho sustancial pueda calificarse como "interpretación errónea", es menester que la norma violada sea la pertinente para dirimir la contienda y que haya sido aplicada, pero dándole sentido o alcance de que carece. De otro lado, como esta forma de quebranto sólo puede darse por la vía directa, no cabe formularla a consecuencia de errores probatorios.

2. Ahora bien, si el Tribunal precisamente no aplicó ni el artículo 1715 del Código Civil, ni el 1248, ni el 1249 del Código de Comercio, desde luego que encontró que los créditos recíprocos no eran compensables y que no existió contrato de cuenta corriente entre las partes, resulta evidente que el ataque por interpretación errónea está llamado al fracaso, pues se repite que en casación, no puede darse el quebranto "por interpretación errónea" de norma que no fue aplicada.

3. El resto de la acusación que, desde el punto de vista formal, no ofrece reparos para

la Corte, tampoco tiene poder para anonadar la sentencia recurrida, desde luego que aun en el evento de que se compartieran todas las numerosas razones de la censura, resultaría que el fallo del Tribunal seguiría incólume, porque su principal fundamento, la razón mayor que tuvo para concluir que no existió contrato de cuenta corriente entre las partes, quedó por fuera del marco de la impugnación.

En efecto: el Tribunal, como quedó consignado en el resumen que se hizo de su sentencia, advirtió que, aunque es cierto que las partes se hacían remesas mutuas y que son comerciantes, las remesas que de productos de Pintuco hacía Cacharrería Mundial a Herizalda, tenían, inicialmente, plazo máximo de 60 días para su pago, y después de sólo 45, por lo cual los asientos que de esas remesas se hacían en las respectivas contabilidades no podían considerarse "como partidas indivisibles" de abono o de cargo en la cuenta de cada cuentacorrentista, pues que cada remesa, de cualquier modo que se la considere, constituía un crédito exigible al vencimiento del respectivo plazo. Por tanto, para la exigibilidad del crédito no era menester esperar a la clausura y liquidación de la cuenta.

Si este sólido estribo de la sentencia sigue incólume, entonces ella no podrá ser modificada en este específico punto.

4. A pesar de lo dicho, vale la pena considerar que *el contrato de cuenta corriente, que fue muy bien estudiado por el Tribunal* ad quem, *a partir de la segunda mitad del siglo pasado empezó a ser materia de regulación legislativa. El Estado soberano de Panamá lo reglamentó en el Título 9º del Libro 2º del Código de Comercio de 1869 (artículos 730 a 736), Código que como bien se sabe fue traunto fiel del chileno. Allí se definía la cuenta corriente como contrato bilateral y conmutativo, por el cual una de las partes remite a otra, o recibe de ella, en propiedad, cantidades de dinero u otros valores, sin aplicación a un empleo determinado ni obligación de tener a la orden una cantidad o un valor equivalente; pero a cargo de acreditar al remitente por sus remesas, liquidarlas en las épocas convenidas, compensarlas de una sola vez, hasta concurrencia del débito y crédito, y pagar el saldo (artículo 730).*

Como se ve, desde entonces ya estaban fijadas las principales características de este contrato, cuya utilidad es manifiesta, puesto que permite a quienes tienen frecuentes relaciones comerciales recíprocas, no tener que hacer liquidaciones o pagos parciales por sus mutuas remesas, sino que cada crédito pierde su individualidad particular para fundirse con las demás operaciones que se realicen dentro de un determinado lapso, a cuyo vencimiento se hace clausura de cuentas y, liquidadas las partidas, se determina el saldo, que tiene la característica de señalar cuál de las partes es la deudora y cuál la acreedora. De esta manera se obvian también los inconvenientes que traería la liquidación y pago de cada remesa y especialmente el constante y recíproco desplazamiento de valores que, en virtud de la compensación producida entre los distintos débitos y créditos, sólo demandará un desplazamiento de valores si a la clausura de la cuenta resulta un saldo.

Hoy el nuevo Código de Comercio, acogiendo la definición dada en su artículo 302 por el Código mexicano, estatuyó en el artículo 1245:

"En virtud del contrato de cuenta corriente, los créditos y débitos derivados de las remesas mutuas de las partes, se considerarán como partidas indivisibles de abono o de cargo en la cuenta de cada cuentacorrentista, de modo que sólo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituirá un crédito exigible.

"La clausura y la liquidación de la cuenta en los períodos de cierre no producirán la terminación del contrato, sino en los casos previstos en el artículo 1261".

Nota principalísima de este contrato es, pues, la de que las distintas prestaciones de cada una de las partes, al perder su individualidad, al no poder ser consideradas aisladamente, como dice Joaquín Garrigues, deben tomarse como elementos integrantes de una unidad inescindible, del saldo final, o como está expresado en la disposición últimamente transcrita, "los créditos y débitos derivados de las remesas mutuas de las partes, se considerarán como partidas indivisibles de abono o de cargo en la cuenta de cada cuentacorrentista, de modo que sólo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituirá un crédito exigible". Resulta claro, entonces, que los créditos de una parte, que son débitos para la otra, originados en cada una de sus múltiples relaciones de negocios y que, de ordinario, pudieran considerarse separadamente como nexos jurídicos individuales o relaciones jurídicas con autonomía propia, en virtud del contrato de cuenta corriente pierden su individualidad para convertirse en simples partidas del debe y el haber, en fracciones de un conjunto que sólo al ser liquidado puede arrojar el saldo exigible.

Si ninguna de las partes durante el movimiento de cuentas que producen las remesas mutuas, puede pues considerarse como acreedora o deudora, en tanto no se produzca la clausura y la liquidación de la cuenta que determina quién debe a quién y cuál es el saldo exigible, síguese que los créditos de las partes que deben en todo instante ser considerados como tales; por tener individualidad propia, porque nunca pierden su calidad de autónomos, no pueden ser incluidos como partidas de un contrato de cuenta corriente, desde luego que si respecto de cada uno de ellos se puede saber en cualquier momento quién es el deudor y quién el acreedor, el titular del crédito, sin estar obligado a esperar que llegue la época del corte de cuentas o clausura de las mismas, puede ejercitar todos los derechos que surgen de su acreencia, y puede hacer exigible su derecho crediticio sin tener que esperar que la cuenta arroje un saldo en su favor.

Viene de lo anterior que si cada uno de los créditos en favor de Cacharrería Mundial S. A., originados en las remesas de mercancías que enviaba a Merizalde, tenía individualidad propia, desde luego que allí se expresaba el nombre del deudor y el del acreedor y se indicaba tanto el monto del crédito como el plazo concedido para pagarlo, síguese que no puede hablarse de que Cacharrería Mundial hubiera consentido en algún momento en que todos esos créditos perdieran su identidad para tornarse en partes de un todo indescindible, para que fueran meras partidas de abono o de cargo de un conjunto indivisible que sólo a la clausura de la cuenta sería liquidado para determinar si quedaba o no un saldo a favor de alguna de las partes, saldo que sólo entonces podría ser exigido a la otra.

Lo expuesto enseña que no es posible, por tanto, confundir el "contrato de cuenta corriente", tal como lo regula el Código de Comercio en el Título XII del Libro 4º, con lo que comúnmente se llama "cuenta corriente" y que da origen a la denominada "relación de cuenta corriente", que no es un contrato, sino una situación de hecho que dimana de que dos personas, sean o no comerciantes, tienen créditos y deudas recíprocas que se suceden con frecuencia común, pero sin que llenen las calidades de indivisibilidad exigidas por el artículo 1245 del Código de Comercio. Cuando entre dos personas existen créditos y débitos derivados de remesas mutuas, pero que por conservar su propia individualidad no se tornan en partidas indivisibles de abono o de cargo, entonces la cuenta corriente que se formaría por los respectivos asientos de contabilidad, no constituirá "contrato de cuenta corriente", sino lo que el Código de Comercio del Estado soberano de Panamá calificaba como "cuentas simples o de gestión".

El movimiento de flujo y reflujo de valores estimables en dinero y transmitidos en propiedad, las remesas mutuas que generan créditos y débitos, si no llenan las demás condiciones establecidas en el artículo 1245 del Código de Comercio no constituyen contrato de cuenta corriente, sino meras cuentas simples o de gestión, como son las que existieron entre las partes en este proceso. Por ello, aunque en verdad los peritos afirmaron que existía cuenta corriente entre demandante y demandado, menester es entender, frente a la doctrina expuesta, que ello no implica "contrato" de cuenta corriente, sino cuentas simples o de gestión. Esas cuentas, aunque al decir de los peritos constituían una cuenta corriente, pues los respectivos asientos de las remesas mutuas se habían registrado en los libros de contabilidad de una y otra parte, no constituyen el contrato referido.

Por tanto el cargo segundo deberá también ser desechado.

Sentencia de reemplazo

Como soportes de la decisión que ha de pronunciar como Tribunal de instancia, la Corte presenta los que ya fueron expuestos al despachar las demandas de casación de los recurrentes. Y además ofrece los siguientes:

a) Si Cacharrería Mundial S. A., mediante el escrito que se ve al folio 26 del cuaderno 3º como respuesta a la carta en que Jorge Merizalde le comunicaba que daba por terminado el contrato y que cesaba desde ya en su carácter de titular del establecimiento "Agencia Pintuco" (folios 23 y 24 del cuaderno 3º), declaró expresamente que "dados los términos de su carta, a nosotros no nos queda otro camino distinto del de aceptar esa determinación", con ello dio su asentimiento a la terminación del contrato, sin hacer reserva de que el distribuidor había incumplido obligaciones de las que el contrato había generado para él.

En estas circunstancias resulta entonces patente que no pueden prosperar las peticiones de la demanda principal, encaminadas a obtener una declaración de resolución, con indemnización de perjuicios, por incumplimiento de una de las partes. Como los contratantes aunque sucesiva y separadamente, expresaron su decisión de dar

por terminado el contrato, este mutuo acuerdo fue la fuente de su terminación.

b) Como no prosperaron los ataques contra los que resolvió el fallo de segundo grado relativamente a la demanda de contra petición, las resoluciones del Tribunal en ese punto deben ser sostenidas.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 13 de diciembre de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y, en su lugar, actuando como fallador de segundo grado,

Resuelve

Modifícase la sentencia de primer grado que, por tanto, quedará así:

1º DENIÉGANSE las peticiones tanto de la demanda principal como de la de reconvención, por lo cual no hay lugar a hacer pronunciamientos sobre las excepciones propuestas por una y otra parte.

2º CONDÉNASE a Cacharrería Mundial S. A., a pagar a los demandados Merizalde las costas de ambas instancias relativamente a la demanda principal y condénase a Jorge Iván Merizalde Soto a pagar a Cacharrería Mundial S. A., las costas de ambas instancias con relación a la demanda de reconvención y las del recurso de casación.

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

Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Luis H. Mera Benavides
Secretario Interino.

INDICE

Página

REIVINDICACION DEL DERECHO DE USUFRUCTO. *El nudo propietario está capacitado para ejercer la reivindicación pues es atributo propio de los derechos reales que sus titulares puedan perseguirlos en poder de quien se encuentre la cosa sobre la cual recaen.* Sentencia de 22 de enero de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso interpuesto por Mauro Hincapié María contra Empresas Públicas de Medellín. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper* 5

SIMULACION. *Testigos sospechosos y testigos de oídas. Su valor probatorio. La ley no impide que se reciba declaración de un testigo sospechoso pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se la aprecie con mayor severidad.* Sentencia de 13 de febrero de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso promovido por los herederos de Ricardo Otálora Alvarado frente a Juan Manuel Toro Cardona. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper* .. 14

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. *En materia de culpa aquiliana el acto ilícito puede causar perjuicios "por contragolpe", en cuyo caso no solamente está legitimada para reclamar indemnización la víctima inmediata o directa, sino la mediata o indirecta, o sea aquélla que sin haber sido lesionada en su persona física sufre también el perjuicio por verse privada de los beneficios económicos que la lesionada directamente le proporcionaba.* Sentencia de 8 de abril de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario de Leonor Taborda de Mejía y otros contra Santiago Mejía Montoya y la sociedad Industrial Huilera S. A. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* 25

SEPARACION DE CUERPOS. *(Por mutuo consentimiento de las partes). Sólo incumbe a los cónyuges pedirla. El curador del cónyuge demente no puede suplir el consentimiento de éste, pues se trata de un acto personalísimo que deberá expresarse directamente o a través de mandatario debidamente autorizado.* Sentencia de 26 de mayo de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el proceso verbal de separación de cuerpos de Héctor Gabriel Quintana, representado por su curador, y Ana Aída Aguirre de Quintana. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* 34

Página

REPOSICION. *Reposición del auto por medio del cual se revocó el que admitía la demanda de casación y se declaró desierto este recurso extraordinario. No contiene novedad, jurídicamente hablando, pues lo estudiado en ambas providencias es el mismo punto: si la demanda es o no admisible.* 9 de junio de 1980. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 37

Salvamento de voto de los Magistrados, doctores *José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga y Alberto Ospina Botero* 40

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Cuando la demanda de separación se apoya en el no cumplimiento de uno de los cónyuges de los deberes propios de su estado de casado, sin concreción ni precisión alguna, se está ante una negativa de carácter indefinido que exime a la parte actora de probar los supuestos en que el incumplimiento se traduce.* Sentencia de 17 de junio de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso promovido por Amparo Perdomo de Strusberg contra Napoleón Strusberg González. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 41

REIVINDICACION. *Sólo el actual poseedor, y no aquel que fue poseedor y dejó de serlo, pueden ser sujeto pasivo de la demanda reivindicatoria; jamás quien es mero tenedor de la cosa cuya restitución se pretende. La entrega de la cosa por virtud del cumplimiento anticipado de la obligación de entregar correspondiente al contrato prometido no origina posesión material en cabeza del futuro comprador.* Sen-

Página

tencia de 21 de junio de 1980. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en este proceso ordinario instaurado por Eugenio Gutiérrez Sandoval en frente de Eugenio Gutiérrez R. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 45

REIVINDICACION. *No incurre en incongruencia el fallador cuando habiéndosele pedido la restitución de todo el bien de cuyo dominio es titular el demandante, encuentra que sólo una parte de él le pertenece por el demandado, y en consecuencia, ordena la devolución de dicha parte.* Sentencia de 30 de junio de 1980. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en este proceso ordinario promovido por José Alirio Vega y Graciela Villamil frente a Luis Enrique Peláez Ruiz. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil* 54

ACCION REIVINDICATORIA. Sentencia de 30 de junio de 1980. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* 61

FILIACION NATURAL. *Quién es el Juez competente para conocer de las cuestiones litigiosas que nacen de la sucesión mientras ésta se halle en estado de liquidación. Principios que gobiernan la prueba judicial, sin cuya observancia no merece eficacia jurídica. Aseguramiento o defensa de la prueba. Prueba anticipada. Prueba procesal y extraprocesal.* Sentencia de 29 de julio de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en este proceso ordinario instaurado por Luis Hernando y Hugo Alberto Guarnizo contra los herederos de Napoleón Escalante. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 68

FILIACION NATURAL. *Prueba trasladada. La influencia de la cosa juzgada penal en el proceso civil no guarda relación alguna con la validez de las pruebas practicadas en el proceso penal, ni impide que puedan ser trasladadas a otra actuación. Indicios que razonablemente permiten inferir las relaciones sexuales. Régimen probatorio de los documentos privados no auténticos. Valor de convicción de un dictamen grafológico.* Sentencia de 5 de agosto de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario promovido por Luz María Candelo contra Diocle, Edna, Dora María y Margarita Zuccur. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper* 81

SIMULACION. *La simulación, absoluta o relativa, es el producto de un acuerdo para simular. No es suficiente que uno de los contratantes emita una declaración contraria a la verdad.* Sentencia de 26 de agosto de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Jesús María Noisa R. contra Alvaro Daza Rosa y otro. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* 94

REBAJA DEL PRECIO E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR VICIOS REDHIBITORIOS DE LA COSA VENDIDA. *Acumulación de pretensiones. Litigios conexos. Conexión material e instrumental. Varios litigios son conexos cuando tienen en común uno de los sujetos y el hecho o el efecto jurídico que constituyan la razón de las varias pretensiones. El litis consorcio útil es procedente no sólo cuando las pretensiones provienen de la misma causa o cuando versan sobre el mismo objeto o se hallan entre sí en relación de dependencia o deben acreerse de las mismas pruebas, sino cuando el interés jurídico de los varios demandantes o demandados es coincidente, pues así lo imponen los postulados inconmovibles: la economía procesal y la mayor justicia y certeza en la decisión.* Sentencia de 29 de agosto de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario de Fabio Angel Gutiérrez y otras contra Pérez Giraldo y Cía. Ltda. Abogado asistente: doctor *Eudosio Cambón Alvarez* 104

INDEMNIZACION DEL RIESGO ASEGURADO. *Contratos por adhesión. Solamente las cláusulas que por su ambigüedad o oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos deben ser interpretadas a favor de la parte que da su consentimiento por adhesión. Cuando son claras, terminantes y precisas, no, aunque aparezcan ante el Juez exageradas, rigurosas y aún evitables tales estipulaciones. Errores de hecho en la apreciación de las pruebas. Obligación de asegurar o exclusión del riesgo.* Sentencia de 29 de agosto de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso ordinario instaurado por Judith Pulgarín viuda de Alvarez y otro en frente de la sociedad "Compañía Suramericana de Seguros de Vida S. A.". Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 117

Salvamento de voto de los Magistrados, doctores *Germán Giraldo Zuluaga y José María Esguerra Samper* del fallo anteriormente proferido 130

RESOLUCION DE PROMESA DE COMPRAVENTA. *Sistema de casación puro y sistema selectivo de casación. Dentro del sistema selectivo de casación puede llegarse a la violación del derecho sustancial por dos vías: la directa o la*

Página

indirecta; esta última forma de quebranto es la resultante de un error manifiesto de hecho o de uno de derecho en la apreciación de los medios de prueba. El error de hecho recae sobre la contemplación objetiva de la prueba; su existencia y contenido; el de derecho sobre su contemplación jurídica, sobre su valoración, según el sistema legal que la regule. Las claras y ostensibles diferencias existentes entre los dos errores, que le infunden entidad específica propia a cada uno de ellos, impiden confundirlos. Sentencia de 4 de septiembre de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por Rey Abdala Dumit Méndez frente a la sociedad "Inversiones González Pomegra Ltda.". Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 132

NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA. *El artículo 83 del Código de Procedimiento Civil se refiere a toda relación o acto jurídico respecto a los cuales no sea posible resolver de mérito sin que comparezcan al proceso todos los sujetos de la relación y no hace distinciones según se declare la inexistencia o la nulidad del acto. Reformatio in pejus. La Corte, como Juez de instancia, puede modificar la sentencia del a quo en la parte que, por no ser desfavorable al recurrente, no fue apelada, siempre que exista de por medio cuestiones de orden público como los presupuestos procesales.* Sentencia de 29 de septiembre de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en este proceso ordinario de Elvira Escobar de Restrepo contra Granacolombiana de Vivienda Ltda., GRANVIVIENDA. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín* 143

Cómo se prueba. Responsabilidad del transportador por incumplimiento del contrato. El asegurador se subroga en los derechos del asegurado indemnizado contra el autor del daño hasta concurrencia de su importe. Sentencia de 9 de octubre de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario de la Compañía Skandia Seguros de Colombia S. A., contra la sociedad Transportes Sisa Tolima Ltda. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* 149

CONTRATO DE SEGURO. *Indemnización adicional por muerte accidental. No tiene lugar cuando la muerte ha sido causada intencionalmente por otra persona.* Sentencia de 10 de octubre de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de María Elena Meléndez de Pontón contra Panamerican Life Insurance Company 158

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. *La oferta. Su contenido en el antiguo Código de Comercio. En el nuevo Código. Naturaleza del contrato ofrecido. Aceptación. Compraventa solemne por voluntad de las partes.* Sentencia de 16 de octubre de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por "Centro Colejar S. A." frente a "Otis Elevator Company", con domicilio en Portland, Condado de Cumberland, Estados Unidos de Norteamérica, con oficinas matrices en New York y sucursal en Bogotá. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín* 169

Salvamento de voto del Magistrado, doctor *Héctor Gómez Uribe* del fallo anteriormente publicado 185

Salvamento de voto del doctor *Humberto Murcia Ballén* del fallo anteriormente publicado 191

OBLIGACION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. *Por el pago de cheques "para abonar en cuenta", a persona distinta del beneficiario, a cargo del Banco que intervino en su cobro. Cobro de cheques a través de la Cámara de Compensación. Distintas clases de cheques. Cheques especiales. Cheques por abono en cuenta.* Sentencia de 24 de octubre de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal de Barranquilla en el proceso ordinario adelantado por establecimiento público Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla contra los Bancos Cafetero y Franco-Colombiano. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* 194

NULIDAD DE LA COMPRAVENTA DE UN BIEN MUNICIPAL. *Requisitos generales para llevar a cabo la venta de inmuebles de propiedad municipal. La sola circunstancia de que una finca raíz pueda calificarse genéricamente como inmueble de la municipalidad impone el cumplimiento de ciertos requisitos adicionales para su enajenación, conforme al artículo 234 de la Ley 4ª de 1913, aunque no se haya precisado a cuál de las varias especies de bienes de esta clase pertenece.* Sentencia de 7 de noviembre de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta en el proceso ordinario promovido por el Municipio de Cúcuta contra Marco A. Vivas y otros. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga* 203

RESOLUCION DE COMPRAVENTA CON INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. *El recurso de casación sólo puede ser interpuesto por quien*

Página

teniendo la calidad de parte ha sufrido agravio con la sentencia. Alcance y significado de la expresión "parte". Pluralidad de partes. El litis consorte, necesario o facultativo, está capacitado para interponer casación contra la sentencia que lo perjudique; lo mismo los terceros intervinientes de carácter principal, sin sujeción al actor o a la parte reo; pero los intervinientes adhesivos no adquieren legitimación autónoma sino subordinada a la de su coadyuvados. El denunciado en el pleito y el llamado en garantía quienes en virtud de la denuncia y del llamamiento, respectivamente, adquieren el carácter de parte principal y por consiguiente están legitimados para recurrir en casación independientemente de la parte que los vinculó al proceso, siempre que la sentencia les sea perjudicial. Reformatio in pejus. *Sólo se da cuando el pagador de segundo grado impone al apelante únicas obligaciones más gravosas de aquéllas a que fue condenado en primera instancia.* Sentencia de 13 de noviembre de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en este proceso ordinario instaurado por Enrique Carlos Posada Alvarez frente a la sociedad "Droguería San Jorge-Felipe Abisambra Sucesores". Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* . . 210

NULIDAD DEL TESTAMENTO. *Nulidad del proceso por trámite inadecuado. La causal 4ª del artículo 152 no tuvo en mención ordenada de las diferentes etapas del proceso, sino la individualidad del respectivo trámite y, por consiguiente, no hay cambio de procedimiento cuando se omite una etapa del mismo o se altera el orden de los actos procesales que deben cumplirse. Capacidad para otorgar testamento: no es la misma que la negocial general: desde el punto de vista de la edad, un mayor número de personas tiene plena capacidad para otorgar testamento, pero atendiendo a las facultades mentales la lista de incapaces se amplía considerablemente. Revocabilidad del testamento: el testamento por su declaración de última voluntad es esencialmente revocable. Se considera como voluntad del testador la última que éste haya expresado legalmente.* Sentencia de 20 de noviembre de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso suscitado por Carlos Restrepo Arango frente a Julio Restrepo Tribe y otros. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga* 233

RESCISION POR LESION ENORME. *Para su prosperidad no es necesario que el demandante acredite haber sufrido error o que un estado de necesidad lo obligó a concertar un contrato tan desventajoso para él; basta que parezca la lesión y que ésta sea enorme. La ley no hace diferencia según que las partes sean personas naturales o jurídicas, de derecho público o de derecho privado. La determinación del justo precio, en ausencia de confesión se hace mediante la prueba pericial y no por el valor del inmueble en la oficina de Catastro, aunque el comprador sea una entidad de derecho público. El artículo 7º del Decreto extraordinario 2695 de 1968 no constituye excepción a la regla general y, por consiguiente, no sirve de base para modificar la doctrina de la Corte en cuanto a la prueba idónea para acreditar el justo precio.* Sentencia de 29 de noviembre de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Ricardo Castillo y Antonio de Jesús Rico contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S. A. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga* 238

AGENCIA COMERCIAL. *La agencia comercial como una de las formas modernas de intermediación. Diferencias con otros contratos. Características. Estabilidad del mandato. Independencia del agente para desarrollar su actividad sin sujeción al empresario o agenciado. Al agente comercial no lo benefician ni perjudican los cambios de precio que sufran los productos que promueve porque la propiedad de éstos en ningún momento pasa a ser suya. No tiene el carácter de agente quien compra al empresario sus productos para revenderlos. Contrato de cuenta corriente: no puede confundirse con lo que la ciencia contable y el comercio de las gentes llama "cuenta corriente". Se diferencia con las cuentas simples o de gestión. En el contrato de cuenta corriente las remesas mutuas de las partes se consideran partidas indivisibles de abono o de cargo en la cuenta de cada contratante, por manera que ninguna de las partes puede considerarse deudora o acreedora hasta tanto no se produzca la liquidación de la cuenta; sólo entonces el saldo que resulte constituye un crédito exigible.* Sentencia de 2 de diciembre de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario suscitado por Edmundo González contra "Ico Pinturas S. A.". Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga* 249

AGENCIA COMERCIAL. *Por ser la prestación consagrada en el artículo 1324 un derecho disponible después de terminado el contrato, su reconocimiento judicial está condicionado a que el acreedor así lo solicite. La agencia comercial*

Página

como una de las formas modernas de intermediación. Diferencias con otros contratos. Características. Estabilidad del mandato. Independencia del agente para desarrollar su actividad sin sujeción al empresario o apoderado. Al agente comercial no le benefician, ni perjudican los cambios de precio que sufran los productos que promueve porque la propiedad de éstos no ningún momento pasa a ser suya. No tiene el carácter de agente quien compra al empresario sus productos para revenderlos. Contrato de cuenta corriente: no puede confundirse con lo que la ciencia contable y el común de las gentes llama "cuenta corriente". Su diferencia con las cuentas simples o de gestión. En el contrato de cuenta corriente las remesas de las partes se consideran partidas indivisibles de abono o de cargo en la cuenta de cada cuentacorrentista, por manera que ninguna de las partes puede considerarse deudora o acreedora hasta tanto no se produzca la liquidación de la cuenta; sólo entonces el saldo que resulta constituye un crédito exigible. Sentencia de 2 de diciembre de 1930. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en ese proceso ordinario instaurado por Cucharrería Mundial S. A. contra Jorge Iván Merizalde Soto y Gilberto Merizalde U. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga* 254

ADVERTENCIA

Además de las sentencias publicadas, la Sala de Casación Civil profirió durante los meses de enero a diciembre de 1980, las que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio.

REVISION. *Revisar la valoración de las pruebas que hizo el Tribunal no es de recibo en el recurso extraordinario de revisión.* Sentencia de 25 de enero de 1980. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DEFINITIVA DE CUERPOS. *El mero hecho de que el cónyuge no atendiere la citación que se le hizo a través del emplazamiento constituye indicio corroborante del abandono en que, por obra suya, se encuentra el otro cónyuge.* Sentencia de 28 de enero de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en la que decretó la separación definitiva de cuerpos de Manuel Angel Martínez Arteaga y Teresa Alvarez de los Ríos. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

CONTRATO DE TRANSPORTE DE COSAS. *La indemnización por pérdida de la mercancía, a cargo del transportador, corresponde al destinatario o al remitente, según que, al momento de la pérdida de las cosas transportadas la propiedad de éstas corresponda al uno o al otro.* Sentencia de 25 de enero de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso ordinario instaurado por la compañía "Tejidos El Cóndor S. A." contra la entidad "Transportes Rafael Salazar M. y Cía. S. A.". Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

FILIACION NATURAL. *Si no dejan por fuera del ataque pruebas que sirven de soporte al fallo impugnado, el cargo que se funde en errores de hecho manifiestos en la apreciación de tales pruebas, no puede prosperar.* Sentencia de 21 de enero de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso promovido por José Flower Arregoyes contra Ana Sierra de Escobar, William Escobar Sierra y otro. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION. *Aunque corresponde al Tribunal decidir sobre la deserción del recurso, no por su inadvertencia la Corte tiene que pasar por alto el error, así el negocio haya entrado ya para fallo de fondo.* Auto de 25 de enero de 1980. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

DESISTIMIENTO EN EL RECURSO DE CASACION. *Condénase en costas al desistente.* Auto de 29 de enero de 1980. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

REVISION. *Inadmisibilidad de la demanda. El curador ad litem de las personas indeterminadas que figuran como parte en el proceso de pertenencia no puede figurar en el recurso extraordinario de revisión como parte o como curador de la parte que representó en aquel litigio por cuanto sus funciones se agotan con la terminación del proceso.* Sentencia de 25 de enero de 1980. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SUSPENSION DEL PROCESO CIVIL POR PREJUDICIALIDAD PENAL. *Las simples denuncias penales no dan lugar a la suspensión de procesos; menos tratándose de un recurso de revisión ya decidido.* Sentencia de 25 de enero de 1980. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

ADICION Y ACLARACION DE LA SENTENCIA. *La adición es el correctivo jurídico, cuando el juzgador, haciendo caso omiso del postulado de la congruencia, pronuncia una decisión incompleta o mínima petita; pero no tiene por objeto un nuevo debate o examen de lo ya decidido.* 25 de enero de 1980. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DEFINITIVA DE CUERPOS. *Consulta.* Sentencia de 25 de enero de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Quibdó, en este proceso promovido por Raúl Murillo Camacho contra Visitación del Carmen Andrade de Murillo. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

RECURSO DE SUPLICA. *No cabe contra la providencia por medio de la cual la Corte no accedió a declarar una*

nulidad. El de reposición fue interpuesto extemporáneamente. Auto de 30 de enero de 1980. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DEFINITIVA DE CUERPOS. *La obligación de fidelidad nace y muere con el matrimonio sin que pueda suspenderse por el decreto de separación como otras obligaciones que nacen de la vida en común, tales de la convivencia, socorro y auxilio.* Sentencia de 30 de enero 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso promovido por María Cristina Jiménez contra Gustavo Guerrero. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DEFINITIVA DE CUERPOS. *Para la prosperidad de la acción no basta invocar una de las causales contempladas en la ley sino que es necesario probarla.* Sentencia de 29 de enero de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Lucía Herrero contra José Rafael García. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

QUEJA. *El recurso de casación, que por ser extraordinario está sometido a un régimen formalista y de esta interpretación y aplicación, no tiene cabida cuando la providencia impugnada es un auto que no impide la prosecución del proceso en que fue proferido.* Sentencia de 30 de enero de 1980.

SEPARACION DE CUERPOS. *Iniciada la separación como contenciosa por la vía del proceso abreviado no es de recibo pasar a la de mutuo consentimiento luego trámite es verbal, por ser los procedimientos de orden público, excluyen todo aquello que impida a las partes desarrollarlos dentro del adelantamiento procesal.* Sentencia de 30 de enero de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, dentro del proceso promovido por Fanny Esther Giraldo frente a Jairo Calle. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

RECURSO DE QUEJA. *El legislador no ha establecido que cuando un médico fija incapacidad a su paciente, queda interrumpido el proceso, sino que el proceso se interrumpe por enfermedad grave del apoderado.* Providencia de 31 de enero de 1980. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SOCIEDAD COMERCIAL DE HECHO ENTRE CONCUBINOS. *Son elementos constitutivos de esta sociedad la formación de un patrimonio común con el ánimo de explotarlo y de obtener utilidades repartibles y la administración de ese patrimonio por ambos socios en pie de igualdad, o sea sin dependencia de uno respecto del otro.* Sentencia de 30 de enero de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por Lilia Barrera de Herrera contra Consolación Moreno de Sánchez, Antonio Sánchez Moreno y otros, todos éstos como causahabientes de José Sánchez N. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEIVINDICACION. *Prescripción extintiva y prescripción adquisitiva.* Sentencia de 31 de enero de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Luis Alberto Cifuentes Lindarte contra Tobías Moreno Medina. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La demanda en proceso de alimentos del cónyuge renuente al cumplimiento de sus deberes refuerza la prueba testimonial, de otra parte, corrobora por el interrogatorio del demandado.* Sentencia de 5 de febrero de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el proceso promovido por Inés Bonilla de Perilla contra Juan de Dios Perilla. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Cuando se pide por mutuo consentimiento de los cónyuges no puede seguirse el trámite del proceso abreviado so pena de nulidad.* Sentencia de 6 de febrero de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso promovido por María del Carmen Páez de Cortés frente a Luis Eduardo Cortés. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Causales: el abandono del hogar no es una falta instantánea, sino de realización continua.* Sentencia de 5 de febrero de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Daniel Reina frente a Mary Duarte. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

RESOLUCION DE PROMESA DE COMPRAVENTA. *Prueba testimonial. Arras confirmatorias.* Sentencia de 7 de febrero de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario de Elvira Guerra Cuparro contra José Gómez. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

EJECUCION DE OBRA. *Obligaciones conjuntas, no solidarias.* Sentencia de 6 de febrero de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso ordinario de Jesús A. Sterling Cuéllar contra Hernando Giraldo B. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Si la parte que corre con la carga de la prueba se desinteresa de ella, su conducta se traduce, generalmente, en una decisión adversa.* Sentencia de 6 de febrero de 1980. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el proceso promovido por Jairo David Castro Alvarado contra Raquel Ortega Silvera de Castro. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Consulta.* Sentencia de 6 de febrero de 1980. *Confírmase* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso promovido por Alba Luz Márquez Ramírez contra Octavio Gómez Cardona. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Causales.* Sentencia de 6 de febrero de 1980. *Confírmase* la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el proceso promovido por Juan de Jesús Villegas Hernández contra Nancy Santamaría de Villegas. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

INTERES PARA RECURRIR EN CASACION. *No puede dividirse entre los demandantes la cuantía dada por el perito, cuando, subsidiariamente, se pidió en la demanda que las súplicas principales se resuelvan en favor exclusivo de uno de ellos.* Sentencia de 6 de febrero de 1980. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono de los deberes de esposa y trato cruel al cónyuge demandante.* Sentencia de 12 de febrero de 1980. *Confírmase* la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en este proceso promovido por Pedro José Cerón contra Albany Cardona de Cerón. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Medidas preventivas. El documento constitutivo de la prueba de un establecimiento comercial, sin el auxilio de otras pruebas no demuestra la posesión del tercero que se oponga a la práctica del secuestro.* Sentencia de 14 de febrero de 1980. *Confírmase* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso promovido por Gladys Rueda de Avila contra Antonio Avila Yáñez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. *Validez y cumplimiento. Técnica del recurso de casación.* Sentencia de 14 de febrero de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el proceso ordinario de María Delia Ortiz de Acosta contra Productos Industriales Mineros S. A.

QUIEBA. *El recurso de casación bien pudiera eventualmente prosperar si pudiera desbordar los marcos que le señala el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil.* Sentencia de 18 de febrero de 1980.

FILIACION NATURAL. *Interés del curador de uno de los demandados para impugnar la sentencia de casación.* Sentencia de 19 de febrero de 1980. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Consulta.* Sentencia de 19 de febrero de 1980. *Confírmase* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso promovido por María Elena Botero de Valencia contra Humberto Valencia Arango. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Si quien alega la causal no demuestra de su prueba, su pretensión de separarse no puede prosperar.* Sentencia de 19 de febrero de 1980. *Confírmase* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Eduardo Gómez Vargas contra María Inés de Castro de Gómez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *No se fijó recurso de los particulares, como no lo es de los funcionarios, transformar el procedimiento. La ley señala las vías para la discusión de ciertos hechos y las apropiadas para determinadas pretensiones.* Sentencia de 20 de febrero de 1980. *Confírmase* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Juan Manuel Barriga Bonilla contra María Gladys Díaz de Barriga. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

CONFLICTO DE COMPETENCIA. *El lugar del domicilio es el factor prevalente para determinar si Juez o Juez tiene el conocimiento del asesinato de una persona.* Providencia de 21 de febrero de 1980. Magistrado ponente: doctor *Edgardo García Sarmiento.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Inadmisión de la demanda.* Sentencia de 20 de febrero de 1980. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DEFINITIVA DE CUERPOS. *Apareciendo la prueba de un posible delito de bigamia deberá ordenarse sacar copia de lo conducente para que el Juez competente lo investigue.* Sentencia de 21 de febrero de 1980. *Confírmase* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Mario de Jesús Alvarez contra Gilma López. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SIMULACION DE CONTRATO. *Desistimiento del recurso de casación.* Auto de 26 de febrero de 1980. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

PERTENENCIA. *Demanda de reconvención.* Reformatio in peius. Sentencia de 6 de marzo de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Carlos E. Pizano contra Iván Romano Carvajalino. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DEFINITIVA DE CUERPOS. *Causal contemplada en el numeral 8º del artículo 154 del Código Civil.* Sentencia de 10 de marzo de 1980. *Confírmase* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Carlos Julio Rodríguez contra Ana Stella Martínez Jiménez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION. *La demanda no expresa en cuál de las causales establecidas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil se apoya la censura.* 8 de abril de 1980. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*
Salvamento de voto del Magistrado, doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales. La caducidad no puede correr sino desde cuando cesa el incumplimiento, con relación al ordinal 2º del artículo 154 del Código Civil.* Sentencia de 9 de abril de 1980. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Ratificación de testimonios recibidos extraproceso.* Sentencia de 9 de abril de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso promovido por Gabriel Mariela Pereira de Rueda frente a Luis Alfredo Rueda.

SEPARACION DE CUERPOS. *La validez del proceso no siempre afecta la validez de las pruebas practicadas solamente cuando el vicio atañe a la sustanciación y ratifica de la prueba en sí o surge respecto de la parte contra la cual se opone la prueba.* Sentencia de 9 de abril de 1980. *Revoca* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Myriam Martínez de Benítez contra Ernesto Darío Benítez Solano. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

FILIACION NATURAL. *Notificación por conducta concluyente. La muerte o enfermedad grave de una de las partes no interrumpe el proceso sino cuando cesa de existir el mandato judicial. Prueba trasladada. El Secretario del Juez no está facultado legalmente para autenticar la reproducción de documentos que deban trasladarse a otro proceso.* Sentencia de 10 de abril de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso ordinario de la menor Olga Lucía Montoya, representada por su madre Blanca Irene Montoya Cortés, contra Ruby Escobar V. de Sierra, en su propio nombre y en representación de sus hijos menores. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Demanda de mutua petición.* Sentencia de 10 de abril de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en este proceso promovido por Gabriel Londoño Domínguez contra Myriam Serafina Benjumea. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La paz y el sosiego domésticos son indispensables para el cabal cumplimiento de los deberes que a los progenitores corresponden entre sí para con sus hijos.* Sentencia de 10 de abril de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Nelly Márquez Villarreal de Osorio contra Jaime Osorio Herrera. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

QUEJA. *El recurso de queja no cabe contra el auto que simplemente dispone justipreciar el interés para recurrir en casación.* 11 de abril de 1980. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

DEMANDA DE REVISION. *La Corte no puede suplir las deficiencias que presente el libelo, en materia de presupuestos formales, ni darlos por establecidos mediante una interpretación amplia.* Auto 11 de abril de 1980. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Injustificado incumplimiento de los deberes de esposo y padre del demandado.* Sentencia de 14 de abril de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el proceso promovido por Amparo Cortés de Medina contra Samuel Medina Parra. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales. Pérdida de la patria potestad del demandado.* Sentencia de 14 de abril de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso de separación promovido por Gilma Gutiérrez de Guayara contra Laurano Guayara. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono e injustificado incumplimiento del demandado de sus deberes de esposo y padre. Suspensión de la patria potestad.* Sentencia de 14 de abril de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia en el proceso promovido por Fabiola Guzmán de Trejos contra Gabriel Trejos G. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. *Requisitos necesarios que configuran esta fuente de obligaciones. El demandante sólo puede alegar el enriquecimiento sin causa a falta de toda otra acción que le ampare sus derechos.* Sentencia de 14 de abril de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en este proceso ordinario de Luis Alberto Flórez Suárez contra Clímaco Herrán y Teodosinca Cardozo. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

RESOLUCION DE LA COMPRAVENTA. *Taxatividad de los motivos de nulidad procesal. La forma sustancial de las sentencias está en su parte resolutiva.* Sentencia de 14 de abril de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario de Clímaco Pineda Franco contra Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposo y padre, del demandado.* Sentencia de 15 de abril de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso promovido por Myriam Henny Peschken Mesa y Rafael David Marimón Blanco. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento del demandado de sus deberes de esposo y padre.* Sentencia de 15 de abril de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Gladys Alhán de Rodríguez y Pedro Antonio Rodríguez Ospina. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Causalidad de las causales 1ª y 3ª de que trata el artículo 154 del Código Civil.* Sentencia de 24 de abril de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por María Santos Torres de Ruiz contra Fernando L. Ruiz López. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DEFINITIVA DE CUERPOS. *Cuando el incumplimiento de los deberes de uno de los cónyuges para con el otro es motivado por la culpa de éste, no puede el culpable solicitar el divorcio ni la separación de cuerpos.* Sentencia de 24 de abril de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Franco Edgar Burgos contra María del Carmen Erira Bravo de Burgos. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DEFINITIVA DE CUERPOS. *Como la demandante no demostró ninguna de las causales invocadas y en cambio el contendemandante sí invocó las suyas, las pretensiones de la demanda de reconvención están llamadas a prosperar.* Sentencia de 24 de abril de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso promovido por Rosa Cristina Cuartas Osorio contra José Fernay Hernández Sánchez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales y grave e injustificado incumplimiento de la demandada de sus deberes de esposa y madre.* Sentencia de 24 de abril de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso promovido por Fabio Antonio Henao Valencia contra María Cristina Correa de Henao. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DEFINITIVA DE CUERPOS. *No hay demanda en forma cuando en el libelo no se afirma ninguno de los supuestos de hecho que se configuren las causales de divorcio y de separación de cuerpos, establecidas en el artículo 154 del Código Civil y en tal evento, la sentencia será inhibitoria.* Sentencia de 28 de abril de 1980. *Revoca* la consultada por el Tribunal Superior de Barranquilla en el proceso promovido por José Francisco Díaz Zambrano contra Natalia Villalobos Tolero de Díaz.

FILIACION NATURAL. *Posesión notoria del estado de hijo natural.* Sentencia de 23 de abril de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario promovido por Jorge Luis Vaca Ramírez y otra frente a los herederos de Pablo Antonio Vaca Torres. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

ACUMULACION DE PROCESOS REIVINDICATORIO Y DE PERTENENCIA. *Incongruencia del fallo. Propiedad fiduciaria y usufructo son figuras jurídicas bien diferentes, lo mismo que los derechos que la ley otorga a sus respectivos titulares.* Sentencia de 7 de mayo de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en los procesos acumulados, ordinario reivindicatorio promovido por José Gregorio Herrera Murillo y sus hermanos contra Ernesto, Dorcilea Quintero Gutiérrez y Blasina Gutiérrez de Quintero, y el de declaración de pertenencia propuesto por Ernesto Quintero Gutiérrez contra los Herrera Murillo. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

Salvamento de voto del Magistrado, doctor *Humberto Murcia Ballén.*

RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR POR LA PERDIDA DE LA MERCANCIA TRANSPORTADA. *Disposiciones contradictorias en la parte resolutiva de la sentencia. Prescripción extintiva de la acción. Interrupción de la prescripción.* Sentencia de 8 de mayo de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario de Aseguradora Grancolombiana S. A., contra Transportes Duque S. A., Transduque. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

Salvamento de voto del fallo anteriormente publicado del Magistrado, doctor *Humberto Murcia Ballén.*

REVISION. *Tratándose de la causal primera de revisión de la invocación del recurso extraordinario está limitada a los eventos en que el recurrente no pudo aportar la prueba testimonial que hubiera hecho variar la definición de la litis por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.* Sentencia de 12 de mayo de 1980. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

FILIACION NATURAL. *Prueba de las causales que permiten declararla. El juzgador debe apreciar la prueba con ponderación y buen juicio; pero no utilizar en su labor un criterio demasiado severo que impida la aplicación de la ley.* Sentencia de 12 de mayo de 1980. *Casa*

la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el proceso ordinario de María Cielo López contra César Augusto Mora Beltrán, como heredero de César Mora Botero. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento del demandado de sus deberes de esposo y padre.* Sentencia de 12 de mayo de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Quibdó, en el proceso promovido por Aura Elvira Argoti de Santacoloma contra Manuel Agustín Santacoloma. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Incumplimiento absoluto e injustificado del demandado de sus deberes de esposo y padre.* Sentencia de 12 de mayo de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Montería en el proceso promovido por María Cecilia Jiménez de Fragoso contra Alfredo Fragoso Cuello. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SIMULACION DE COMPRAVENTA. *Para tutelar el derecho de todo acreedor la ley ha establecido las acciones pauliana y de simulación. Esta última tiene lugar cuando el deudor en forma ficticia enajena los bienes que constituyen la prenda general de sus acreedores. El acto que se ataca de simulado ha de ser anterior al de constitución de la deuda. Para demostrar la simulación existe amplia libertad probatoria sea que la acción la proponga uno de los partícipes intervinientes en el acto simulado o un tercero.* Sentencia de 13 de mayo de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Luis Vargas Lorenzana contra Pablo Emilio Zapata y otros. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Graves ultrajes al marido con la vida disipada de su mujer.* Sentencia de 13 de mayo de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso promovido por Jorge Korin contra Marta Cecilia González. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *En el estado de separación los cónyuges conservan la facultad de reconciliarse, de rehacer su vida para lograr los fines del matrimonio: por ello no puede hablarse de separación definitiva, sino indefinida.* Sentencia de 13 de mayo de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Alfredo Peña Galindo contra Olga Teresa León. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento del demandado de los deberes de esposo y padre.* Sentencia de 13 de mayo de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Rosa Elizabeth Silva de Cortés contra Rafael Ignacio Cortés. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento del demandado de los deberes de esposo y padre.* Sentencia de 13 de mayo de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso promovido por Helena Lazarus de Cubillos frente a su esposo Raúl Cubillos Flórez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono del hogar por parte del marido.* Sentencia de 13 de mayo de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en este proceso promovido por Myriam Correa de Quiñónez contra Ramón Quiñónez Herrera. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Aplicación del artículo 28 del Código de Comercio en cuanto al registro del fallo en la Cámara de Comercio, por tener el demandante la calidad de comerciante.* Sentencia de 13 de mayo de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Amparo Echeverry Cárdenas contra Marco Aurelio Lozano Rivera. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposo y padre, malos tratos a la mujer y relaciones sexuales extramatrimoniales son todas causales de separación de cuerpos consagradas en el artículo 154 del Código Civil.* Sentencia de 14 de mayo de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal de Quibdó, en el proceso promovido por Alicia Victoria Mosquera de Palacios contra Benicio Palacios Rodríguez.

RESOLUCION DE CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA. *Si la censura no cobija todos los textos legales valorados al decidir sobre una situación dependiente de varias normas, carece de la forma de lo que la técnica del recurso extraordinario de casación denomina proposición jurídica completa y, por ende no prospera.* Sentencia de 15 de mayo de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de María Nayla Páez Velandia y Luis Rivera P., contra José María Villota Delgado. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

ACCION REIVINDICATORIA. Reformatio in pejus. *La apelación se entiende interpuesta únicamente en lo perjudicial para el recurrente. Para que la reformación en perjuicio se estructure es indispensable que el superior enmiende la providencia apelada, no en cualquier forma, sino imponiendo al recurrente peores una agravación de la condena.* Sentencia de 20 de mayo de 1980.

Casa la proferida por el Tribunal Superior de Riohacha en este proceso ordinario instaurado por José Eudesindo Fernández contra Apolinar Socarrás Cuadrado. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

FILIACION NATURAL. *Emplazamiento del demandado que se oculta. Nulidad por falta de cumplimiento de todas las formalidades previstas en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. El curador ad litem del demandado indebidamente emplazado tiene interés jurídico para recurrir en casación.* Sentencia de 23 de mayo de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso promovido por Hernando Orozco frente a los herederos de Luis Eduardo López H. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION. *El pago que las partes hagan directamente al perito designado con el fin de apalear el interés para recurrir en casación no satisface la carga procesal de que trata el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil y, por ende conduce la inadmisión de la demanda.* Mayo 23 de 1980. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposo y padre del demandado ausente del hogar desde hace varios años.* Sentencia de 23 de mayo de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso promovido por María Ofelia Ramírez de Ospina contra José Norberto Ospina. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono del hogar por parte del marido. Pérdida de la patria potestad del demandado.* Sentencia de 23 de mayo de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso promovido por Esther Salina Franco de Muñoz contra Teodomiro Muñoz Villada. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín*.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. *La responsabilidad del ejecutante por su temeridad en el embargo de bienes es extracontractual, así se la deduzca de una culpa probada o de una culpa presunta.* Sentencia de 24 de mayo de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en este proceso ordinario suscitado por Luis Arturo Martínez contra Gonzalo Barrera. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *Si de los medios aducidos al debate surge que el demandante en el proceso de pertenencia no podía ignorar quién debía ser su opositor o cuál era su domicilio, no puede tenerse como citado al proceso la persona que fue convocado por edicto como indeterminada y que, sin embargo era conocida por el demandante.* Sentencia de 24 de mayo de 1980. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *No aparece demostrado el grave e injustificado incumplimiento de los deberes de marido, del demandado.* Sentencia de 26 de mayo de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Consuelo Carrasco Fonseca de Ramírez contra Luis Hernando Ramírez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El demandado abandonó injustificadamente el hogar.* Sentencia de 26 mayo de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta en el proceso promovido por Ana Mary García de Girón frente a José Fidel Girón Gómez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La demandada hizo dejación inmotivada de sus deberes de esposa y madre.* Sentencia de 26 de mayo de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Fernando Cruz Aristizábal frente a su esposa Clara Inés Ramírez de Cruz. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El concepto emitido por el testigo de que el hogar formado por la demandante y el demandado andaba mal, no es admisible como prueba; los terceros, a diferencia de los peritos, no pueden emitir juicios, conceptos y opiniones sino que deben limitarse a relatar los hechos que directamente hayan percibido.* Sentencia de 28 de mayo de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Alicia Rodríguez de Suárez contra Jorge Enrique Suárez Gómez. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Principios básicos que la gobiernan. Cuando la separación es objeto de controversia las pretensiones de la demanda sólo pueden prosperar si se demuestra alguna de las causales del artículo 154 del Código Civil.* Sentencia de 28 de mayo de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Alfonso Castro Alvarado contra Elba Rosenda Alfonso de Castro. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Adición de la sentencia de primer grado que no se pronunció en relación con el sostenimiento de la hija común de los cónyuges separados, a solicitud del señor Agente del Ministerio Público.* Sentencia de 28 de mayo de

1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Angela del Socorro Cardona contra Fernando Antonio Palacio. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La no existencia de alguna causal legal de separación hace improspera las pretensiones de la demanda.* Sentencia de 28 de mayo de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Lilia Rodríguez contra Clemente Bejarano. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

REDUCCION DEL PRECIO DE VENTA POR MENOR CABIDA. *Indemnización de perjuicios.* Sentencia de 29 de mayo de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en este proceso suscitado por Luis Alberto Moreno frente a Carlos Julio Castillo. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

Aclaración del voto del Magistrado, doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Ejercicio simultáneo de diversas pretensiones principales y sucesivas: filiación natural, declaratoria de herederos de mejor derecho, petición de herencia, nulidad, simulación, resolución de contrato de venta vitalicia, reivindicación y restitución de bienes relictos con sus frutos. Sentencia de 29 de mayo de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Hernán Tovar y otros contra Blanca Tovar y otros. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. *Diferencias entre la culpa contractual y la aquiliana y entre la responsabilidad civil y la laboral. Las prestaciones sociales son extrañas a la idea de responsabilidad civil. Su fuente no está en la responsabilidad aquiliana con la que nada tiene que ver, si no en el contrato de trabajo.* Sentencia de 30 de mayo de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario de María de los Angeles Rojas viuda de Agudelo y otros contra la sociedad Industrial Hullera S. A. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

FILIACION NATURAL Y PETICION DE HERENCIA. *Posesión notoria del estado de hijo natural. Sus diferencias con la posesión de la filiación legítima. Prueba testimonial de diversidad acumulativa.* Revoca la sentencia apelada proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Gerardo y Carlos Arturo Pinto y María Antonieta Pinto de Ojalá contra Laura Gómez de Ardila en su calidad de cónyuge sobreviviente del señor Arturo Ardila y también como representante legal de sus menores hijos Ligia y Arturo Ardila Gómez. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *Sólo puede ser intentado en los específicos y taxativos casos enunciados en el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil y contra las sentencias a que se refiere el artículo 379.* 10 de junio de 1980. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

RESOLUCION DE COMPRAVENTA DE MUEBLES CON INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. *La obligación de entregar debe cumplirse antes de la de recibir. El comprador no puede estar en mora de recibir si no se demuestra que el vendedor cumplió todos los pasos de la entrega o estuvo pronto a satisfacer su obligación de entregar.* Sentencia de 11 de junio de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en este proceso ordinario suscitado por Armando Rubino Sarmiento frente a la sociedad comercial de responsabilidad limitada que cita bajo el nombre de Ambrosio Torres y Cía. Ltda. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

NULIDAD DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR OBJETO ILICITO. *Tratándose de bienes embargados son actos nulos, por objeto ilícito, tanto el contrato como la tradición. La nulidad es absoluta; concierne no sólo al interés particular privado del acreedor ejecutante que no dio su autorización para la venta, sino el interés público.* Sentencia de 12 junio de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en este proceso ordinario de Teresa de Jesús Ortiz viuda de Zuluaga y Alcides Zuluaga Ortiz, como sucesores de Jerónimo Emilio Zuluaga Ramírez, contra Casimiro Osorio Vergara. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Mientras el abandono del hogar de uno de los cónyuges se prolongue en el tiempo no empieza a correr el término de la caducidad de la acción de separación fundada en tal hecho.* Sentencia de 17 de junio de 1980. *Revoca* la sentencia apelada proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso promovido por José Antonio Ramírez Cruz contra Leonor Cabiedes de Ramírez. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono del demandante del hogar conyugal y consiguiente abandono de los deberes que le corresponden como marido y como padre.* Sentencia de 19 de junio de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Carmen Guarín Ramírez de Arana contra Parmenio Arana Londoño. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. *Defectos de técnica en la formulación del recurso extraordinario.*

Sentencia de 13 de junio de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario de Juan Fernando Casilimas Andrade e Iván Toro (como arquitectos contratistas) y Talleres Santana Ltda., Simón Rodríguez, Social Ltda., Alberto Reyes, Miguel Herrera y otros contra Leonor Gómez Rojas o Leonor Gómez de Rosado y Ana Gómez Rojas. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín*.

FILIACION NATURAL. *La prueba de las relaciones sexuales no siempre surge de la inferencia que de ellas se haga porque concurren las circunstancias a que alude el inciso 2º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968. Naturalmente, también pueden resplandecer en la confesión del presunto padre.* Sentencia de 25 de junio de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro del ordinario de filiación natural adelantado por María Nancy Torres de Pardo frente a Luis Antonio Duque Peña. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

CONTRATO DE SEGURO. *Amparo de vandalismo y actos mal intencionados de terceros. No cubre la pérdida del automotor asegurado por sustracción ilícita sino los daños ocasionados como a consecuencia de las actividades enunciadas en el anexo. Prueba de la costumbre mercantil.* Sentencia de 25 de junio de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga dentro del ordinario del Banco Cafetero frente a la Aseguradora Colseguros S. A. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION DE CUERPOS. *La no comparecencia del demandado a afianzar el proceso que en su contra se promovió es indicio que favorece a la parte contraria.* Sentencia de 30 de junio de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el proceso promovido por Beatriz Inés Ochoa de Valbuena contra Armando Valbuena Olarte. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono del demandado de sus deberes de esposo y padre.* Sentencia de 30 de junio de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, dentro del proceso promovido por Ruby Duque de Ocampo frente a Eduardo Ocampo Arango. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION DE CUERPOS. *No prosperan las causales de relaciones sexuales extramatrimoniales y embriaguez habitual alegadas por la demandante.* Sentencia de 30 de junio de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, dentro del proceso promovido por Filonila Angel de Rojas frente a su esposo Luis Carlos Rojas González. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Apelación del auto que resolvió las excepciones previas. Caducidad de las causales 1ª, 2ª y 3ª del artículo 154 del Código Civil.* Sentencia de 30 de junio de 1980. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

NULIDAD DE LA VENTA DE BIEN EMBARGADO. *Objeto ilícito en la enajenación.* Sentencia de 30 de junio de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro del ordinario propuesto por Ignacio Guevara y Carmen Elisa Velásquez viuda de Romero frente a Miguel Pardo y Pardo y otro. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El incumplimiento de los deberes del cónyuge demandado, sin convicción ni prueba alguna, no configura una negación de carácter indefinido que exima de la carga de la prueba al demandante que la alega.* Sentencia de 30 de junio de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Luis Arciniegas Davis contra María Blair Pacheco de Arciniegas. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil*.

FILIACION NATURAL. *Diferencia entre estado civil de una persona y la calidad de heredero, especialmente en cuanto a su prueba.* Sentencia de 30 de junio de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario de Sandra Garcés Restrepo o Sandra Restrepo contra Diego Luis y Carlos Andrés Garcés Velásquez y Gilma Velásquez viuda de García, como herederos de Gilberto Garcés. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

ACCION REIVINDICATORIA. *Elementos que configuran la cosa juzgada: identidad de objeto de causa y de partes. El error de hecho en la interpretación de la demanda debe ser manifiesto, evidente, para la procedencia del recurso.* Sentencia de 30 de junio de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario adelantado por María Yolanda Alzate de Agudelo contra Jaime y William Berrío Tamayo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

ACCION PUBLICIANA. *En casación la nulidad sólo puede invocarla la parte que tenga interés en su declaración. El quebranto de la ley sustancial por errónea interpretación del texto aplicable debe acusarse por la vía directa, independientemente de toda cuestión de hecho.* Sentencia de 1º de julio de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en este proceso ordinario instaurado por Víctor Manuel Hernández frente de Tomás Bejarano y otra. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. *Si la sentencia recurrida desestima la pretensión de*

los demandantes que persiguía la indemnización de los perjuicios ocasionados por la muerte en accidente de trabajo de su esposo y padre, el legislador no aplicó los artículos 2341, 2356 del Código Civil, en cuyo caso resultó equivocado e improcedente, alguno al fallo por interpretación errónea de tales preceptos. Sentencia de 4 de julio de 1980. *No casa* la proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Titiribí en el proceso promovido por Laura Sánchez viuda de Granados y otros contra la entidad industrial Hullera S. A. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE TRANSPORTE. *Desde que se perfecciona el contrato por el cual nacido de los convencionales el transportador se obliga a conducir las mercancías en el plazo fijado. Y una vez que éstas quedan a su disposición debe responder, además, por la pérdida total o parcial, por su avería y por el retardo en la entrega, en los términos de los artículos 1031 y 1032 del Código de Comercio.* Sentencia de 7 de julio de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario suscitado por Pablo Antonio Matéus contra la sociedad comercial Aerovías de Pesca y Colonización del Sureste Colombiano Ltda. (Aeropesca). Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

FILIACION NATURAL. *De no ser oportuno y trascendente el error de hecho invocado en casación no puede prosperar. Análisis de los testimonios a la luz de la sana crítica.* Sentencia de 8 de julio de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, promovido por Marcos y Blanca Cecilia Alfonso contra Biliana Vega Acosta y Héctor José Isidoro, María Lucía y Favio Vega. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

NULIDAD DE CONTRATO DE COMPRAVENTA Y SU CORRESPONDIENTE REGISTRO. *Una cosa es la nulidad de un acto o contrato y otra muy distinta la del instrumento en que se ha hecho constar.* Sentencia de 9 de julio de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ruga en este proceso ordinario seguido por Marlene Herrera Restrepo y otros contra Carmen Elena Rengifo de Rengifo. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

PERTENENCIA. *Diferencias del certificado del registrador acompañado de la demanda.* Sentencia de 10 de julio de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso seguido por la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana contra personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

FILIACION NATURAL. *Posesión notoria del estado de hijo natural. Prueba. No se exige que los testigos afirmen explícitamente que la duración de la posesión fue mayor de cinco años sino que de los testimonios se infiera que la posesión se prolongó por ese lapso.* Sentencia de 14 de julio de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Montería en el proceso ordinario de Dilia o Lilia Josefa Hernández López contra Francisco, Lucides, Manuel y otros como herederos de José María Hernández. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

FILIACION NATURAL. *Posesión notoria del estado de hijo natural. Error de hecho en la apreciación de la prueba.* Sentencia de 16 de julio de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Montería dentro del proceso adelantado por María Micaela Otero Bernal frente a los sucesores de Exequiel Otero García. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. *La responsabilidad derivada de accidente de trabajo se rige por la legislación laboral, aunque quien demande no sea el propio trabajador accidentado, sino sus sucesores o terceros; la que compromete a la persona del patrono independientemente del accidente de trabajo, se rige por la legislación civil.* Sentencia de 16 de julio de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario promovido por Amparo Piedrahita viuda de Pérez, en su propio nombre y como representante legal de sus menores hijos, contra la sociedad denominada Industrial Hullera S. A. y Santiago Mejía Montoya. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

RESCILIACION DE CONTRATO. *Para que un determinado medio probatorio pueda ser valorado por el Juez no basta que figure en los autos, sin haber sido decretado previamente, a solicitud de parte o de manera oficiosa, para que pueda ser objeto de contradicción.* Sentencia de 22 de julio de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario que suscitara el Banco Industrial Colombiano frente a Guillermo Schlumann Hoff y a Inversiones Colombo-Alemanas, S.C.P.A. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. *El cargo formulado por la vía directa no puede sustentarse en presuntos errores de orden probatorio.* Sentencia de 23 de julio de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro del ordinario promovido por Carmelo Molinares Lara frente al periódico "El Espectador" y al "Centro Médico Social y Drogas Gama Ltda.". Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El Ministerio Público no es propiamente parte en los procesos de separación de cuerpos. Su poder de actuación en dichos procesos no dimana de una vinculación directa con el derecho material debatido, sino de la especifica función que le ha*

confiado el Estado en valores de la ley y en defensa de los hijos menores. Sentencia de 24 de julio de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el proceso promovido por Angel Gómez Abaunza contra Elvira Rosa Tara. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento del demandado de los deberes de esposo.* Sentencia de 28 de julio de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso promovido por Lilian Peláez de Sierra contra Gabriel Sierra. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Reducción de la pensión alimentaria a que fue condenado el demandado, a fin de no colocar a éste en posición de imposible cumplimiento.* Sentencia de 29 de julio de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Martha Lucía Martínez de Gutiérrez contra Francisco Javier Gutiérrez Velásquez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina B.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Corresponde al Juez que conoce del proceso cuya suspensión se pretende decidir sobre la procedencia de la súplica en tal sentido.* Sentencia de 28 de julio de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el proceso promovido por Miguel A. Tejada Vásquez contra Libia Lucila López. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina B.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Quiénes son competentes para conocer de los procesos de separación de cuerpos según se trate de matrimonio católico o civil y quiénes conocen del proceso de liquidación de la sociedad conyugal.* Sentencia de 28 de julio de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia en el proceso promovido por Yolanda María Caicedo de Londoño contra Darío de Jesús Londoño Giraldo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina B.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento del demandado de sus deberes de esposo.* Sentencia de 28 de julio de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso promovido por Cecilia Ruiz de Silva contra Tomás Cipriano Silva. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono de sus deberes de esposo y padre por parte del demandado.* Sentencia de 29 de julio de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el proceso promovido por Gladys Marina Vivas de Ortiz contra Fabio Francisco Ortiz. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Apelación de la sentencia que denegó las pretensiones de la demanda. Ausencia total de medios de prueba que sustenten las causales alegadas por la demandante.* Sentencia de 29 de julio de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Martha Eugenia Ardila Garzón frente a Juan Aurelio Garzón. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Una mujer casada no puede entrar con su esposo a un motel público ni con él mantener relaciones calificables de menos sospechosas. Tal proceder constituye un atentado grave contra el honor del marido y configura la causal 2ª del artículo 4º de la Ley 1ª de 1976.* Sentencia de 29 de julio de 1980. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Caducidad de la causal de relaciones sexuales extramatrimoniales invocada por la demandante.* Sentencia de 29 de julio de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en este proceso promovido por Lilia Cecilia Triana de Sabogal contra Ignacio Sabogal Hurtado. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono del esposo demandado de sus deberes de esposo.* Sentencia de 29 de julio de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Emma Acevedo de Pinilla contra Norbert Pinilla. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El decreto de separación no termina con la vida en común de los cónyuges, sólo la suspende. Por ello es improcedente decretar la separación "definitiva" de los cuerpos.* Sentencia de 30 de julio de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso promovido por Janeth Gómez de Victoria contra James Diego Victoria. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono injustificado y grave de los deberes de esposo y madre, de la demandada.* Sentencia de 30 de julio de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia en el proceso promovido por Norberto Cardona contra Ofelia Cardona. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Es improcedente la consulta cuando la sentencia favorece a la parte demandada que debió ser emplazada y estuvo asistida por curador ad litem.* Auto de 30 de julio de 1980. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

FILIACION NATURAL. *Incongruencia del fallo. Prestaciones mutuas según que el poseedor sea de buena o*

cuota fo. Sentencia de 30 de julio de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogo en el proceso promovido por Gloria Reyes de Cuadros contra Ana Arroyave de Moreno. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina B.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave incumplimiento de los deberes de esposa en cuanto atañe a la fidelidad de la demandada.* Sentencia de 4 de agosto de 1980. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

RECURSO DE REVISION. *Nulidad del laudo arbitral. La causal de nulidad fue debidamente alegada, como quiera que no tuvo su origen en la sentencia mismo objeto del recurso extraordinario.* Sentencia de 4 de agosto de 1980. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Ninguna de las causales alegadas tuvo el respaldo probatorio suficiente para que pudieran prosperar.* Sentencia de 6 de agosto de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Amanda Espinosa de Alvarez contra Salvador Alvarez Tovar. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina B.*

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. *La responsabilidad derivada del accidente de trabajo se determina bajo el imperio de la legislación laboral, ya sea el trabajador mismo, sus sucesores, o los herederos perjudicados los que reclamen la indemnización respectiva; la que compromete al patrono pero no proviene del accidente de trabajo sino que es independiente del contrato laboral, se rige por la legislación civil.* Sentencia de 8 de agosto de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso ordinario instaurado por María Adelina González viuda de Pacheco como representante legal de sus menores hijos contra la sociedad denominada Industrial Hullera S. A. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

FILIACION NATURAL Y PETICION DE HERENCIA. *La confesión inequívoca de paternidad consagrada como presunción de paternidad natural en el numeral 2º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, necesariamente, debe constar por escrito; este requisito ad probationem se exige en forma expresa en el precepto citado.* Sentencia de 11 de agosto de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso ordinario promovido por Eduardo Felipe Aguilar contra los herederos de Teódulo Aguilar. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento de la demandada de sus deberes de esposa y madre.* Sentencia de 11 de agosto de 1980. *Confirma* el proferido por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso promovido por José Heriberto Lozano Aragón contra Blanca Diana Leiva de Lozano. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

REIVINDICACION. *Defectos de técnica de la demanda de casación. No habiéndose señalado la causal dentro de la cual se enmarcan los cargos, la Corte no puede oficiosamente escogerla.* Sentencia de 13 de agosto de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el proceso ordinario de José Simón y Evangelina Gil Pinzón contra Elisa Cuevas de Moreno. Abogado asistente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez.* Salvamento de voto del fallo anterior del doctor *José María Esguerra Samper.*

RESPONSABILIDAD CIVIL EN QUE PUEDEN INCURRIR LOS JUECES AL FALLAR. *La acción consagrada en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil no se asemeja al recurso extraordinario de revisión, pues no afecta la firmeza del fallo, sino que está encaminada a que las partes perjudicadas obtengan reparación pecuniaria de quien dictó la providencia que causó los perjuicios.* Sentencia de 1º de septiembre de 1980. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

Salvamento de voto del Magistrado, doctor *José María Esguerra Samper* del fallo anterior.

REIVINDICACION. *El comunero que reivindica para la comunidad debe expresarlo así, con claridad y precisión, en la demanda.* Sentencia de 23 de octubre de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal de Villavicencio, en el proceso promovido por Climaco Naranjo Hernández contra Edgar Caballero. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales.* Sentencia de 24 de octubre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso ordinario promovido por Nohora Inés Perdomo de Cruz contra Juan de la Rosa Cruz. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Cuando ambos cónyuges han incurrido en causal de separación cada uno está legitimado para demandar por las causales en que el otro ha incurrido, pero la compensación de culpas no es procedente.* Sentencia de 24 de octubre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el proceso promovido por María Lucy Cárdenas de Rojas y Abraham Rojas S. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono de la demandada, de sus deberes de esposa y madre.* Sentencia de 27 de octubre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso promovido por Gonzalo Hugo Escobar contra Mercedes Gómez Calderón. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El demandado ha incumplido grave e injustificadamente sus deberes de marido y de padre.* Sentencia de 24 de octubre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Gladys María Coronado Pinzón contra Alvaro Rojas de Villalba. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento injustificado de la demandada de sus deberes de esposa.* Sentencia de 24 de octubre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el proceso promovido entre María Luey Cárdenas de Rojas y Abrahan Rojas Sanabria. Magistrado ponente, doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El consorte que se desliga de su hogar dejando desamparados esposa e hijos quebranta gravemente las obligaciones que surgen de su doble estado de casado y de padre.* Sentencia de 27 de octubre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso promovido por Silvia Amparo Montoya contra Adolfo Enrique Orrego. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. *Error de hecho y de derecho.* Sentencia de 28 de octubre de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, en el proceso adelantado por Darío de Jesús Alvarez Muñoz y otra contra la Compañía Especializada en Trabajos Aerogrícolas Ltda. (Celta Ltda.) con domicilio en Aguachica (Cesar), representada por su Gerente Germán Erazo B. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *Revocatoria del auto que admitió la demanda por no integración del litis consorcio necesario.* Auto de 30 de octubre de 1980.

SIMULACION DE COMPRAVENTA. *Los errores de hecho que se atribuyen al fallador deben ser ostensibles y trascendentes: la Corte no encuentra contraevidencia alguna en la valoración probatoria efectuada por el Tribunal.* Sentencia de 3 de noviembre de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Marleny Barrero de Murcia contra Ana Beatriz Barrero de López. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

NULIDAD DE CONTRATOS DE SOCIEDAD. *Disolución de la sociedad y liquidación del patrimonio social. El impugnante no acusó todas las normas en que el sentenciador se apoyó al dictar el fallo impugnado.* Sentencia de 3 de noviembre de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso promovido por Ana Sarma de Rodríguez y otros contra Rosa Pereira de Serna y otros. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

CONTRATO DE COMISION. *Protuberantes errores de técnica en la formulación del recurso de casación.* Sentencia de 3 de noviembre de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario instaurado por "Planes y Servicios de Inversión Ltda." (Planser) frente a Asesoría y Servicios Industriales Ltda. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

FILIACION NATURAL. *Revisión del fallo proferido por el Juzgado de Menores.* Sentencia de 6 de noviembre de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso promovido por Guillermo Arcila de Reduut contra la menor Luz Amparo Tobón, representada por curador *ad litem.* Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

REIVINDICACION. *Defectos de técnica del recurso extraordinario.* Sentencia de 7 de noviembre de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Carlos Eduardo, Jorge Enrique y Luis Armando Chaves contra Manuel Antonio Almonacid. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SUSPENSION DEL PROCESO. *Es diferente de la interrupción. Requisitos para que pueda prosperar.* Auto de 18 de noviembre de 1980.

NULIDAD DE LA SENTENCIA PROFERIDA EN JUICIO DE VENTA QUE SE ADELANTO CONFORME A LA LEY 105 de 1931. *Por regla general, las leyes procesales tienen aplicación sobre las anteriores desde el momento en que empiecen a regir.* Sentencia de 21 de noviembre de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario de Uriel Salas Rincón contra Ana Tulia Barrera de Rincón y otro. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Como no se trajo a los autos la partida de registro civil del matrimonio no resulta acreditada en el proceso la legitimación en causa.* Sentencia de 28 de noviembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario promovido por Marco Tulio Hurtado contra Luz Padierna Aguirre de Hurtado. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Incumplimiento del demandado de sus deberes de marido y de padre.* Sentencia de 28 de noviembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Amparo Vera Coffe contra Luis Mora P. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Incumplimiento del demandado de sus deberes de esposo y padre.* Sentencia de 28 noviembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el proceso adelantado por Alba María Plaza Herrera de Bustamante contra Alberto Bustamante Madrid. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Causal 3ª del artículo 154 del Código Civil.* Sentencia de 28 de noviembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el proceso ordinario promovido por Stella Vargas Montero de Quiñónez contra Armando Quiñónez H. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Las pruebas allegadas al proceso no acreditan ninguna de las causales invocadas por la demandante.* Sentencia de 28 de noviembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso promovido por Ana Delina Quesada frente a su esposo Luis Antonio Huertas. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Causal 2ª del artículo 154 del Código Civil.* Sentencia de 28 de noviembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el proceso promovido por Carlota Amparo Restrepo Jaramillo contra Mario Korovilas M. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono de los deberes de esposo y padre, del demandado.* Sentencia de 19 de diciembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Rosalba Barbosa de Politi contra Luis Armando Politi. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Cuando se interroga a un testigo acerca de su edad no puede admitirse que declare simplemente que es mayor; es necesario que la precise para que el apreciar su dicho pueda saberse si estuvo en posibilidad de percibir personalmente el hecho que relata.* Sentencia de 2 de diciembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Lucila Vargas de Malhecha contra Carlos Malhecha Mayra. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION. *El Tribunal se declarará desierto el recurso debiendo de hecho hacerlo, al no dar cumplimiento el recurrente a lo dispuesto en el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil.* Sentencia de 2 de diciembre de 1980.

SEPARACION DE CUERPOS. *Para efectos de la causalidad de la vocación por malos tratos de la demandada al demandante, el término debe empezar a correr desde cuando cesa la ocurrencia de los mismos.* Sentencia de 2 de diciembre de 1980. *Confirma* el auto apelado en el proceso promovido por Gerardo Antonio Díaz contra María del Rosario Huérfano de Díaz. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono de su esposa e hijo, por parte del demandado.* Sentencia de 2 de diciembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Lilia Elsy Perilla contra Juvenal Cifuentes Meneses. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *No prosperan las causales 3ª y 5ª del artículo 154 del Código Civil aducidas por la demandante.* Sentencia de 2 de diciembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Nohora Cecilia Corzón Carrillo de Medina contra José Norman Medina V. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Causales 2ª y 3ª del Código Civil.* Sentencia de 2 de diciembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Olga Cecilia Guzmán de Castrillón contra Oscar Castrillón Ruiz. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Causal 4ª del artículo 154 del Código Civil.* Sentencia de 2 de diciembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Rosa Lucía Castañeda de Romero contra Oscar Romero Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposa y madre, de la demandante.* Sentencia de 2 de diciembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Antonio María Bustamante Medina contra Mary Mulano de Bustamante. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

PETICION DE HERENCIA. *La sentencia que confirma en todas sus partes el fallo de primera instancia no puede contener decisiones más gravosas para el apelante.* Sentencia de 3 de diciembre de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en este proceso ordinario promovido por Julio César, Víctor Mario y Justo Pastor Trujillo Puigarín contra María Eva Ocampo viuda de Trujillo. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Presupuestos que deben reunirse para que una persona pueda exigir alimentos de otra.* Sentencia de 4 de diciembre de 1980. *Revoca*

la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso promovido por Gloria Inés Gutiérrez de Villamil contra José Fernando Villamil Pineda. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

FILIACION NATURAL. *Dirigida la demanda contra herederos indeterminados a quienes se desconoce; emplazados éstos según lo dispuesto en el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil y notificado oportunamente el curador que se le designe; la sentencia que se profiera tiene efectos generales, absolutos, sin que se puedan desconocer los derechos patrimoniales de los favorecidos con el fallo.* Sentencia de 10 de diciembre de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Luis Alfredo García y otros frente a los herederos indeterminados de Luis Alberto Cárdenas Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE TRANSPORTE DE COSAS. *Cuando el juzgador omite tomar en consideración algo que la prueba expresa, incurre en error fáctico y no de derecho.* Sentencia de 10 de diciembre de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en este proceso de la sociedad Plásticos Limitada contra la Cooperativa de Transportadores de Risaralda Ltda. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín*.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION CONTRA LA SENTENCIA DICTADA EN UN PROCESO DE PERTENENCIA. *Si el demandante conoce el pretendido dueño del bien que intenta usucapir, está obligado a demandarlo como persona determinada.* Providencia de 10 de diciembre de 1980. *Declara nulo* el proceso ordinario de pertenencia que Joaquín José Ignacio Cardona Vallejo promovió contra personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín*.

INTERRUPCION DEL PROCESO POR ENFERMEDAD DEL APODERADO Y NULIDAD DE LO ACTUADO DENTRO DE DICHO TERMINO. *No ha lugar por ser extemporánea la solicitud.* Auto de 11 de diciembre de 1980.

REPOSICION. *No se repone el auto que denegó una nulidad.* Auto de 11 de diciembre de 1980. Auto que ordena devolver al Tribunal de origen la actuación en un recurso de queja. Auto de 11 de diciembre de 1980. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

NULIDAD DEL ACTO QUE REVOCO EL ADMISORIO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *No prospera alegando que se siguió procedimiento distinto al que legalmente correspondía toda vez que lo profirió el ponente y no la Sala.* Auto de 11 de diciembre de 1980. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El marido que se ausenta injustamente del hogar suspendiendo toda ayuda y socorro a su esposa e hijos, incumple gravemente sus obligaciones matrimoniales e incurre en causal de separación.* Sentencia de 12 de diciembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de ...., en el proceso de separación de cuerpos promovido por Edigaires Hortensia Pinto contra Fernando Aristizabal. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Ausencia del presupuesto procesal demanda en forma; el apoderado carece de facultad para hacer las manifestaciones de que trata el inciso 5º del artículo 18 de la Ley 1ª de 1976.* Sentencia de 12 de diciembre de 1980. *Se revoca* la sentencia apelada, la Corte se declara inhibida para resolver sobre este proceso. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. *La Corte no ha debido admitir el recurso toda vez que el recurrente no dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil.* Sentencia de 13 de diciembre de 1980.

REIVINDICACION DE INMUEBLE. *Elementos de la acción reivindicatoria. Error de hecho en la apreciación de la prueba.* Sentencia de 13 de diciembre de 1980. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, dentro del ordinario adelantado por Marry y Beatriz Blumbergh Pombo frente a Reynaldo Larrazábal Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono del demandado de sus deberes de esposo.* Sentencia de 13 de diciembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Martha Lucía Gallego Hoyos frente a Fernando Antonio Abad Rivas. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El pacto formalizado antes del matrimonio de que la mujer no puede trabajar mientras se mande cumplir con sus cargas conyugales lesiona el derecho de la mujer a lograr el desarrollo de su personalidad a través del trabajo y es contrario al Decreto 2820 de 1974 que estableció la igualdad jurídica de los sexos.* Sentencia de 12 de diciembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso promovido por Sra. Beatriz García Bernal contra Francisco Antonio Bernal Tirado. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín*.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. *El error manifiesto que se impute al Tribunal brilla por su ausencia. Improcedencia del segundo cargo por defectos de técnica en su formulación.* Sentencia de 12 de diciembre de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el proceso ordinario promovido por Marlquisel Mendoza Vargas contra José Noé Borda Rivera y otros. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposo y padre, del demandado.* Sentencia de 12 de diciembre de 1980.

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposo y padre, del demandado.* Sentencia de 12 de diciembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por María Dorisly de Borges contra Jorge Borges Perdomo. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento grave e injustificado del demandado de sus deberes de esposo.* Sentencia de 12 de diciembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por María del Carmen Guzmán de Torrente, contra Domingo Aurelio Torrente. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono injustificado de la demandada, de sus deberes de esposa y madre.* Sentencia de 12 de diciembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Jaime García Cubillos contra María Stella Roa de García. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Maltratamiento de palabra y de obra, abandono de los deberes de esposo y relaciones normales extramatrimoniales.* Sentencia de 13 de diciembre de 1980. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Ruscura Quintero de Solano contra Celiato Antonio Solano P. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono de los deberes de esposa y padre, del demandado.* Sentencia de 13 de diciembre de 1980. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Amparo del Socorro Urrego de Agudelo contra Eduardo Agudelo Flórez. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

CONTRATO DE SEGURO. *Irretroactividad de la ley. No pueden resultar infringidos por inaplicación, preceptos que no regían aún en la época en que se ajustó el contrato de seguro.* Sentencia de 13 de diciembre de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por "La Libertad" —Compañía de Seguros Generales— contra "Acción Cultural Popular". Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

RECONOCIMIENTO DE HIJO DE MUJER CASADA. *El reconocimiento de hijo natural amparado con presunción de legitimidad no es un acto serio sino ineficaz en tanto no se dé uno de los tres supuestos requeridos por la ley para que el hijo de mujer casada pueda ser reconocido como natural.* Sentencia de 13 de diciembre de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario promovido por Amalia Pinzón, viuda de Echeverri contra Rosalba Echeverri de Drago. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

INCONGRUENCIA DEL FALLO. *No hay incongruencia cuando prueba sobre peticiones no formuladas por los litigantes o que no aparecían en vigencia por haber acaecido de ellas la parte que las formuló. Sociedades de responsabilidad limitada. Modalidad del aporte de industria en el nuevo Código de Comercio.* Sentencia de 13 de diciembre de 1980. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Manuel S. Urueta contra las sociedades Talleres Lazofold Ltda. "Lemnidas Luna e Hijos Ltda.". Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

TOMO CLXVI

1981

SALA DE CASACION CIVIL

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

1 9 8 1

SALA PLENA

Doctores: PEDRO ELIAS SERRANO ABADIA, **Presidente.**
GERMAN GIRALDO ZULUAGA, **Vicepresidente.**
Nicolás Pájaro Peñaranda, Secretario General.

SALA CIVIL

Doctores: **RICARDO URIBE HOLGUIN, Presidente.**
Nicolás Pájaro Peñaranda, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores: **José María Esguerra Samper.**
Germán Giraldo Zuluaga.
Héctor Gómez Uribe.
Humberto Murcia Ballén.
Alberto Ospina Botero.
Ricardo Uribe Holguín.

SALA PENAL

Doctores: DARIO VELASQUEZ GAVIRIA, **Presidente.**
Alberto Mora Cogollos, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores. **Fabio Calderón Botero.**
Dante L. Fiorillo Porras.
Gustavo Gómez Velásquez.
Alvaro Luna Gómez.
Luis Enrique Romero Soto.
Alfonso Reyes Echandía.
Pedro Elías Serrano Abadía.
Darío Velásquez Gaviria.

SALA LABORAL

Doctor: FERNANDO URIBE RESTREPO, **Presidente.**
Señora: **Berta Salazar Velasco**, Secretaria.

MAGISTRADOS: Doctores: **Jerónimo Argáez Castello.**
César Ayerbe Chaux.
José Eduardo Gnecco Correa.
Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.
Juan Hernández Sáez.
Fernando Uribe Restrepo.

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores: JORGE VELEZ GARCIA, Presidente.
Luis F. Serrano A., Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores: Manuel Gaona Cruz.
Mario Latorre Rueda.
Ricardo Medina Moyano.
Carlos Medellin Forero.
Humberto Mesa González.
Oscar Salazar Chávez.
Servio Tulio Pinzón Durán.
Jorge Vélez García.

RELATORES: Doctores: Amelia Barrera de Gáfaro, Sala Civil.
Hernán Prieto Rincón, Sala Penal.
Manuel Antonio Vanegas Mendoza, Sala Laboral.
Miguel A. Roa Castelblanco, Sala Constitucional.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORA SALA CIVIL	DOCTORA AMELIA BARRERA DE CAFARO
RELATOR SALA PENAL	DOCTOR HERNAN PRIETO RINCON
RELATOR SALA LABORAL	DOCTOR MANUEL A. VANEGAS MENDOZA
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL	DOCTOR MIGUEL A. ROA CASTELBLANCO

TOMO CLXVI — Bogotá - Colombia — Enero a Diciembre de 1981 — Número 2407

RESOLUCION DE CONTRATO

Requisitos para la validez y procedencia de la acción resolutoria. La sentencia no es incongruente por rebasar las peticiones de la demanda cuando el juez declara que el contrato cuya resolución se pide, carece de alguno de los requisitos exigidos por la Ley, aunque este aspecto no la haya alegado el demandado. pues lo relativo a la validez o invalidez del contrato es materia incluida en el thema decidendum en esta clase de procesos

El vicio proveniente de la omisión de formalidades en la promesa de contrato debe ser reconocido por el juez oficiosamente, como que es una cuestión de interés general o de orden público cuya no observancia configura una nulidad de carácter absoluto.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

Bogotá, D. E., 27 de enero de 1981.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 9 de abril de 1980, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en este proceso ordinario instaurado por la sociedad Agropecuaria La Florida y Buenos Aires Limitada y otro, frente a Eustaquio Hernández Hurtado.

1

Antecedentes

El 22 de mayo de 1978, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron en Bogotá, se ajustó entre la citada sociedad "Agropecuaria La Florida y Buenos Aires Limitada" y Luis Enrique Noura Waked, por una parte, y el mentado Eustaquio Hernández Hurtado, por la otra, el contrato que llamaron "Promesa de venta" y cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) La referida sociedad limitada prometió enajenar a favor de Hernández Hurtado, a título de venta, la hacienda "La Florida", ubi-

cada en el corregimiento de Méndez de la jurisdicción del Municipio tolimense de Armero, "integrada por los lotes (La Florida, Los Jazmines y la Mina), con un área de 500 hectáreas y 50 hectáreas (más o menos)", y cuyos linderos generales allí describen;

b) Por su parte Nohra Waked, mediante la cláusula segunda contenida en ese mismo documento, se comprometió a "ceder a favor" del mismo Hernández Hurtado "los derechos que tiene en los créditos a su favor sobre el lote denominado 'La Mina', con un área de 50 hectáreas más o menos, que 'no de propiedad de Jorge Zuluaga y cuya adjudicación se encuentra en trámite en el Juzgado Civil de Armero";

c) Acordaron los convencionistas como precio de las fincas prometidas enajenar, y de los muebles, enseres y maquinarias en ellas existentes y que discriminaron por ser objeto también de la promesa de compraventa, la suma de $ 9.500.000.00, que el prometiente comprador se obligó a pagar así: $ 2.000.000.00 entregados en esa misma fecha, "como arras del negocio y parte del precio"; $ 3.000.000.00 el 24 de julio de 1978; $ 1.500.000.00 el 24 de marzo de 1979; $ 1.500.000.00 el 24 de noviembre de 1979, y $ 1.500.000.00 el 24 de julio de 1980;

d) Luego de expresar que la escritura "se correrá por la suma" de $ 4.000.000.00, manifestaron los contratantes que ésta se otorgaría el 15 de diciembre de 1978 en la Notaría Once de Bogotá, pero que la finca "La Florida" se entregaría real y materialmente por la sociedad a Hernández Hurtado el 24 de julio del año de 1978, y

e) Después de afirmar que los inmuebles que ella prometía vender, los había adquirido la sociedad "Agropecuaria La Florida" por varias compras contenidas en las escrituras públicas cuyos números y registros discriminan, mediante la cláusula 13ª de dicho pacto expresaron los contratantes: "La escritura del lote denominado 'La Mina' y que hace parte de la presente venta, será legalizada una vez se encuentre legalizado el juicio de sucesión del señor Jorge Zuluaga cuya adjudicación a favor del doctor Luis E. Nohra W. cursa en el Juzgado Civil de Armero...".

II

El litigio

1. Mediante escrito presentado el 9 de agosto de 1978 y que en repartimiento correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sogamoso, Luis Enrique Nohra Waked, en su propio nombre y como representante legal de la sociedad "Agropecuaria La Florida y Buenos Aires Limitada", demandó a Eustaquio Hernández Hurtado a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que está resuelto, por incumplimiento de las obligaciones que de él surgieron para el demandado, el contrato de promesa de compraventa ajustado entre Eustarquio Hernández Hurtado, como prometiente comprador, y Luis Enrique Nohra Waked y la sociedad "Agropecuaria La Florida y Buenos Aires Limitada", como prometientes vendedores, contenido en documento por ellos suscrito en Bogotá el 22 de mayo de 1978;

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se disponga que el demandado, por razón de su incumplimiento contractual, "pierde las arras entregadas a la sociedad" demandante con causa en el contrato de promesa que se declara resuelto;

c) Que se declare "sin valor alguno la cesión que de los créditos a su favor en la sucesión del señor Jorge Zuluaga hizo el doctor Luis Enrique Nohra W. al señor Eustaquio Hernández", y

d) Que se condene al demandado a pagar a la sociedad demandante los perjuicios que le ha causado con el incumplimiento del contrato de promesa de compraventa referido, lo mismo que las costas procesales.

2. En apoyo de sus pretensiones los demandantes invocaron, además de los que fluyen de los antecedentes relatados, los hechos que sustancialmente quedan sintetizados en las siguientes afirmaciones:

a) Que el demandado ha incumplido con las obligaciones que para él generó el contrato de promesa, puesto que, de una parte, el cheque por un millón de pesos girado en pago de parte del valor de las arras fue rechazado por el banco girado "por falta de fondos"; y, de otra, el contado de $ 3.000.000.00, que como parte del precio debía entregar el prometiente comprador el 24 de julio de 1978, no lo pagó ese día ni lo ha pagado aún;

b) Que durante los días 23, 24 y 25 de julio de ese mismo año, de 1978, el representante legal de la sociedad prometiente vendedora estuvo en la finca "La Florida" esperando al prometiente

comprador para hacerle la correspondiente entrega real y material, como estaba pactado, "sin que éste se hiciera presente", y

c) Que el incumplimiento del demandado ocasionó a sus demandantes cuantiosos perjuicios, puesto que no pudieron cancelar las obligaciones que tenían con sus acreedores; tuvieron que recurrir al crédito extrabancario, pagando intereses altos, etc. y

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a las pretensiones deducidas en ésta.

Y en cuanto a los hechos, si bien aceptó el precio acordado para los bienes ofrecidos en venta, manifestó sin embargo que el contrato inicialmente ajustado el 22 de mayo de 1978 se modificó sustancialmente en Sogamoso, el 24 de ese mismo mes de mayo; que en tal modificación se acordó, al contrario de lo que se había estipulado antes, que "la venta se hace por linderos y no por área"; que la entrega de la finca no se hizo en la fecha acordada contractualmente, no porque el demandado no hubiera querido recibir, pues éste siempre se allanó a ello, sino por "la imposibilidad del hoy demandante de entregar el inmueble en su totalidad por tener 'ganado' o sobrevientes"; negó que se le hubiera rechazado el cheque que por $ 1.000.000.00 giró contra la Caja Agraria de Aguazul, lo mismo que los demandantes hubiesen recibido perjuicios.

Expresó además que a mediados de julio de 1978 Nohra y Hernández, acordaron que solamente se haría "entrega de parte del inmueble, el potrero San Jorge, y que el prometiente comprador podía hacer los trabajos que considerara necesario; que como el inmueble estaba ocupado con ganados del Fondo Ganadero, Hernández quedaba con la opción de tomar para sí dicho ganado y estudiaría el negocio; que el dinero que debía entregar el prometiente comprador, seguiría ganando los intereses pactados, hasta cuando lo pagara, ampliando el plazo indeterminadamente"; y que posteriormente, "por teléfono, el prometiente vendedor propuso a Hernández que fuera a Bogotá para modificar el contrato en el sentido de cambiar la forma de pago, pues para él era 'muy largo el plazo', y que en todo caso se disminuiría el precio del bien, pudiendo ser el de $ 7.500.000.00".

4. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de pruebas pedidas por ambas partes se adelantó la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 3 de mayo de 1979, mediante la cual, al estimar que el contrato pactado le faltaron requisitos exigidos legalmente para su eficacia jurídica, resolvió el litigio así:

a) Declaró la nulidad de la promesa de compraventa ajustada el 22 de mayo de 1978, entre los sujetos de este proceso;

b) Dispuso, como consecuencia, que las partes "se restituyan recíprocamente lo que se hayan dado o entregado en la celebración del contrato", así: 1º El "prometiente vendedor" devolverá al prometiente comprador la suma de $ 2.000.000.00, más los intereses a la rata del 2 y ½% mensual, desde cuando recibió el dinero hasta cuando verifique la restitución, y 2º El prometiente comprador debe restituir a aquél el potrero "San Jorge" de la Hacienda "La Florida", junto con los frutos percibidos durante el tiempo que lo tuvo en su poder, "descontadas las mejoras introducidas y comprobadas, lo mismo que los derechos sobre los créditos cedidos por el prometiente vendedor a su favor en la sucesión de Jorge Zuluaga...";

c) Decidió que esas recíprocas restituciones se hiciesen dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo, y

d) Finalmente, condenó a "ambos contratantes", en partes iguales, al pago de las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por los demandantes contra dicha sentencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el que, en su fallo de 9 de abril de 1980, modificó las dos primeras resoluciones del apelado, en el sentido de declarar que el contrato de promesa de compraventa "no produce obligación alguna", y que la tasa de interés que debe pagar el prometiente vendedor al prometiente comprador, "es la legal y no la del dos y medio por ciento", confirmó las otras disposiciones de la sentencia recurrida, y dispuso que no había lugar a costas en la segunda instancia del proceso.

III

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. En el inicio de las motivaciones de su sentencia recuerda el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, luego de transcribir el texto del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que la promesa de contrato es acto jurídico solemne y que "sólo produce obligaciones si, además, cumple a plenitud los requisitos previstos por la norma en cita", de los cuales destaca el indicado por el numeral

4 de esa disposición, o sea, el atinente a la determinación del contrato prometido.

Observa el *ad quem* a renglón seguido que cuando la promesa tenga por objeto la enajenación del dominio de bienes inmuebles, "la determinación del contrato prometido supone necesariamente, entre otras indicaciones o precisiones, la identificación de los predios por su situación y linderos, conforme a lo prescrito por el artículo 31 del Decreto 960 de 1970".

2. Asentado por él el anterior postulado, el sentenciador de segundo grado acomete el análisis de la promesa de compraventa que aquí adujo la parte demandante como fuente de las declaraciones que persigue.

Y luego de compendiar sus cláusulas fundamentales, asevera que el documento en el cual se plasmó el contrato contiene "notorias impropiedades" y "referencias inexactas, reconocidas así por las partes", puesto que los linderos en ella consignados no comprenden el lote La Mina, muy a pesar de que se expresó que éste hacía parte integrante de la hacienda "La Florida"; que además "En el documento que contiene la promesa cuestionada no figuran los linderos del lote denominado La Mina y apenas se señala su extensión aproximada ('50 hectáreas más o menos'), lo que significa que por este aspecto el negocio jurídico prometido no quedó determinado en el contrato".

3. Después de advertir que relativamente al lote "La Mina", éste no es ni siquiera determinable, concluye el Tribunal en que la promesa de compraventa referida "no tiene virtualidad jurídica para crear obligaciones entre las partes en orden a perfeccionar el negocio jurídico prometido, por cuanto no cumple el requisito exigido en el numeral 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887".

Separándose de lo que en el punto dijo el Juzgado de la primera instancia, expresó el sentenciador *ad quem* que no procede la declaratoria oficiosa de nulidad, pues que ésta "no aparece de manifiesto en el documento en que se consignó el precontrato"; que para establecer la indeterminación del objeto "hubo de recurrirse a elementos probatorios diferentes del documento mismo en que se instrumentó la promesa"; pero que como el precitado artículo 89 de la Ley 153 dispone que *el precontrato no produce obligación alguna*, esa es la declaración que "de todas maneras" corresponde hacer para "reconocer esta ineficacia jurídica".

IV

El recurso extraordinario

1. Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado interpusieron casación los demandantes. Estos, en su respectiva demanda y con fundamento en la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, formulan contra dicho fallo un solo cargo.

Mediante él lo acusan de no estar en consonancia con las pretensiones de la demanda o las excepciones propuestas por el demandado, más precisamente de ser un fallo excesivo o *extra petita*, por haber declarado una "nulidad relativa no propuesta como excepción por el demandado".

2. Desenvolviendo la censura el casacionista comienza por recordar que, según lo prescribe el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, "salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda".

Concretando el yerro *in procedendo* que denuncia, tras aseverar que la sentencia impugnada "contiene la declaración oficiosa de una nulidad relativa" el censor asevera que ella no puede "ser declarada de oficio. Debe ser alegada dentro de la oportunidad procesal que la ley concede (contestación de la demanda) y de ella debe correrse traslado al demandante para que tenga oportunidad de controvertir la excepción propuesta. No alegarla en tiempo, entiende la ley, es sanearla. Y declararla sin haber sido propuesta, es violar todas las normas procedimentales, empezando para ello con el artículo 26 de la Constitución Nacional, para continuar con el 305 del estatuto procesal Civil . . .".

V

Consideraciones de la Corte

1ª *Jurisprudencia y doctrina han sostenido uniforme y constantemente, dentro del ámbito de la preceptiva legal contenida en el artículo 1546 del Código Civil, que la acción resolutoria contractual requiere, para su viabilidad y procedencia, de las siguientes tres condiciones esenciales:*

a) Existencia de un contrato bilateral válido;

b) Incumplimiento del demandado total, o parcial, de las obligaciones que para él generó

el pacto, porque en eso consiste la realización de la condición tácita, y

c) Que el demandante, por su parte, haya cumplido los deberes que le impone la convención, o cuando menos que se haya allanado a cumplirlos en la forma y tiempo debidos.

Lo cual impulsa a aseverar, como consecuencia lógica, que al proferir su fallo con el que debe decidir en el fondo la pretensión resolutoria deducida principalmente en el proceso, por imperativo legal tiene el juez que comenzar su juicio crítico en torno a la validez o invalidez del contrato que se busca resolver y que el demandante cita como fuente de las obligaciones del demandado, que aquél alega como incumplidas por éste: si su deducción en el punto es la de que el pacto no es legalmente válido, su sentencia tiene que ser negativa, pues en tal supuesto a la pretensión le faltará el primero de sus presupuestos axiológicos.

O sea, que en los procesos en los cuales se busca la resolución de un contrato bilateral, el punto atinente a la validez o invalidez de éste es materia que queda incluida dentro del thema decidendum, así tal aspecto no se haya alegado expresamente por el demandado en la contestación a la demanda. Por consiguiente, cuando el fallo declara que el contrato que se pretende resolver no produce obligaciones válidas, por faltarle en su estructuración alguno o algunos de los requisitos establecidos por la ley, y por consiguiente niega la resolución pedida, no puede afirmarse con acierto que la sentencia así concebida sea incongruente por rebasar, por extra petita, las peticiones de la demanda o las excepciones del reo.

Si el discernimiento del juzgador fuere, en ese caso, contrario a lo que la ley sustancial prescribe para la validez del contrato, ese presunto yerro sería corregible, en casación, a través de la causal primera por implicar un error in judicando.

2ª Pero aún prescindiendo del razonamiento anterior, el fallo aquí combatido no podría quebrarse, puesto que lo declarado por el tribunal no es la nulidad relativa del contrato de promesa de compraventa, como lo asevera la censura, sino la de que la promesa de compraventa "no produce obligación alguna", por no haberse ajustado ese contrato al requisito establecido por el numeral 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, o sea la determinación del contrato prometido.

Cabría recordar, para hallarle juridicidad al anterior postulado, que en cuanto a la nulidad o inexistencia de la promesa de contrato por no reunir todas las circunstancias requeridas por el antecitado texto legal, la Corte ya ha tenido oportunidad de estudiar el problema; y que luego de acentuar que hay diferencia entre los actos absolutamente nulos y los inexistentes, ha concluido en que el Código Colombiano comprende, dentro de la nulidad absoluta, los contratos jurídicamente inexistentes, con fundamento en que el artículo 1741 sanciona con tacha de nulidad absoluta los actos en los cuales se ha omitido algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para ellos en consideración a su naturaleza, o a la calidad o estado de las personas.

Según el derecho positivo la nulidad absoluta, que se funda siempre en razones de interés general o de orden público, se produce por violar una prohibición de la ley, o por un defecto esencial que impide al acto producir efecto alguno desde el momento de su celebración; la nulidad relativa, que se apoya en cambio en el interés privado de las partes, es una medida de protección establecida en favor de las personas que, por razón de su incapacidad legal, no tienen la libre administración de sus bienes, o que han sufrido un error, engaño o violencia en la conclusión del negocio jurídico.

3ª Si el precitado artículo 89 de la Ley 153 requiere que, para su validez, la promesa de contrato conste por escrito; y que en éste se determine el contrato prometido a tal punto que "para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales", está reglamentando una cuestión que es eminentemente de interés general o de orden público. Y si esa misma norma establece que cuando dicho contrato no observa todos los requisitos allí establecidos, la promesa "no produce obligación alguna", tal disposición no puede entenderse como la consagración de una nulidad relativa.

Siendo nulidad absoluta, pues proviene de la omisión de formalidades, su reconocimiento debe hacerlo el juzgador, aún oficiosamente, sin que tal conducto implique incongruencia del fallo, pues ese es precisamente el comportamiento que le impone el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil al decir: "Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda".

Si, pues, el fallador reconoce una excepción no propuesta por el demandado, de las que debe

declarar oficiosamente, su sentencia jamás es incongruente, porque en tal caso el juzgador apenas si está cumpliendo un precepto legal que le impone esa precisa conducta al proferir el fallo.

El cargo es pues ineficaz.

VI

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 9 de abril de 1959, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Luis H. Mora Benavides
Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

Procedimiento. La interposición y sustentación del recurso se hacen en la demanda. Al libelo deben acompañarse las pruebas que acrediten las calidades de heredero, cónyuge, albacea, etc., con que actúe el demandante o se cite al demandado. El proceso de revisión no es la continuación o prolongación del proceso recurrido y por lo mismo la prueba de la representación legal que obró en este último no es idónea para el de revisión.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

Bogotá, D. E., 29 de enero de 1981.

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión interpuesto por José Noél Gutiérrez Mendoza contra la sentencia de 22 de febrero de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el proceso ejecutivo que con título hipotecario adelantan los herederos de Elías Sabogal Sabogal frente a Noé Gutiérrez Murillo y otros.

I

Antecedentes

1. Mediante la Escritura pública número 76 de 17 de marzo de 1967, otorgada en esa fecha en la Notaría del Guamo y debidamente inscrita el 21 siguiente en la Oficina de Registro de allí, Elías Sabogal Sabogal transfirió a favor de Noé Gutiérrez Murillo y Endoxia Mendoza de Gutiérrez, a título de venta y por partes iguales, un lote de terreno de 70 hectáreas aproximadamente, ubicado en la vereda de "Luisa García" de la jurisdicción del municipio tolimense de San Luis, comprendido dentro de las especiales alinderaciones que en ese documento se describen.

Como precio de la cosa enajenada acordaron los contratantes la suma de $ 280.000.00, que los compradores se comprometieron a pagar dentro de los tres años siguientes, así: cuatro cuotas semestrales de $ 46.666.67 cada una, pagaderas sucesivamente a partir de la fecha de la escritura, y dos cuotas de $ 46.666.66, también semestrales, durante el último de los tres años concedidos para el pago total del precio. Se obligaron además a reconocer al acreedor intereses a la rata del 2% mensual, "así en el plazo como en la mora".

2. Para garantizar el pago del precio los convencionistas acordaron, mediante la cláusula 8ª de esta misma escritura, constituir "hipoteca especial y expresa de primer grado, sobre el lote de terreno materia de la compraventa".

3. Endoxia Mendoza de Gutiérrez murió el 7 de enero de 1970; en su proceso sucesorio, que el Juzgado Civil del Circuito del Guamo abrió mediante auto del 4 de agosto siguiente, se reconoció como interesados a Demetrio Gutiérrez Murillo, cónyuge sobreviviente, y a sus hijos legítimos José Noel, José Vicente y Flor Alba Gutiérrez Mendoza.

4. Encontrándose en trámite la sucesión de Elías Sabogal, en la cual se había reconocido como interesado, en su calidad de hijo legítimo de aquél, a Jorge Elías Sabogal Perilla, advino a dicho proceso Elizabeth Sabogal de Sabogal a pedir que se reconociera, por haber ocurrido a la sazón el óbito del citado Sabogal Perilla, a sus hijos legítimos Jorge Luis, Carlos Enrique y Juan Manuel Sabogal Sabogal "por derecho de representación de su padre", a lo cual accedió el Juzgado Civil del Circuito del Guamo por auto de 31 de octubre de 1973.

II

El proceso ejecutivo

1. Mediante escrito de 4 de noviembre de 1974, adicionado por el de 26 siguiente, Elizabeth Sabogal de Sabogal, actuando como "representante

legal de los herederos del doctor Elías Sabogal Sabogal, que son mis menores hijos Jorge Luis, Carlos Enrique y Juan Manuel Sabogal Sabogal", demandó a Noé Gutiérrez Murillo y a los herederos de Eudoxia Mendoza de Gutiérrez, Demetrio Gutiérrez Murillo, a éste en su nombre propio y como representante de sus menores hijos José Noel, José Vicente y Flor Alba Gutiérrez Mendoza, a fin de que con su citación y audiencia se decretase la venta en pública subasta del inmueble sometido al gravamen hipotecario atrás referido, para que, con el producto del remate, se les pagase el crédito de $ 280.000.00, junto con los intereses causados desde que éstos se hicieron exigibles hasta cuando se verifique el pago, liquidados al 2% mensual que fue la rata acordada contractualmente.

Solicitó que previamente y para los efectos del artículo 1434 del Código Civil, debía notificarse la existencia del título ejecutivo a los herederos de Eudoxia Mendoza de Gutiérrez.

2. Después que por exigencia del juzgado se aportaron algunas pruebas atinentes al estado civil de los demandados, el apoderado de los demandantes, mediante escritos de marzo de 1975, bajo la gravedad del juramento expresó que desconocía la vecindad y la residencia de sus demandados y por consiguiente solicitó su emplazamiento, afirmando, además, que como para entonces José Noél Gutiérrez Mendoza era ya mayor de edad debía tenérsele "como demandado directo y no representado por su padre", Demetrio Gutiérrez Murillo.

3. Así las cosas, mediante su auto de 31 de marzo de 1975, el Juzgado Civil del Circuito del Guamo ordenó emplazar, de "conformidad con lo estatuido por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil", a José Gutiérrez Mendoza y a Demetrio Gutiérrez Murillo: a éste "en su propio nombre y como representante legal de sus hijos José Vicente y Flor Alba Gutiérrez Mendoza", para que "se presenten a este juzgado a ponerse a derecho en el proceso".

En el auto que ordenó el llamamiento edictal, dispuso el Juzgado que cuando los emplazados "se hagan presentes debe notificárseles la existencia del crédito en contra de la sucesión . . y en su defecto esta notificación debe hacérsele al curador *ad litem* que se designe. . . ".

4. Se procedió pues al emplazamiento de los citados Gutiérrez Murillo y Gutiérrez Mendoza, mediante edicto que se fijó en la Secretaría del Juzgado el 18 de abril de ese año; el que se publicó en el periódico "El Cronista" de Ibagué los días 23 y 30 de abril y 7 de mayo; y además se radiodifundió, una sola vez, en la emisora "Lemaya" del Guamo el 22 de ese abril.

Vencido que fue el término del emplazamiento y como los demandados no comparecieron, se les designó curador al abogado Alberto Rodríguez Quintero a quien, después de posesionado y de habérsele discernido el cargo, en diligencia surtida el 22 de enero de 1976, se le notificó en forma personal "la existencia del crédito hipotecario que contiene la Escritura número 76 de fecha 17 de marzo de 1967. . . ".

5. Por auto de 5 de febrero de 1976 el Juzgado admitió la demanda en la cual se pedía la venta en pública subasta del bien hipotecado.

Dispuso, en esa providencia, que el traslado de la demanda y de los documentos anexos se surtiera, "a más de Noé Gutiérrez Murillo, con los curadores ad-litem de los representantes de la sucesión de Eudoxia Mendoza de Gutiérrez. . . ", lo que efectivamente así se hizo el 13 de mayo siguiente.

Y luego de habérsele practicado el secuestro del bien materia del gravamen hipotecario, diligencia que generó dilatadas incidencias, como para entonces ya se habían tramitado todas las excepciones propuestas por el curador de los demandados, el Juzgado dictó su sentencia de 13 de agosto de 1977, mediante la cual, después de declarar no probada ninguna de dichas excepciones, decretó la venta en pública subasta del bien materia de la litis y dispuso que con su producto se pagase el crédito cobrado.

Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante la suya proferida el 22 de febrero de 1978.

6. Continuóse pues el trámite de la ejecución con el avalúo pericial del inmueble indispensable para arribar a su remate.

Entonces los demandados José Noel Gutiérrez Mendoza, Demetrio Gutiérrez Murillo y Noé Gutiérrez Murillo, éste en su nombre y en el de los demás demandados, pidieron la declaratoria de nulidad del proceso "a partir del auto que ordenó el emplazamiento", por las siguientes dos circunstancias:

a) Porque el edicto emplazatorio de los demandados solamente se publicó en la emisora "Radio Lemaya", por "*una sola vez* lo que implica flagrante violación del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, que exige a más de la publicación por tres veces en un diario de

amplia circulación, igual número de veces y durante el mismo término, 'por medio de radiodifusora del lugar' ", y

b) Porque como consecuencia de haberse hecho irregularmente el emplazamiento, hubo "indebida representación de los demandados José Noel Gutiérrez Mendoza y Demetrio Gutiérrez por el curador ad-litem" que a ellos se les designó, pues que, agregaron, dicho curador "carecía de personería suficiente para representar a los demandados".

7. Tramitado que fue el incidente propuesto el Juzgado del Guamo, mediante su auto del 22 de junio de 1978, no accedió a decretar la nulidad procesal deprecada, al considerar que se había propuesto tardíamente. Dijo en efecto el juzgador *ad quem*, que "no es del caso alegar esta clase de nulidades como incidente en el proceso ejecutivo después de dictada la sentencia, ya que ello sólo procede en los casos de sentencia que conlleva ejecución, como claramente lo dice" el inciso 2º del artículo 154 del Código de Procedimiento Civil.

Lo así decidido por el juzgador de la primera instancia fue confirmado por el Tribunal Superior de Ibagué, con iguales o semejantes argumentos, en su auto de 4 de noviembre de 1978, con el cual resolvió la apelación interpuesta contra la negativa referida.

III

El recurso de revisión

1. Mediante escrito presentado en la Secretaría de esta Corporación el 8 de febrero del pasado año, José Noel Gutiérrez Mendoza propuso este recurso extraordinario contra la sentencia de 22 de febrero de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el proceso ejecutivo que con título hipotecario instauraron Jorge Luis, Carlos Enrique y Juan Manuel Sabogal Sabogal, como herederos de Elías Sabogal Sabogal y representados por su madre Elizabeth Sabogal de Sabogal contra Noé Gutiérrez Murillo y los herederos de Eudoxia Mendoza de Gutiérrez, o sea: Demetrio Gutiérrez Murillo, en su doble calidad de cónyuge sobreviviente de la causante y como representante legal de sus menores hijos José Noel, José Vicente y Flor Alba Gutiérrez Mendoza.

En la demanda respectiva solicita el recurrente que, con citación y audiencia de todas las personas antecitadas, la Corte revise la sentencia mencionada y, como consecuencia, "decrete la nulidad de todo lo actuado en el mencionado proceso ejecutivo..., con sus secuelas propias de cancelación de embargo, secuestros, etc., efectuados dentro del proceso".

2. En apoyo de su pretensión impugnativa el recurrente invoca la causal contemplada en el numeral 7 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, la que hace consistir en los hechos que, luego de resumir los actos procesales surtidos en el proceso ejecutivo en el que se dictó la sentencia cuya revisión busca, expresa en estos términos:

"En primer lugar, que para la notificación y traslado del auto admisorio de la demanda, no se ordenó ni se efectuó el emplazamiento de los demandados, como lo exige la ley, sino que el Juzgado del Circuito de El Guamo, equivocadamente y teniendo en cuenta que ya se había efectuado el emplazamiento y se había designado curaduría ad-litem, para la notificación de la existencia de, crédito hipotecario, dispuso simplemente que el auto admisorio de la demanda y su traslado se surtiera con los curadores ya designados, lo que es ilegal, puesto que los mismos lo fueron y no podían serlo de otra manera, para representar a los ausentes en unas diligencias previas a la ejecución; para ésta, como es obvio, se ha debido disponer nuevamente su emplazamiento, con todas las formalidades legales".

Como razón subsidiaria de la anterior, expresa el impugnante que aún prescindiendo de ésta, la nulidad procesal invocada también se configura puesto que en el edicto emplazatorio de los ejecutados "no se precisó el asunto para el cual se emplazaba a los ausentes, vale decir, para recibir la notificación de la existencia del crédito hipotecario a cargo de su causante; no se hizo la publicación por 3 veces del mencionado edicto en Radio Lemaya, Emisora de la Cadena Caracol, que funciona en El Guamo, como lo preceptúa el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil...".

Afirmó el recurrente que solamente el 6 de mayo de 1978, él "tuvo conocimiento del citado proceso ejecutorio"; que entonces, por conducto de apoderado propuso "el incidente de nulidad, por falta de emplazamiento o emplazamiento irregular", pero que los juzgadores correspondientes le denegaron "por considerar que dentro del proceso hipotecario ya había precluido la oportunidad procesal válida para proponer la nulidad".

3. Por cuanto el recurso extraordinario se propuso dentro de la oportunidad indicada en el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil y el recurrente constituyó la caución exigida, la

Corte, después de haber recibido el expediente del Juzgado de origen, mediante auto de 10 de mayo de 1980, admitió la demanda y ordenó correrla en traslado a los demandados.

4. De éstos, Noé Gutiérrez Murillo y Demetrio Gutiérrez Murillo, éste en su nombre y como representante de sus menores hijos los citados Gutiérrez Mendoza, contestaron la demanda aceptando los hechos en ella invocados y expresando que coadyuvaban las pretensiones del recurrente "por corresponder a supuestas de derechos que se hallan plenamente establecidos".

Por su parte la demandada Elizabeth Sabogal de Sabogal, en su nombre y en el de su menor hijo Juan Manuel Sabogal, también contestó la demanda pero oponiéndose, eso sí, a la revisión suplicada. Expresó, de una parte, que ella no fue cónyuge del acreedor Elías Sabogal Sabogal, ni heredera del mismo; que si bien es cierto que actuó en la sucesión de éste, lo hizo sin embargo como representante legal de sus hijos, entonces menores, y que por lo tanto no actuó como parte en el proceso hipotecario; que "por lo mismo ella no puede ser sujeto pasivo de la demanda revisoria", ni puede en este proceso llevar la representación de Carlos Enrique y Jorge Luis Sabogal Sabogal, pues que si bien son hijos suyos éstos son ya mayores de edad.

Estiman estos demandados, de otra parte, que si la nulidad invocada hubiere existido, ella habría desaparecido del proceso por saneamiento, puesto que, explican, "el recurrente presentó el incidente de nulidad dentro del proceso ejecutivo con título hipotecario, fue negada tanto en primera como en segunda instancia, como lo demuestran los autos".

5. En esa misma oportunidad tales dos demandados, es decir Elizabeth Sabogal de Sabogal y Juan Manuel Sabogal Sabogal, apoyados en lo prescrito por el artículo 333 del Código de Procedimiento Civil, propusieron las siguientes excepciones previas:

a) Indebida representación de algunos de los demandados;

b) No haberse presentado la prueba de que la demandada Elizabeth Sabogal de Sabogal es cónyuge sobreviviente de Elías Sabogal Sabogal, ni menos la de ser representante legal de Jorge Luis, Carlos Enrique y Juan Manuel Sabogal Sabogal, y

c) No comprender la demanda de revisión a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario.

Como fundamentos de la primera excepción por ellos propuesta, los excepcionantes alegan los siguientes hechos: que "Jorge Luis Sabogal y Carlos Enrique Sabogal, que formaron parte de los demandantes en el proceso ejecutivo y son demandados en este proceso revisorio, no pueden ser representados por su madre legítima, porque ellos, como mayores que son, no están sometidos al régimen de la representación legal, conforme al artículo 62 del Código Civil. Luego, se pretende una indebida representación, lo que motiva que sean citados al proceso, por medio de quien no es su representante legal".

En apoyo de la segunda defensa los excepcionistas, tras recordar que en este proceso revisorio se demanda a Elizabeth Sabogal de Sabogal como "cónyuge sobreviviente de Elías Sabogal Sabogal" y "representante de sus menores hijos Jorge Luis, Carlos Enrique y Juan Manuel Sabogal", aseveran que aquélla "no fue demandante en el proceso ejecutivo en donde se dictó la sentencia objeto y materia del recurso extraordinario" aquí propuesto; y que el demandarse la revisión "no se acreditó que (Elizabeth) tuviera la calidad de cónyuge, ni que tuviera la calidad de representante legal de los demandados Jorge Luis, Carlos Enrique y Juan Manuel Sabogal Sabogal, a quienes se señala como menores de edad".

Fundan la tercera excepción en el aserto de que Jorge Luis y Carlos Enrique Sabogal Sabogal fueron demandados en este proceso revisorio como incapaces, representados por su madre legítima; pero que como no lo son, pues hoy gozan de mayoridad, "ello conlleva que no han sido vinculados legalmente al proceso, pues ellos no se hallan bajo el régimen de la patria potestad, y tienen plena capacidad para disponer de lo suyo, y para comparecer en el proceso por sí mismos, sin el ministerio y autorización de otros".

6. Por auto de 22 de julio pasado, luego de haberse corrido traslado del escrito de excepciones, el proceso revisorio se recibió a pruebas, período dentro del cual se practicaron las siguientes:

Primero. *A petición del recurrente en revisión.*

a) Todas las fotocopias que, referentes a algunas piezas del proceso ejecutivo con título hipotecario, el impugnante acompañó a su demanda revisoria, más específicamente las referentes a la demanda, autos que ordenaron el emplazamiento, constancias de éste, nombramiento de curador, notificación de la existencia del título

ejecutivo, admisión de la demanda de venta y notificaciones;

b) Todas las actuaciones y documentos que reposan dentro del expediente donde se profirió la sentencia cuya revisión se busca, y

c) Certificación del alcalde del Guamo, en la cual este funcionario expresa que en dicho municipio funciona, desde el 13 de noviembre de 1972, la Emisora "Radio Lemaya", la que para los meses de abril y mayo de 1975 "se encontraba laborando normalmente".

Segundo. *A petición de los excepcionantes.*

a) La copia del acta del matrimonio católico contraído por Jorge Elías Sabogal Parilla y Elizabeth Sabogal Aldana el 1º de diciembre de 1956, expedida por el Notario Tercero del Circulo de Bogotá;

b) Las copias de las actas notariales de los nacimientos de Jorge Luis y Carlos Enrique Sabogal Sabogal, en las cuales se dice que éstos nacieron, respectivamente, el 15 de septiembre de 1957 y el 1º de abril de 1961, y que son hijos legítimos de Jorge E. Sabogal Parilla y Elizabeth Sabogal, y

c) Las actuaciones surtidas en el proceso hipotecario, particularmente el poder dado por Elizabeth Sabogal para su iniciación y la demanda en la cual se pidió la venta del inmueble gravado.

7. Surtido el término de pruebas, por auto de 22 de septiembre último se ordenó dar al proceso en traslado a las partes para que formularan sus alegatos de conclusión, las que oportunamente ejercitaron tal derecho.

8. Agotada, pues, como se encuentra hoy toda la ritualidad del recurso extraordinario de revisión, ha llegado el momento de decidirlo y a ello procede la Sala ya que no se advierte causal de nulidad que invalide la actuación.

IV

Consideraciones de la Corte

1ª) *Apoyándose en principios doctrinarios y jurisprudenciales, en oportunidades múltiples ha dicho la Corte que la inmutabilidad de la sentencia ejecutoriada proferida en procesos contenciosos, reconocida por los legisladores mediante la consagración positiva del fenómeno de la cosa juzgada, es base fundamental del orden jurídico y garantía de los derechos ciudadanos.*

Y que consecuencia obvia y natural de dicho principio es la de que, por regla general, cuando la jurisdicción profiere sentencia definitiva en litigios a ella sometidos para su composición, no les es permitido a quienes fueron partes en el proceso respectivo volver a plantear ante los jueces los conflictos ya resueltos; ni a los falladores tomar nuevas decisiones en éstos.

Pero ha sostenido, igualmente, que el mencionado principio de la cosa juzgada no es sin embargo absoluto, desde luego que poderosas razones de equidad impulsan a exceptuar de él las sentencias proferidas en procesos en los cuales faltaron los elementos esenciales para la garantía de la justicia. Con este fundamento aparece, consagrado por el derecho positivo como remedio extraordinario que se endereza a quebrar la fuerza de la cosa juzgada, el recurso de revisión, cuya finalidad es pues invalidar una sentencia firme, para que por consiguiente la jurisdicción pueda considerar nuevamente el litigio planteado en proceso anterior y fallarlo con arreglo a derecho.

2ª) *Para llegar a esa meta es preciso tramitar previamente el procedimiento establecido por los artículos 379 a 385 del Código de Procedimiento Civil, dentro del cual son relevantes las siguientes fases: la formulación de la demanda de revisión; la contestación a ésta; el término probatorio, y la decisión del recurso.*

Por ser extraordinario, el recurso de revisión impone al recurrente el deber de sustentarlo o fundamentarlo. Pero a diferencia de la casación y de algunos recursos ordinarios, en los cuales la interposición y la fundamentación son actos separados que como tal se ejercitan en oportunidades diferentes, la revisión, según los ritos procesales, reúne en una sola y única oportunidad esa doble actividad del recurrente; o sea que la interposición y la sustentación de este recurso tienen que hacerse en el mismo escrito, que la ley llama "demanda de revisión".

Y debido a la importancia que ésta tiene en la decisión del recurso, dicho libelo debe estructurarse con sujeción a todos los requisitos de forma que la ley exige, pues sólo así, además de recibir admisibilidad formal, puede conducir a la Corte o al Tribunal posteriormente a su estudio de fondo. Tales requisitos son no solamente los indicados específicamente para ese escrito por el artículo 382 del Código de Procedimiento Civil, sino también los referidos por el artículo 75 ibidem para toda demanda, debiéndose acompañar a ella, según lo requieran las circunstancias de cada caso, los anexos a que alude el artículo 77 ejusdem, particularmente las pruebas que acrediten las calidades de heredero, cónyuge, cura-

dor, albacea o administrador con que actúe el demandante o se cite al demandado.

A términos de lo preceptuado por el artículo 383, inciso 5º, de la codificación citada, en el proceso revisorio, el demandado debe proponer las excepciones de forma o previas en la contestación a la demanda, y las propuestas, a diferencia de lo que ocurre en otros procesos, no requieren decisión previa, pues sobre ellas "se decidirá en la sentencia" que ponga fin al recurso.

3ª) *Como ya está dicho, en el caso que aquí se examina algunos de los demandados, al contestar la demanda revisoria, formularon excepciones previas, de las cuales la Corte contrae su estudio a la segunda por encontrarla probada y estar por tanto llamada a prosperar.*

En efecto. En la demanda de revisión, al concretar las partes que deben actuar en el proceso correspondiente, dice el recurrente que la sentencia objeto de su impugnación es la proferida "dentro del proceso ejecutivo con título hipotecario adelantado por la sucesión del doctor Elías Sabogal Sabogal, representada por su cónyuge supérstite, señora ELIZABETH SABOGAL DE SABOGAL *y sus menores hijos:* JORGE LUIS, CARLOS ENRIQUE *y* JUAN MANUEL SABOGAL SABOGAL, *representadas a su vez por su mencionada madre Elizabeth Sabogal de Sabogal..."; y que teniendo como partes a todas estas personas, "vale decir, a doña Elizabeth Sabogal de Sabogal en su propio nombre y en el de sus menores hijos: Jorge Luis, Carlos Enrique y Juan Manuel Sabogal Sabogal, como representantes de la sucesión de Elías Sabogal Sabogal", con todas "ellas se siga este procedimiento de revisión".*

Lo cual significa, sin la menor vislumbre de duda, que en la demanda de revisión que aquí se considera se señala a Elizabeth Sabogal de Sabogal como recurrida, en una doble calidad: como heredera en la sucesión de Elías Sabogal Sabogal, por ser "cónyuge supérstite" del causante; y como representante legal de sus menores hijos Jorge Luis, Carlos Enrique y Juan Manuel Sabogal Sabogal. Mas, con olvido de lo que ordenan los numerales 2 y 5 del artículo 77 antecitado, el demandante de la revisión no acompañó a su demanda las pruebas que acrediten alguna de las dos calidades que le atribuyó a la recurrida Sabogal de Sabogal.

De las copias del proceso ejecutivo que se acompañaron a la demanda revisoria, se infiere sin asomo de duda que la citada Sabogal de Sabogal no actuó en aquel proceso como demandante, sino únicamente "como representante de sus hijos Jorge Luis, Carlos Enrique y Juan Manuel Sabogal Sabogal", quienes a la sazón eran menores de edad; que dentro del sucesorio del acreedor inicial Elías Sabogal Sabogal, a la muerte de su hijo legítimo Jorge Elías Sabogal Perilla, a quien se había reconocido como heredero de aquél, en su lugar y por "derecho de representación" se reconoció como interesados a esos tres menores Sabogal Sabogal, por petición que hizo su madre, la citada Elizabeth.

No hay pues prueba alguna que demuestre que la mentada Elizabeth Sabogal de Sabogal sea heredera de Elías Sabogal Sabogal; menos la hay de que sea la cónyuge sobreviviente de éste, prueba que no puede darse sencillamente porque, como ahí quedó visto, ella no contrajo matrimonio con Elías Sabogal Sabogal sino con el hijo de éste, llamado Jorge Elías Sabogal Perilla.

4ª) *Pero si a la demanda no se acompañó la prueba de la calidad de cónyuge del mentado Sabogal Sabogal que se le atribuye a Elizabeth, la que no podía traerse por lo ya visto, tampoco se anexó a ella demostración de que hoy sea la representante legal de sus menores hijos Jorge Luis, Carlos Enrique y Juan Manuel Sabogal Sabogal.*

Porque si bien es verdad, según la acreditada actuación surtida en el proceso ejecutivo en el cual se dictó la sentencia que aquí se pretende revisar, que tanto en dicho proceso como en el sucesorio de Elías Sabogal Sabogal la tan citada Elizabeth actuó como representante de sus menores hijos Jorge Luis, Carlos Enrique y Juan Manuel Sabogal Sabogal, pues a la sazón por la minoridad de éstos, ella como titular de la patria potestad, los representaba legalmente; también lo es que para febrero de 1980, cuando se presentó la demanda en este proceso de revisión, los dos primeros, es decir, Jorge Luis y Carlos Enrique, nacidos respectivamente el 15 de septiembre de 1957 y el 1º de abril de 1961, ya se habían emancipado legalmente por haber llegado a la mayoría de edad y por tanto tenían que comparecer, dada su plena capacidad legal, directamente al proceso revisorio.

No puede perderse de vista que la patria potestad que corresponde a los padres sobre sus hijos de familia es institución eminentemente temporal, pues si mucho dura hasta cuando el hijo llegue a la mayoría de edad; por lo mismo la representación legal en que aquélla se proyecta no puede perpetuarse en el tiempo. Entonces, como para la fecha en que se inició este

proceso revisorio Jorge Luis y Carlos Enrique Sabogal Sabogal ya no eran hijos de familia, porque se habían emancipado legalmente por haber arribado a la mayor edad, y no habiéndose demostrado que relativamente a ellos existiera otra causa de incapacidad legal, tenía que demandárseles directamente y no por intermedio de un representante legal inexistente.

Si la revisión, por su propia finalidad, tiene como designio una sentencia proferida en un proceso fenecido o extinguido totalmente, es apenas obvio pensar que reclame una tramitación separada y autónoma de la de aquél. Ese rompimiento de la unidad de trámite impide afirmar que el procedimiento de revisión sea la continuación o prolongación del proceso recurrido, pues éste tiene que hallarse totalmente agotado y la revisión se cumple por tanto en proceso distinto; tratándose pues de procesos diferentes, la prueba de la representación legal que sirvió en el recurrido puede no ser idónea para el de revisión, pues éste no es aquél, ni se desarrolla coetáneamente con él, sino en tiempo posterior a la total terminación del primero.

En tales circunstancias hay que concluir que, también con olvido de lo preceptuado por el numeral 2 del artículo 77 ya citado, el recurrente en revisión no acompañó a su demanda la prueba de la presunta representación legal de los demandados atrás referidos.

3ª) De todo lo anteriormente discurrido brota la conclusión de que la segunda de las tres excepciones previas propuestas por algunos de los demandados está plenamente probada; y que ello es razón para que la Sala quede relevada de decidir respecto de las otras dos (artículo 99,2 Código de Procedimiento Civil).

En conformidad con lo estatuido por los artículos 383 y 384 de dicha codificación, debe pues la Corte declararlo así en la parte resolutiva de esta sentencia, imponiendo al recurrente la condena al pago de los perjuicios causados y las costas procesales.

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:

Primero. DECLÁRASE PROBADA la excepción consistente en no haberse presentado con la demanda de revisión las pruebas de las calidades de cónyuge sobreviviente y heredera de Elías Sabogal Sabogal, ni la de representante legal de Jorge Luis, Carlos Enrique y Juan Manuel Sabogal Sabogal, en las que en dicha demanda se cita a Elizabeth Sabogal de Sabogal;

Segundo. CONDÉNASE al aquí recurrente José Noel Gutiérrez Mendoza, a pagar a los demandados que se opusieron a la revisión los perjuicios que a éstos causó con la proposición del recurso extraordinario. Para la liquidación de esta condena se seguirá el procedimiento indicado en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil;

Tercero. CONDÉNASE al mismo recurrente a pagar a esos demandados las costas causadas en este proceso de revisión, y

Cuarto. PROCÉDASE por la Secretaría a devolver el expediente al juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Luis H. Mora Benavides
Secretario General.

LESION ENORME

La enajenación fraudulenta que haga el comprador, por el mismo precio por el cual adquirió el bien, con el fin de privar al vendedor del derecho a que se rescinda el contrato, no entorpece el ejercicio de la acción rescisoria porque el artículo 1951 del Código Civil no puede referirse sino a la enajenación de buena fe.

La obligación primordial de restituir la cosa que se compró por precio irrisorio no se extingue sino en el caso de que la cosa perezca; la enajenación no hace imposible la restitución, solamente la dificulta.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Ricardo Uribe-Holguín.

Bogotá, D. E., 23 de febrero de 1981.

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 19 de febrero de 1980, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el proceso ordinario de Rosa María Campo de Calero contra la sociedad "Predios y Ganados Limitada" (Proganados).

El litigio

I Por demanda de 9 de diciembre de 1974, presentada en la misma fecha, que por reparto correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Palmira, solicitó la mencionada Rosa María que con audiencia de la sociedad "Predios y Ganados", se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que Rosa María Campo de Calero sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa de un bien raíz celebrado con la sociedad demandada, de que da cuenta la Escritura pública número 2965 de 8 de julio de 1974 de la Notaría Cuarta del Círculo de Cali;

b) Que queda rescindido, por causa de lesión enorme, el contrato antes descrito;

c) Que en virtud de la declaración de rescisión del contrato, la sociedad demandada restituirá a la demandante, la finca denominada "Britania", junto con "todos sus componentes, anexidades, mejoras y usos";

d) Que la sociedad demandada "deberá previamente purificar la finca de las hipotecas u otros derechos reales que haya constituido en ella";

e) Que la sociedad demandada debe restituir a la demandante el predio "Britania", con todas sus accesiones y frutos hasta el día" de la entrega;

f) Que se condene a la sociedad demandada al pago de las costas.

II Como fundamento de su pretensión la demandante refiere los hechos que seguidamente se extractan:

a) Que por Escritura pública número 2965 de 8 de julio de 1974 de la Notaría Cuarta del Círculo de Cali, registrada el 9 del mismo mes y año, dio en venta a la sociedad "Predios y Ganados Limitada" el inmueble rural denominado "Britania", ubicado en la región de "Palmaseca", jurisdicción del Municipio de Palmira, con una extensión superficiaria "aproximada de 620 plazas, equivalentes a 396 hectáreas 8.000 m2, con casa de habitación, enramadas, establos, silos para almacenamiento de forrajes, tanque para agua, pesebreras, abrevaderos para ganado, cultivos de pasto artificial, cercado íntegramente con alambre de púas" y delimitado como se indica en el hecho primero de la demanda;

b) En la cláusula cuarta de la escritura contentiva del contrato de venta, se estipuló como precio del bien raíz "la cantidad de seis millones

de pesos ($ 6.000.000.00) moneda corriente que la compradora pagará así: un millón de pesos ($ 1.000.000.00) moneda legal en el acto de firmarse esta escritura, y el saldo o sea la suma de cinco millones de pesos ($ 5.000.000.00) moneda legal en cinco (5) cuotas anuales de un millón de pesos ($ 1.000.000.00) moneda legal cada una, que serán pagadas por la compradora en esta ciudad de Cali, dentro de los treinta (30) primeros días siguientes de cada período anual hasta completar el pago total de la suma indicada. La sociedad compradora queda autorizada y tiene el derecho de pagar los contados que quede a deber antes del vencimiento de los plazos mencionados y de hacer abonos parciales no inferiores a la cantidad de cien mil pesos ($ 100.000.00) moneda legal";

c) En la cláusula sexta de la Escritura número 2965, se convino lo siguiente: "Sobre los saldos que adeude, la compradora pagará a la vendedora interés de mora a la rata del veinticuatro por ciento (24%) anual, sin perjuicio del cobro judicial de la deuda". De suerte que "durante el plazo no se obligó la sociedad compradora a pagar intereses sobre las cuotas anuales de un millón de pesos, correspondientes al saldo insoluto del precio";

d) La finca "Britania", a la fecha del contrato, valía más de diecinueve millones de pesos ($ 19.000.000.00), o sea, el justo precio de entonces era de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) por hectárea, pues por ese entonces estaba arrendada a Alberto Masso y Alvaro Echavarría, quienes se comprometieron a pagar un canon de dos millones trescientos mil pesos ($ 2.300.000) anuales, a partir del 7 de agosto de 1973, lo cual hace más irrisorio el precio de venta en la suma de seis millones de pesos ($ 6.000.000.00);

e) El engaño y la lesión sufridos por la vendedora Rosa María Campo de Calero al vender su finca "Britania" por $ 6.000.000.00, fueron "enormes" enormísimos, claramente injustos y trasunto de un irritante abuso cometido por el comprador contra su vendedora", máxime que la finca le producía a aquélla "por arrendamientos más del doble del valor de cada uno de los seis (6) contados anuales de a millón de pesos ($ 1.000.000.00) en que se distribuía el precio de la venta". Y explotada directamente por su dueño, debía producir una suma superior al canon anual estipulado;

f) "Una prueba más de la irritante injusticia cometida por la sociedad compradora, representada por el gerente señor Ovidio Peláez Valencia, contra la Vendedora, señora Rosa María Campo de Calero, en el contrato de compraventa de la finca de 'Britania' formalizado por la Escritura pública número 2965 de 8 de julio de 1974, de la Notaría 4ª de Cali, aparece evidente del documento suscrito por el señor Ovidio Peláez Valencia, c. c. número 2912265 de Bogotá, como representante legal de Predios y Ganados Limitada, documento que en copia debidamente autenticada, xerografiada, presento con esta demanda, documento que habla por sí solo. Este documento que fue suscrito en Cali con fecha 1 de julio de 1974 (cuatro días antes de la fecha de la Escritura de compraventa número 2965) contiene declaraciones como las siguientes:

1ª Que aumentando en la escritura pública de venta número ... que se dice otorgada el 4 de julio de 1974 (se refiere claramente a la Escritura número 2965 de 8 de julio de 1974, posterior en cuatro días al documento), no se estipularon intereses durante el plazo sobre los $ 5.000.000.00 que la sociedad compradora queda a deber a la vendedora; la sociedad compradora se obliga a pagar sobre saldos un interés del uno por ciento mensual (1%), pagadero por mensualidades anticipadas dentro de los primeros quince días de cada mes (aquí se sugiere un pago mensual para halagar a la señora Rosa María Campo de Calero);

2ª Que la sociedad compradora se reserva el derecho de hacer abonos parciales a su deuda de $ 5.000.000.00, en cantidad no inferior a cien mil pesos ($ 100.000.00); ésta es otra promesa para halagar a la vendedora, haciéndole creer que fuera de los intereses va a recibir con frecuencia contados no menores de $ 100.000.00 a buena cuenta del precio de la venta;

3ª Posiblemente sin que la vendedora lo advierta, aquí se borran las anteriores ilusiones y promesas con que se había halagado a la señora Rosa María Campo de Calero, se aminora el precio de la compraventa y se amplía indefinidamente el plazo para el pago del saldo del precio con esta cláusula que me veo forzado a transcribir textualmente y sobre la cual tengo que llamar muy especialmente la atención del señor Juez, porque es notoriamente aberrante la forma como la sociedad compradora, representada por el señor Ovidio Peláez Valencia, ha abusado de la falta de experiencia comercial y de la ignorancia en materia de negocios de la señora Rosa María Campo de Calero. El texto de este punto 3º del documento es el siguiente: "Que como la entrega real y material del predio Britania objeto de compraventa no se ha efectuado todavía a la

sociedad compradora que represento (así habla don Ovidio Peláez Valencia), debido a que se encuentra en poder de los señores Albeiro Masso Correa y Alvaro Echavarría Olarte, a título de arrendamiento, *el interés a que se refieren los apartes inmediatamente anteriores de este escrito y el plazo a que se refiere la escritura pública de compraventa citada, solamente comenzará a pagarse y a contarse el día en que se haga entrega real y material del inmueble mencionado. Como contraprestación sobre los intereses que puede representar el millón de pesos que se entrega a la firma de la escritura y por el tiempo que transcurra entre la fecha de la escritura de venta y la entrega real y material de la propiedad, las partes han convenido lo siguiente: que lo que pueda percibirse dentro de la demanda establecida de lanzamiento de los inquilinos por arrendamiento u otro concepto quede para la firma compradora como compensación de esos intereses*".

g) Finalmente expresa la demandante en su libelo que "si el plazo de seis años, durante el cual debe pagarse el precio a razón de $ 1.000.000 anuales, puede extenderse indefinidamente, en razón de las demoras de que es susceptible un proceso judicial de lanzamiento de arrendatarios, y si el precio estipulado puede ser disminuido con las sumas que los arrendatarios paguen por cualquier concepto dentro de la demanda o proceso de lanzamiento, porque todas esas sumas pasan en favor del comprador de la finca aparece todavía más de bulto la iniquidad cometida contra la vendedora en el contrato de compraventa de la finca de 'Britania', contenido en la Escritura pública número 2965 de 8 de julio de 1984, de la Notaría 4ª de Cali".

III Ante solicitud que formulara la demandante sobre registro de la demanda, el juzgado del conocimiento en auto 11 de diciembre de 1974, fuera de admitir la demanda de Rosa María decretó la inscripción de la demanda, lo cual cumplió la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos en esa misma fecha.

IV En el mismo proveído se comisionó al Juzgado Civil del Circuito de Cali —reparto— para llevar a cabo la notificación del auto admisorio de la demanda, que le correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, despacho que posteriormente devolvió las diligencias sin haber logrado cumplir la comisión. Mas luego, el representante legal de la sociedad demandada se presentó el 12 de febrero de 1975 ante el Juzgado del conocimiento del litigio y allí se enteró, en esa fecha, del auto admisorio de la demanda.

V Mediante escrito de 3 de marzo de 1975 la sociedad demandada consignó su respuesta a la demanda, en el sentido de admitir unos hechos y negar otros, por lo que finalizó con oposición a las súplicas y con la formulación de la excepción que denominó de "enajenación del inmueble" a Alvaro Echavarría Olarte y a Albeiro Masso Correa, según Escritura pública número 225 de 28 de enero de 1975.

VI Más adelante el demandado, con respaldo en que la acción de rescisión por lesión enorme es de linaje personal, solicitó ante el *a quo* la cancelación del registro de la demanda, petición que fue despachada desfavorablemente y que a la postre el tribunal la resolvió en sentido contrario, o sea, decretó la cancelación de la medida, por considerar que la mencionada acción es personal y no real.

VII Impulsado el proceso en esas condiciones, la primera instancia terminó con sentencia de 22 de agosto de 1978, mediante la cual el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Palmira resolvió rechazar la pretensión de rescisión por lesión enorme, lo que dio lugar a que la parte demandante interpusiera contra dicha decisión el recurso de alzada, habiendo terminado la segunda instancia con fallo de 19 de febrero de este año, confirmatorio del proferido por el *a quo*, por lo que la misma parte interpuso el recurso extraordinario de casación de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia impugnada

Referidos los antecedentes del litigio, comienza el Tribunal por expresar que se hace necesario determinar la procedencia de la pretensión de rescisión por lesión enorme, como quiera que la parte demandada funda su defensa en negarle tal circunstancia.

En el punto sostiene el *ad quem*:

"Acontece que el inmueble objeto del contrato de compraventa consignado en la Escritura 2965 del 8 de julio de 1974, otorgada en la Notaría 4ª de Cali, fue dado en venta por la firma ahora demandada a terceras personas por medio de la *Escritura 225 de fecha 28 de enero de 1975* suscrita ante el Notario 2º de Cali y *registrada en la Oficina competente de la ciudad de Palmira el 4 de febrero de ese mismo año*. Permite lo anterior sacar en claro que la venta en mención y su registro fueron *Posteriores* a la fecha de presentación del libelo que originó este proceso, (XII-9-74) pero *Anteriores* a la diligencia de

notificación personal del auto admisorio al representante de la sociedad demandada, acto éste que se cumplió el 12 de febrero de 1976".

Continúa el tribunal afirmando con fundamento en el artículo 1951 del Código Civil, que una de las exigencias impuestas por la ley para la prosperidad de la acción rescisoria por lesión enorme consiste en que el bien objeto del contrato "no haya sido enajenado por el comprador", pues si este último "enajena el bien por igual precio al que él pagó, no podrá darse la acción rescisoria".

Sentadas las anteriores premisas y situándose el *ad quem* en el campo probatorio, afirma lo siguiente:

a) "Está demostrado en el expediente que la firma 'Preganados Limitada', transfirió a título de venta a favor de Alberto Masso Correa y de Alvaro Echavarría Olarte el inmueble rural conocido con el nombre de 'Britania', ubicado en el corregimiento de Palmaseca, Municipio de Palmira y que el precio pactado por ese negocio fue la suma de seis millones de pesos ($ 6.000.000) moneda legal colombiana, exactamente igual al estipulado en la Escritura número 2965 de 8 de julio de 1974 de la Notaría Cuarta de Cali, por la cual adquirió el inmueble la vendedora. El pago de dicho precio acordaron las partes realizarlo de la siguiente manera: ...1 El monto de un millón de pesos ($ 1.000.000.00) moneda legal colombiana, que la vendedora declara recibidos a plena satisfacción; II El saldo, o sea la suma de cinco millones de pesos ($ 5.000.000.00) moneda legal colombiana, haciéndose cargo los compradores, en forma solidaria y mancomunada entre ellos, del saldo que a la fecha adeudaba por capital la vendedora a la señora Rosa María Campo de Calero...".

b) El hecho de que pretenda la parte demandante en su alegato de segunda instancia "lograr un fallo favorable a lo pedido en la demanda, sobre la base de una previa calificación de simulación en el negocio contenido en la Escritura 225, declaración ésta —se repite— ajena por completo al objeto primario de esta controversia que no es otro que la declaratoria de la lesión enorme en una compraventa y el consiguiente restablecimiento de la situación jurídica tal como operaba al momento de perfeccionarse aquélla... De aquí que un pronunciamiento sobre aquel otro aspecto resulta improcedente por afectar el principio de congruencia que debe existir entre lo pedido en la demanda y lo decidido en la sentencia";

c) La circunstancia de que al momento de perfeccionarse la venta de la sociedad demandada a los terceros compradores subsistiera la inscripción de la demanda que ha originado este litigio, dicho registro "no afecta su enajenabilidad si en cuenta se tiene la ilegalidad de tal medidad cautelar", por cuanto la acción rescisoria es personal y no real;

d) Que "podría alegarse la procedencia de la inscripción de la demanda en casos como el subexámine, sobre la base de que el artículo 690 del Código de Procedimiento Civil (numeral 1) la autoriza cuando, *como consecuencia de otra pretensión entre a discutirse el derecho de dominio.* Sin embargo preciso es recordar que la acción rescisoria *sólo* persigue invalidar un acto que adoleció de un vicio *objetivo*, para lograr restablecer las cosas a su estado anterior y recuperar las condiciones económicas de equilibrio que deben hacerse visibles en la compraventa *y que esa invalidación puede evitarse, dejando en firme el contrato de compraventa*, mediante el ejercicio, por parte del demandado, de la facultad u opción conferida en el artículo 1948 del Código Civil.

"Por lo tanto si el lesionado debe sólo limitar su pretensión a la declaratoria de rescisión del contrato, bajo ningún aspecto hay razón para inferir que pueda ella dar fundamento para que dentro del proceso entre a discutirse dominio sobre lo vendido. Cosa diferente es que con base en la sentencia que rescinde el contrato, por darse la lesión enorme, el demandado consienta en dicha declaración y deje sin efectos el contrato restituyendo la cosa vendida en las condiciones que prevén los artículos 1952 y 1953 del Código Civil.

"Así las cosas, si la medida cautelar fue decretada en franca oposición con la norma procesal consignada en el artículo 690-1 y si, en cuenta se tiene que la revocatoria del auto que aceptó su procedencia le quitó toda eficacia desde el momento mismo de producirse aquél, hay que destacar —como anteriormente se había hecho— que esa inscripción es incapaz de alcanzar algún efecto frente a la venta que la firma 'Predios y Ganados Ltda.' hizo a Echavarría y a Masso Correa, perfeccionada *antes* de que se trabara la relación procesal que, como bien se sabe, '*no se constituye sino cuando se notifica la admisión de la demanda al demandado*'".

e) Concluye el Tribunal afirmando que "habiendo sido enajenado por la compradora el predio 'Britania', antes de constituirse la rela-

ción procesal en este negocio, por un valor igual al que la dicha sociedad demandada pagó a la actora, no puede darse la acción rescisoria". Y todo ataque tendiente a tachar de irreal el negocio jurídico contenido en la Escritura pública número 225, es ajeno a la controversia.

La impugnación

Con apoyo en la causal primera, un único cargo formula la parte recurrente contra la sentencia del Tribunal, el cual hace consistir en quebranto directo de los artículos 665, 667, 1948 y 1951 del Código Civil, por interpretación errónea; 1946, 1947, 1952, 1958, 961 del Código Civil, 690, 60 y 332 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación.

Comienza la parte recurrente por recordar que son "ciertos, de toda certeza", los siguientes hechos:

1. Que por Escritura pública número 2965 de 8 de julio de 1974 de la Notaría Cuarta del Círculo de Cali, Rosa María Campo de Calero vendió a la sociedad "Predios y Ganados Limitada" la finca de nombre 'Britania', con superficie aproximada de 620 plazas por la suma de $ 6.000.000.00, pagaderos así: $ 1.000.000.00 al firmarse la escritura y la suma restante en 5 cuotas anuales de $ 1.000.000.00 cada una.

2. Que por documento privado de 5 de julio de 1974, la sociedad compradora se obligó a pagar intereses remuneratorios del 1% mensual sobre el saldo del precio a partir de la entrega material del inmueble, que a la sazón se encontraba en poder de los arrendatarios Albeiro Masso Correa y Alvaro Echavarría Olarte, quienes pagaban un canon mensual de $ 90.000.00 y cuyo contrato de arrendamiento vencía el 6 de agosto de 1978.

3. Que la demanda contentiva de la pretensión de rescisión por lesión enorme fue presentada el 9 de diciembre de 1974, admitida e inscrita el 11 del mismo mes y año.

4. Que se procuró, a través de funcionario comisionado, enterar al representante de la sociedad demandada del auto admisorio de la demanda, pero el despacho comisorio fue devuelto sin que se hubiera practicado la notificación, habiéndose presentado al juzgado del conocimiento el representante de la sociedad, Ovidio Peláez Valencia, a recibir notificación el 12 de febrero de 1975, quien respondió el libelo mediante escrito del 3 de marzo del mismo año en el cual propuso como excepción "la enajenación del inmueble" por Escritura Nº 225 de 28 de enero de 1975 a los arrendatarios de Rosa María Campo de Calero, señores Alvaro Echavarría Olarte y Albeiro Masso Correa, venta que se hizo por igual precio al estipulado en la Escritura número 2965 de 8 de julio de 1974.

5. Que para cuando la sociedad compradora "Predios y Ganados Ltda." le vendió la finca "Britania" a los citados Masso Correa y Echavarría Olarte (28 de enero de 1975 y registrada el 4 de febrero del mismo año), se encontraba vigente la inscripción de la demanda (11 de diciembre de 1974), y se habían adelantado gestiones para la notificación al representante de la sociedad demandada, señor Ovidio Peláez Valencia, mediante contactos varios con su esposa, en la casa de habitación y los empleados del Hotel Petecuy entre el 18 y el 21 de enero de 1975.

6. Que mediante memorial de 7 de marzo de 1975, la sociedad demandada le solicitó al juzgador *a quo* la cancelación del registro de la demanda, solicitud que le fue rechazada por extemporánea, como le fueron rechazados los recursos de reposición y apelación subsidiaria que interpuso contra dicha resolución. Por recurso de queja el tribunal concedió la apelación y por auto de 9 de octubre de 1976, dispuso el levantamiento de la inscripción de la demanda, lo cual se cumplió el 25 de noviembre del mismo año.

7. Que de conformidad con prueba pericial practicada en el litigio, la finca "Britania" materia del contrato de compraventa, que impugna la demandante vendedora de haber padecido lesión enorme, valía justamente al tiempo del contrato (8 de julio de 1974), "la suma de veintitrés millones ochocientos ocho mil pesos ($ 23.808.000.00), que comparado con el de seis millones de pesos ($ 6.000.000.00) a cinco años de plazo del precio real del contrato, muestra la lesión mayúscula padecida por la vendedora". Por otra parte, el mismo predio "a la fecha de la inspección judicial practicada dentro de este proceso (22 de noviembre de 1976), tenía un valor comercial de treinta y nueve millones seiscientos ochenta mil pesos ($ 39.680.000.00), que hace ver más destacadamente la ruindad del trato celebrado por la vendedora y el provecho injusto de la compradora y los subadquirentes".

8. Que para el Tribunal la acción rescisoria por lesión enorme se extinguió al haber vendido la sociedad compradora el bien por precio igual al de su compra con anterioridad a la notificación de la demanda, "sin que para esa conclu-

sión con fundamento atribuido a lo dispuesto por el artículo 1931 del Código Civil, sea óbice la presencia para entonces de la inscripción de la demanda, porque, según el juzgador, dicha inscripción fue ilegal, por las razones que expuso al revocar el auto que había negado el levantamiento de la medida cautelar y repitió en su *fallo, y su revocación produjo efecto retroactivo*, de modo de no afectar en nada la enajenación hecha durante su vigencia. El debate es, pues, meramente conceptual, como quiera que no hay discrepancia alguna en torno de las pruebas ni sobre los hechos".

Luego de insistir el censor en las normas quebrantadas por el *ad quem* y señaladas al comienzo de la censura, expresa que no obstante lo trajinado del tema, conviene recordar los antecedentes de la lesión enorme y la consiguiente rescisión, desde su inicio hasta el Código Civil, así como la evolución de la doctrina y la jurisprudencia.

En desarrollo del nacimiento y evolución de la institución de la lesión enorme, trae gran variedad de citas de diversos autores que aluden al origen de las expresiones "laesio enormis", "deceptio ultra dimidiam", "laesio ultra dimidiam", al criterio que tuvieron los glosadores y post-glosadores, a la posición de los canonistas, a los principios que informaron el Código Civil francés, a la antigua legislación española, a la forma de pensar del señor Bello en la redacción de los distintos proyectos del Código Civil de Chile, a la posición de la doctrina y jurisprudencia nacional, de todo lo cual concluye el censor así:

"a) Cualesquiera sean las razones éticas y dogmáticas de la sanción de la lesión, el hecho es que el vendedor lesionado en la medida legalmente censurable, puede demandar a su contraparte para la rescisión del contrato entre ellos celebrado.

"La acción rescisoria, considerada lisa y llanamente como una nulidad, con todos los efectos de ésta, o como una nulidad con tratamiento especial, tanto entre las partes como respecto de terceros, o como una figura autónoma, que de todo esto se encuentra en doctrina y jurisprudencia, habiéndose orientado ésta prevalecientemente a partir de la casación de 26 de marzo de 1958 por la última solución (así, la más reciente: 5 de abril 1973, ord. Naranjo vs. Naranjo), se endereza, ciertamente, a la declaración de ineficacia del contrato, por causa de la desproporción mayúscula de las prestaciones correlativas y, consecuencialmente, a las restituciones mutuas, propias de la cancelación del título de adquisición de dominio del bien y del precio, comunes a toda disolución del vínculo, sólo que así, *inter partes*, frente a la regla general para la nulidad, consagrada en el artículo 1746, y a la especial trazada para la resolución por los artículos 1543 a 1545 se estatuye un régimen singular: el de los artículos 1946 y 1951 a 1953: la pérdida del inmueble libera al demandado vencido, quien no responde de los deterioros que haya sufrido la cosa sino en la medida de su provecho y no debe frutos sino desde la fecha de la demanda, sólo a partir de la cual tiene derecho a intereses sobre el precio por él pagado y que le debe ser reintegrado.

"b) Por lo mismo que lo único que puede demandar el vendedor lesionado es la rescisión de la venta y que dicha rescisión lleva consigo la disolución del vínculo y, de contera, la vuelta de las partes al *status quo ante*, la acción rescisoria debe forzosamente ventilarse entre quienes fueron partes en el contrato impugnado o entre una de ellas y los sucesores de la otra o entre los sucesores de ambas, y en ese sentido en una acción personal. Sin embargo de lo cual y, por lo mismo que, como bien lo ha dicho y repetido la jurisprudencia, la sanción represiva de los actos violatorios de la legalidad básica impone para su efectividad el retorno de las cosas al estado precedente, al acto o contrato declarado ineficaz, sucede la condena a las restituciones mutuas es inherente al pronunciamiento declarativo, lo que marca el carácter real de la pretensión que obviamente tiende al reintegro del bien vendido, contra la devolución del precio por él recibido.

"Si se trata de una sola pretensión con los dos visos, *in rem scriptae o mixta*, o de dos pretensiones amalgamadas, una personal y otra real, es algo que depende del enfoque doctrinario que se adopte, concorde con la orientación francesa o con la tendencia italiana, en su orden. Pero, de todas maneras es innegable la naturaleza real de la pretensión del vendedor, que aspira y sólo puede aspirar, según los términos de la ley que erige su derecho subjetivo, a la rescisión, esto es, a la ruptura del contrato y a las restituciones consiguientes.

"c) Cosa diferente es que la ley, de origen, por razones conocidas, entre las cuales sobresale su predilección por la salvación del negocio, le permita al comprador vencido evadir los efectos ablatorios de la rescisión, pagando oportuna-

mente la diferencia entre el precio contractual y el precio justo, con deducción de una décima parte, estímulo para la conservación del contrato y, en cierta medida, ventaja para sí de origen legal. Esa *facultas solutionis*, mencionada a una por todos los doctrinantes y reconocida jurisprudencialmente sin excepción, es un derecho potestativo del comprador que, de esa manera, en lugar de pagar con la prestación genuina, la cancela con otra, prevenida legalmente, para así, saneando la irregularidad declarada e indemnizando al preterdiente, consolidar el contrato y, con éste, su adquisición. Sin que por la presencia de tal *facultas* se pueda imaginar que la acción rescisoria sea o pueda llegar a ser puramente personal cuando concluye en el pago del completo o faltante y, menos aún, que de por sí es de naturaleza personal, sin proyección real alguna, simplemente porque el demandado puede satisfacer su obligación, restitutoria y sólo restitutoria del inmueble, con un pago en dinero, pues como bien lo tiene averiguado la doctrina, cuando hay una sola prestación *in obligatione*, la pretensión correspondiente se clasifica en función de la naturaleza de aquélla, aquí real en cuanto tiende a la recuperación del dominio, la recuperación del dominio (sic) y la posesión del bien vendido

"Toda vez que la acción rescisoria, tal como está concebida en el capítulo XIII del título 23 del libro 4º del Código Civil, le impone al vendedor demandar la rescisión, a la cual se agregan, por mandato legal, las restituciones mutuas, así no se impetren, como lo ha indicado la jurisprudencia desde 1890, y que efecto propio de la rescisión son tales restituciones, que el comprador puede sustituir, facultativamente, por el pago oportuno del complemento del justo precio, en la pretensión existe una quid real, restitutoria, insoslayable.

"d) Las acciones o, mejor las pretensiones, derechos de índole sustancial, resultan calificadas por la índole del derecho que hacen valer: de los derechos reales nacen las acciones reales (artículo 665 Código Civil), muebles o inmuebles, según la clase de bien sobre el cual versen (artículo 667 Código Civil), muebles o inmuebles. Y así, la acción que conduce a la recuperación del dominio de un bien raíz es real e inmobiliaria. Por consiguiente si de la pretensión rescisoria por lesión se ha de seguir, como en efecto se sigue, en razón de la disolución del contrato, como prestación propia, única demandable por el vendedor afectado, la recuperación del dominio y la posesión del inmueble vendido, es evidente que la rescisión en sí tiene un alcance real inmobiliario (acción mixta) o incorpora a ella una acción real, con todos los efectos de dicha conexión, tanto para los menesteres de la competencia, como, primordialmente, (sic) para los fines de la tutela preventiva de su efectividad.

"e) La acción rescisoria se extingue, como lo preceptúa el artículo 1951, con la pérdida de la cosa en poder del comprador.

"Se extingue, también, en el evento de enajenación de la cosa por parte del mismo comprador. El legislador chileno y, tras él, el colombiano, a diferencia del francés, para quien los efectos de la rescisión pasan contra terceros, que al igual que el comprador, pueden cancelar los efectos restitutorios pagando el complemento del justo precio y volver contra su autor (artículo 1681, inciso 2), estatuyó la extinción de la acción rescisoria con la enajenación del fundo por parte del comprador. Entonces, como bien lo expuso la casación de 16 de octubre de 1941 citada, no hay acción rescisoria, sino sólo indemnizatoria, de complemento de pago, sujeta a las condiciones prevenidas en el artículo 1951, inciso 2.

"f) De esa manera se perfilan con toda nitidez las dos pretensiones a que da lugar la lesión enorme para el vendedor: la rescisoria, primaria, única a su disposición mientras la cosa no se ha perdido ni el comprador la haya enajenado, encaminada a la disolución del contrato y a la restitución de las prestaciones correlativas, que el comprador *in facultate solutionis* puede cancelar pagando el complemento del justo precio con deducción de una décima parte, para sanear el contrato y consolidar su título sobre el bien; y la de reclamo del complemento del justo precio.

"La primera sobre la base de que la cosa existe y se encuentra aún en poder del comprador, con proyecciones reales, pues se encamina a la recuperación del dominio y la posesión del inmueble vendido; la segunda a partir del supuesto de que para cuando el vendedor demanda ya el comprador enajenó el bien, condicionada no solamente a la presencia de la lesión enorme en el contrato que origina la pretensión, sino también al hecho de que la segunda enajenación se haya efectuado por precio superior al de la primera y doblemente limitada: al reclamo del exceso hasta concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte, y por ello, puramente personal.

"Ambas pretensiones, valga repetirlo, derivan de la presencia de una lesión que sobrepasa el límite del lucro o desequilibrio tolerado legalmente; cada cual con sus supuestos de hechos específicos, correspondiente a una situación concreta, y con resultados propios, concordes con dicha situación y la política legislativa. Así, la acción rescisoria es la propia, única reacción prevenida, para el caso de que el inmueble se halle en poder del vendedor al tiempo de la demanda; en tanto que la acción por el complemento del justo precio es la única que cabe cuando para entonces el comprador lo ha enajenado.

"Resultaría un contrasentido que el vendedor demandara el complemento del precio cuando el inmueble está aún en manos del comprador, toda vez que la posibilidad de pagar dicho complemento en lugar de proceder a la restitución es potestativa de dicho comprador y la oportunidad para ejercitar la opción es posterior a la sentencia declarativa de la lesión y la rescisión y condenatoria a las restituciones mutuas. Del mismo modo que sería absurdo demandar la rescisión cuando, por la enajenación anterior del bien, apenas cabe la pretensión del complemento del precio".

A continuación expresa la parte recurrente que en cuanto a la tutela del derecho a la restitución del bien en favor del vendedor demandante, se imponen las conclusiones siguientes:

1. En toda oportunidad la jurisprudencia ha aceptado el registro de la demanda rescisoria por lesión enorme, pues hasta la última sentencia de la Corte de 5 de abril de 1978, alusiva a este linaje de acciones, aparece mencionada la "inscripción de la demanda como algo que va de suyo, sustancial a la tutela de la pretensión rescisoria". Y agrega: "... la acción rescisoria permanece en pie, con todos sus alcances restitutorios (reales), siempre que se intente con anterioridad a la enajenación de parte del comprador, quien no puede escapar a aquellos efectos plenos enajenando el bien luego de inscrita la demanda o de notificado de ésta o de su conocimiento de la existencia de la misma por otros medios, como tampoco escapa a sus resultados el tercero adquirente que por la inscripción de la demanda o por otros medios haya tenido o debido tener conocimiento de la existencia de la demanda o del litigio.

2. El registro de la demanda rescisoria, fuera de ser de recibo y obvio, tiene por función hacer pública la existencia del libelo y, por lo mismo, "poner en conocimiento del demandado y de terceros que el bien está en litigio, con la advertencia nítida para estos de que cualquiera adquisición que hagan lleva consigo su vinculación al resultado del proceso. De manera que si el comprador demandado vende luego de inscrita la demanda rescisoria en la matrícula de inmueble en la oficina de registro, así no haya sido todavía notificada la demanda, tanto él como el nuevo comprador, proceden con conocimiento efectivo o legalmente impuesto del ejercicio de la acción por parte del vendedor".

3. "El artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, en vigor en la actualidad y para cuando se decretó el registro de la demanda, autoriza al pretendiente para pedir y obtener la inscripción de aquella 'en cuanto a los bienes sujetos a registro', 'cuando verse sobre dominio u otro derecho real principal constituido en bienes muebles o inmuebles, directamente *o como consecuencia de una pretensión distinta*', y análogamente proveía el artículo 3º de la Ley 35 de 1945, sustitutivo del artículo 740 del Código Judicial. Se trata de una medida cautelar con funciones conservativas para evitar que el demandado, en cuanto presienta la proximidad de un fallo adverso, enajene o grave los bienes o constituya sobre ellos derechos reales, de modo de imposibilitar o entorpecer la ejecución de la condena restitutoria.

"Anteriormente el registro de la demanda ponía fuera del comercio los bienes materia de ella. En la actualidad la enajenabilidad es libre, sólo que quien derive derecho del demandado, causahabiente suyo, es un sucesor procesal de él: 'adquirente por acto entre vivos de la cosa o el derecho litigioso', con posibilidad de 'intervenir como litis consorte del enajenante' y eventual sustituto suyo, 'siempre que la parte contraria lo acepte expresamente', según las voces del artículo 60, Código Procedimiento Civil. Sucesor que, por mandato expreso del artículo 690 citado, 'estará sujeto a los efectos de la sentencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 332', esto es, como 'causahabiente de la parte demandada por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de derechos sujetos a registro' ".

4. Decretado y ejecutado un registro de demanda, "mientras mantenga su vigor, su presencia en el folio de matrícula del inmueble asegura el conocimiento de la existencia de la acción por parte de todos, comenzando por el demandado y quienes de él adquieran derechos sobre el bien, terceros estos que de ninguna manera podrían alegar ignorancia de esa medida caute-

lar, como quiera que pudieron y debieron saberla al consultar, como se lo impone la más elemental prudencia, el registro en que se anotó". Y añade la recurrente: "Independientemente de la pertinencia o impertinencia del registro de la demanda, aquel que se haya decretado y ejecutado y estado en vigencia para cuando el demandado enajenó demuestra irrefragablemente el debido conocimiento de él y de sus causahabientes, que de ese modo quedan irremisiblemente vinculados a las resultas del pleito".

Concluye el casacionista insistiendo en el quebranto del sentenciador de segundo grado de las normas señaladas al comienzo de la censura y en sentido allí indicado.

Consideraciones de la Corte

1. *Durante la decadencia del Imperio Romano, apareció por obra de Justiniano —con fundamento en reglas que éste atribuyó a Diocleciano— la institución de la lesión enorme, como régimen especial que se apartaba del principio de la libertad de contratar (Código, IV, XLIV, números 2 y 8). Más tarde, en la Edad Media, varios glosadores defendieron con ahínco esta innovación, inspirando lo que sobre el particular vino a ser adoptado en varias codificaciones medievales españolas, como las Siete Partidas (5ª, V, 56) y la Novísima Recopilación (X, 1, 2 y 3).*

El Código Civil francés la acogió, y también el colombiano y el chileno; mas en estos tres obras tiene, como desde su origen lo tuvo, neto carácter de excepción.

2. *La regla del sistema civil de Colombia en materia de contratos es tradicional: cada parte puede obligarse libre y válidamente hasta los límites en que ambas convengan (artículo 1602 del Código), con tal que, por cuanto a sus condiciones personales atañe, sean capaces (artículos 1503 y 1504) y su consentimiento no provenga de error, fuerza o dolo (artículos 1508 y siguientes). Lo excepcional, en determinados actos jurídicos, es que si alguna de ellas sufre lesión que afecte su patrimonio en ciertas proporciones expresamente previstas por la ley, para reparar esa situación desventajosa se le otorgue acción rescisoria.*

3. *Con arreglo al artículo 1946 del Código, "El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme", y según el 1947, "El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad de precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato".*

Del último texto legal transcrito se desprende que la lesión enorme está estructurada en nuestro régimen civil sobre un factor puramente objetivo (el justo precio), con toda independencia del móvil subjetivo y de la manera como éste haya influido en el consentimiento. El que acepta, v. gr., vender una cosa por precio inferior a la mitad o comprarla por precio superior al doble del que se considera justo, no hace proceso volitivo viciosa, o si lo hace no lo invoca como causa cuando pide al juez que el contrato se rescinda por lesión. Su aceptación en estas circunstancias no implica de por sí una falsa noción del valor real de la cosa, ni una fuerza física o moral que lo haya constreñido, ni un engaño del otro contratante, que fueran suficientes para inclinar su voluntad. Simplemente, el contrato es lesivo para él, por contener una desproporción entre el valor de las prestaciones recíprocas que alcanza la cuantía determinada por la ley; y por ello es rescindible.

4. *En lo tocante con las limitaciones del derecho a pedir la rescisión y los efectos de ésta una vez pronunciada judicialmente, dos artículos del Código los regulan, así:*

Artículo 1951. "*Perdida la cosa en poder del comprador, no habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato. Lo mismo será si el comprador hubiere enajenado la cosa; salvo que la haya vendido por más de lo que había pagado por ella, pues en tal caso podrá el primer vendedor reclamar este exceso, pero sólo hasta concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décimo parte*".

Artículo 1948. "*El comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá, a su arbitrio, consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte...*".

En el caso sub judice, el Tribunal interpretó estas dos disposiciones legales en el sentido de que cualquiera y cualquiera que el comprador enajene la cosa vendida antes de notificársele el auto admisorio de la demanda, no puede tener lugar la rescisión del contrato, ni, por lo tanto, el ejercicio de la opción que, una vez rescindido éste, tiene a su disposición el demandado. Conclusión que, a su juicio, no se altera por

el hecho de haberse registrado la demanda con anterioridad a la enajenación efectuada por la sociedad demandada, pues este registro, por lo que atañe a la cosa vendida, "no afecta su enajenabilidad si en cuanto se tiene la ilegalidad de tal medida cautelar".

5. Esta interpretación puramente literal de los dos artículos transcritos, hecha por el Tribunal, no es de recibo, por las razones que en seguida se expresan:

a) Calidad de la enajenación.

El artículo 1951 confiere derecho al comprador para enajenar la cosa antes que el vendedor haya demandado la rescisión de la venta por lesión enorme. Si el comprador ejerce de buena fe este derecho, o sea en la creencia de que efectúa la enajenación legítimamente, no hay lugar a decretar la rescisión del contrato. El legislador colombiano no permite que los efectos de ésta afecten a terceros de buena fe en ningún caso, a diferencia de lo que ocurre con la nulidad judicialmente decretada. Mas si el comprador, enterado ya por algún medio de que el vendedor ha promovido contra él proceso en que, invocando lesión enorme, pide que la venta sea rescindida, se apresura a vender la cosa antes de ser notificado del auto admisorio de la demanda, con el agravante de que la enajena por el mismo precio por el cual la compró al demandante —como ocurrió en el caso de este proceso—, efectúa entonces una maniobra fraudulenta conducente a privar al vendedor del derecho a que se rescinda el contrato, es decir, obra de mala fe, con el efecto de que la enajenación así efectuada no entorpece el ejercicio de la acción rescisoria. Nadie puede, maliciosamente, impedir el ejercicio de un legítimo derecho ajeno. Fraus omnia corrumpit. Esta actitud fraudulenta de la sociedad vendedora se extiende también a los compradores, dado que al otorgarse la Escritura número 225 del 28 de enero de 1975 estaba vigente el registro de la demanda y dadas las características del negocio que celebraron con dicha sociedad.

Ahora bien: la demanda ordinaria de Rosa María Campo de Calero fue inscrita en el registro, y en tal estado permaneció durante varios meses, hasta cuando el auto que había decretado el registro fue revocado. Durante este lapso, sin haberse notificado aún el auto admisorio de la demanda, la sociedad demandada efectuó la enajenación a terceros. No obstante la revocación del auto que la decretó, la inscripción en el registro tuvo la virtud, mientras estuvo vigente, de poner en público conocimiento la existencia de la demanda de rescisión por lesión enorme promovida por la señora de Calero contra la sociedad "Predios y Ganados Limitada". Independientemente de la legalidad o ilegalidad de esta medida cautelar, ella tuvo el efecto indiscutible de hacer saber a la sociedad demandada que contra ella se estaba promoviendo un proceso rescisorio mediante demanda presentada por dicha señora.

A nadie le es lícito destruir un derecho ajeno, de mala fe, menos aún cuando el sujeto pasivo de ese derecho es el que lo destruye. La enajenación a que el artículo 1951 se refiere no puede ser otra distinta de la que se realice de buena fe. Sólo así pueden entenderse realmente el sentido y el alcance de ese texto legal.

A lo dicho, agréguese que por los incisos primero y segundo del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, está dispuesto que "La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto y se funde en la misma causa que el anterior, y que entrambos procesos haya identidad jurídica de partes. Se entiende que hay identidad jurídica de partes, cuando las del segundo proceso son sucesores mortis causa de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos".

Sin entrar a dilucidar si la acción rescisoria por lesión enorme es real o personal, y teniendo presente que este registro, con arreglo al artículo 686 del mismo Código, no pone los bienes fuera del comercio, lo cierto es que como la venta que la sociedad demandada hizo por la Escritura número 225 del 28 de enero de 1975, se celebró con posterioridad a la inscripción de la demanda que originó este proceso y durante la vigencia de esta medida, quienes compraron mediante tal instrumento tienen que afrontar los efectos de la sentencia que se dicte, en los términos y para los efectos del artículo transcrito, puesto que cuando compraron era de público conocimiento la existencia del registro de la demanda de rescisión por lesión enorme propuesta por Rosa María Campo de Calero contra "Predios y Ganados Limitada". Así está expresamente dispuesto por el ordinal a) del numeral 1º del citado artículo 690, conforme al cual quien adquiere el bien con posterioridad al registro de la demanda "estará sujeto a los efectos de la sentencia".

b) Efectos de la enajenación.

Prescribe el artículo 1948 que el demandado, una vez pronunciada por el juez la rescisión de la venta por lesión enorme, puede consentir en esa rescisión, obligándose a restituir al vendedor la cosa vendida, pero con la facultad de evitar los efectos de este pronunciamiento completando el justo precio con deducción de una décima parte.

Se trata de una obligación facultativa legal, que el artículo 1562 del Código define como "la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa". El demandado vencido en el proceso de rescisión por lesión enorme queda directamente obligado a restituir al demandante la cosa que le compró por precio irrisorio; pero tiene la facultad de evitar los efectos de la rescisión completando el justo precio deducida una décima parte.

Por el artículo 1563 está dispuesto que "En la obligación facultativa el acreedor no tiene derecho para pedir otra cosa que aquella a que el deudor es directamente obligado, y si dicha cosa perece sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora, no tiene derecho para pedir cosa alguna".

El petitum de la demanda con que se inició este proceso se ajusta a la disposición transcrita, pues la demandante se limitó a solicitar la rescisión del contrato de venta con la subsiguiente condena a restituir la cosa vendida, que es a lo que el demandado queda directamente obligado. Sólo que éste, una vez pronunciada la condena, está legalmente facultado para elegir entre la restitución, consecuencia del decreto rescisorio, o el complemento del justo precio con deducción de una décima parte.

La obligación de restituir no se extingue por imposibilidad sino en el caso de que la cosa perezca, "o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora que existe", según las voces del artículo 1729 del Código. El hecho de que el deudor la haya enajenado no determina imposibilidad de restituirla al acreedor, sino mera dificultad que aquél puede vencer, v. gr. readquiriéndola.

Tal fue precisamente lo ocurrido en el caso de este proceso. La sociedad demandada enajenó de mala fe la casa que había comprado a la demandante. Esta pide que el contrato se rescinda por lesión enorme y la cosa le sea restituida, a lo cual tiene derecho, porque no hay prueba de que la casa haya perecido por destrucción, incomercialidad o desaparecimiento. La sociedad demandante queda por tanto directamente obligada a restituirla, pero con facultad de evitar la restitución completando el justo precio con deducción de una décima parte.

6. Lo hasta aquí expuesto demuestra que el recurrente tiene razón cuando afirma que el Tribunal interpretó erróneamente los artículos 1948 y 1951 del Código Civil, puesto que al aplicarlos, como los aplicó al caso debatido, no tuvo en cuenta el registro de la demanda, por cuanto el auto que lo decretó fue más tarde revocado, ni consiguientemente la mala fe, con que, por razón de esa medida cautelar y durante su vigencia, procedió la sociedad demandada, a enajenar la casa, con la consecuencia de que la enajenación que hizo a favor de terceros no tuvo el efecto de entorpecer la acción rescisoria del contrato de venta.

El cargo, por lo tanto, prospera.

La sentencia de instancia.

Ni los presupuestos procesales, ni la legitimación en la causa por sus aspectos activo y pasivo, ofrecen reparo alguno. Y no se observa causal de nulidad procesal capaz de invalidar la actuación. Procede, pues, dictar sentencia de mérito que reemplace la pronunciada por el Tribunal.

El contrato de compraventa celebrado entre las partes demandantes y demandada fue debidamente probado mediante copia auténtica de la Escritura número 2965, otorgada en la Notaría Cuarta del Círculo de Cali el 8 de julio de 1974, registrada el 9 de los mismos mes y año (fls. 79 y ss. del Cuad. 1º).

De dicha escritura aparece que Rosa María Campo de Calero vendió a la sociedad "Predios y Ganados Limitada", el fundo rural denominado "Britania", por el precio de $ 6.000.000.00, pagadero en una cuota inicial y cinco anuales posteriores, todas del mismo valor.

Dentro del término probatorio del proceso, el predio vendido fue avaluado por los peritos Armando Hurtado Guzmán y Flavio Penilla Delgado, para la fecha del contrato de venta, o sea para el 8 de julio de 1974, en la cantidad de $ 23.808.000.00, mediante dictamen que fue objeto de aclaración, mas no de objeción alguna por las partes. Este dictamen aparece debidamente fundamentado, y en los autos hay constancia secretarial de que los honorarios de los peritos fueron pagados por la parte demandante (véase

el dictamen a folios 55 y ss. del Cuad. 3, y constancia del Secretario a folio 66 vto. del mismo Cuad.).

Concluyese, por lo tanto, que la vendedora Rosa María Campo de Calero sufrió lesión enorme, puesto que el precio convenido, o sea la suma de $ 6.000.000.00, es inferior a la mitad del justo precio que el inmueble vendido tenía al tiempo del contrato, es decir, $ 23.808.000.00 (artículo 1947 del Código Civil).

Como quedó expuesto en el despacho del cargo formulado en la demanda de casación, el hecho de que la sociedad "Predios y Ganados Limitada", enajenara la finca a Alvaro Echavarría Olarte y Alberto Masso Correa mediante la Escritura número 225 del 28 de enero de 1975, no constituye obstáculo para decretar la rescisión por lesión enorme de la venta hecha por la demandante a aquella sociedad, pues la enajenación a Echavarría Olarte y Masso Correa fue hecha por las partes contratantes con pleno conocimiento de que existía ya demanda rescisoria propuesta por Rosa María Campo de Calero, y de que estaba vigente su registro. A lo cual cabe agregar que esa enajenación no es determinante de imposibilidad de restituir a la demandante el predio vendido, razón por la cual subsiste, como obligación directa a cargo de la misma sociedad, la de efectuar esa restitución como consecuencia de rescindirse la venta, quedando a su favor la facultad de evitar los efectos de la rescisión completando el justo precio con deducción de una décima parte, o sea, pagando a la demandante la cantidad de $ 23.808.000.00 — $ 6.000.000.00 = $ 17.808.000.00, menos la décima parte del justo precio, es decir la suma de $ 15.427.200.00.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia objeto del recurso extraordinario, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. En su lugar, procediendo como fallador de instancia, REVOCA la del Juez Cuarto Civil del Circuito de Palmira, y

Resuelve:

Primero. Declárase que la demandante, Rosa María Campo de Calero, sufrió lesión enorme en la venta que hizo a la sociedad demandada, "Predios y Ganados Limitada", mediante la Escritura número 2965, otorgada en la Notaría Cuarta del Círculo de Cali el 8 de julio de 1974, del predio rural denominado "Britania", situado en la región de Palmaseca, jurisdicción del Municipio de Palmira, Departamento del Valle del Cauca, cuyos linderos se indican en el hecho primero de la demanda que dio origen a este proceso.

Segundo. En consecuencia, declárase rescindido por esa causa el mencionado contrato de venta.

Tercero. En virtud de la rescisión decretada, la sociedad demandada restituirá a la demandante, dentro del término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, el referido predio rural denominado "Britania", con todos sus componentes, anexidades, mejoras y usos, purificándolo previamente de las hipotecas u otros derechos reales que haya constituido en él.

Cuarto. La sociedad demandada pagará a la demandante el valor de los frutos que haya percibido o podido percibir con mediana inteligencia y actividad a partir de la fecha de la demanda. Para la liquidación de tales frutos, se seguirá el procedimiento señalado por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Quinto. Una vez efectuada la restitución del predio vendido, la demandante queda obligada a devolver a la sociedad demandada el precio que ésta pagó por concepto de la venta, más los intereses legales de dicho precio desde la fecha de la demanda. Y no podrá pedir cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato rescindido, ni de los deterioros que haya sufrido el inmueble, excepto en cuanto la sociedad demandada se hubiere aprovechado de ellos.

Sexto. La sociedad demandada goza de la facultad que le otorga el inciso primero del artículo 1948 del Código Civil en su carácter de compradora, facultad que podrá ejercer dentro del mismo término de un (1) mes señalado para la restitución del inmueble.

Las costas de ambas instancias son de cargo de la sociedad demandada. Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Ricardo Uribe Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén (salvó voto) *Alberto Ospina Botero* (salvó voto).

Luis H. Mora Benavides
Secretario.

Salvamento de voto de los Magistrados Alberto Ospina Botero y Humberto Murcia Ballén.

Por no compartir la mayoría de las motivaciones ni la decisión a que se llega en la sentencia, a continuación explicamos nuestro disentimiento.

La sentencia que origina el salvamento, presenta las situaciones siguientes:

A. La acusación que técnicamente viene montada por la vía directa, la resolvió la Corte tomando en consideración los aspectos de la buena o mala fe, como si el ataque en casación viniera con sujeción a la vía indirecta.

B. El cargo en casación, fundamentalmente viene edificado sobre la afirmación de que la acción rescisoria por lesión enorme es real o cuando menos mixta, y la Corte lo despacha sin hacer referencia a este punto y por motivos no comprendidos por la acusación.

La controversia sobre la naturaleza jurídica de la acción rescisoria por lesión enorme planteada a lo largo de las instancias y replanteada por la parte recurrente en casación y por la parte opositora al recurso, no recibió respuesta alguna, lo que nos movió a quienes suscribimos el salvamento a abordar sin temor el tema.

D. Con la sentencia acogida por la mayoría se subestima el derecho de defensa de terceros adquirentes que pueden estar de buena fe y que no se les citó al proceso.

E. Se le concedió efectos a una medida cautelar fallida, por cuanto se le hizo producir efectos al registro de una demanda, que por haber sido decretado ilegalmente luego se produjo su cancelación. En otros términos, se le concedieron efectos jurídicos trascendentales y de vastos alcances a lo ordenado en un auto que luego desapareció del proceso, por ilegal. Es algo así como la supervivencia de un auto revocado.

F. Más a espacio sentamos en este salvamento las reflexiones siguientes:

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

2. Pues bien, cuando se celebran negocios en los cuales campea el desequilibrio en las prestaciones de las partes, se ofrece como correctivo jurídico para el contratante que ha sido víctima, impugnar la convención inequitativa, mediante la acción que el Código Civil reglamenta en el contrato de compraventa y que denomina "de la rescisión de la venta por lesión enorme".

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

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

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

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

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

5. Según se acaba de ver, la lesión, para que produzca la rescisión de la convención debe ser enorme, o sea, que la desigualdad de las prestaciones rebase el límite legal. No pretende la ley, ni nunca ha pretendido la simetría absoluta en las prestaciones, puesto que como acertadamente lo observa Ripert, "la igualdad absoluta de las prestaciones es tan imposible como la igualdad de los contratantes". Con todo, la desigualdad no puede ser de tal entidad que implique la explotación de una parte por la otra, lo cual se da en el contrato de compraventa cuando alguna de las partes se ha perjudicado en más de la mitad del justo precio de la cosa (Art. 1947 C. C.).

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

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

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

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

La norma transcrita edifica la existencia de la acción rescisoria sobre cualquiera de estas dos

hipótesis: pérdida de la cosa en poder del comprador y enajenación por éste de la misma. Con todo, en este último evento, a su vez, es preciso distinguir dos cosas: a) que el comprador haya enajenado la cosa al tercero por un precio inferior o igual al de compra, y b) que el comprador haya enajenado la cosa por un precio superior al al de compra. En el caso primero, como no hay exceso de precio en la venta del comprador, no procede reclamo; en el segundo sí procede reclamar el exceso recibido por el comprador que ha vendido, pero sólo hasta concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte, demostrando además el vendedor primitivo que sufrió lesión enorme. Precisamente, la jurisprudencia de la Corporación viene afirmando que "para que el juzgador pueda dar aplicación al inciso 2º del artículo 1951 del Código Civil y condenar al comprador a restituir el exceso del precio, se necesitan dos condiciones conjuntas:

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

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

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

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

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

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

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

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

10. Hechas las precisiones anteriores, se tiene que para decidir el recurso era fundamental hacer una incursión en la naturaleza jurídica de la acción rescisoria por lesión enorme, como quiera que se controvierte sobre el carácter mixto o personal que pueda tener, tema que no abordó la decisión de la mayoría de la Corte, pero respecto del cual el salvamento de voto quiere hacer las precisiones siguientes: Quienes se han matriculado en la primera posición, por cuanto le han señalado a la mencionada acción las características de ser personal y real, generalmente acuden al primer texto romano que se conoce como venero de la institución de la lesión enorme, o sea, a la Ley Segunda, que tiene forma de un rescripto, atribuida a Diocleciano y Maximiano, cuyo texto, que a la vez se tacha de haber sido interpolado, dice así "Si tú o tu padre hubiéreis vendido a un precio menor una cosa de mayor precio, es equitativo o, que restituyendo tú el precio a los compradores, recobres el fundo mediante la autoridad del juez, o bien, si el comprador lo prefiere, recibas tú lo que falta para el precio justo. Parece ser el precio menor, si no se ha pagado ni la mitad del precio verdadero" (Rem majoris pretii si tu vel pater tuus

minores pretii distraxerit, humanum est. In vel, pretium te restituente emptoribus, bundum vendidisti recepisti, auctoritate interecedente judicis, vel, si emptor elegerit, quod dest justo precio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit").

Se sostiene por los partidarios del criterio mixto que desde los albores de la rescisión por lesión enorme, ésta trae aparejado como efecto normal facultar al contratante que la padece, no sólo para pedir, mediante acción personal la rescisión de la convención sino además la restitución de la cosa, con lo cual en este punto es real.

Por el contrario, la doctrina de la Corte, cuando específicamente ha abordado el tema, ha calificado de personal la acción rescisoria, con apoyo en las apreciaciones siguientes: "Ni la acción de nulidad, ni la rescisoria por lesión enorme, son acciones reales, sino personales, ya que no responden al hecho de ser el actor titular de derecho real sobre la cosa. Otro asunto es que, en razón del regreso de las cosas a su estado anterior, en el caso de la primera, o de los efectos de la rescisión decretada a favor del vendedor, el bien deba restituirse al demandante; mas no significa ello que se trate de acciones reales sino de consecuencias de la acción personal que no llegan a afectar la sustancia de ésta" (Cas. Civ. de 30 de agosto de 1955, LXXXI, 70).

No existe fundamento legal y doctrinario atendible para considerar la acción rescisoria por lesión enorme como una acción real, pues de asignarle este carácter, se tendría igualmente que empezar por sostener que las acciones de nulidad, de simulación y resolutoria serían así mismo acciones in re o cuando menos mixtas. No. Todas las acciones antes aludidas, así traigan como consecuencia o efecto normal el regreso de las cosas al estado anterior, no pierden su categoría de acciones personales. Precisamente, sostiene José J. Gómez que "el derecho a pedir la nulidad o la rescisión o la resolución de una venta de inmuebles, es siempre personal, tanto en el Código de Napoleón como en el nuestro. En ambas legislaciones se trata de un derecho personal, en el que cada extremo se llama acreedor y deudor a la vez". Y luego agrega: "No es mixta la acción resolutoria, ni la de nulidad, ni la de simulación, que, desde luego, van encaminadas a volver las cosas a su estado anterior, y por lo mismo a recuperar los bienes que fueron materia del acto resolubie, nulo o anulable o simulado aún cuando los bienes hayan pasado a manos de terceros. Tales acciones son personales; pero su ejercicio acarrea una consecuencia: la restitución de la cosa" (Derecho Civil, Bienes números 40 y 44). De este criterio participan otros comentadores civiles.

Siendo personal y no real o mixta la acción rescisoria por lesión enorme, no procedía el registro de la demanda, según se desprende de la ley (Art. 690 C.P.C.).

11. Cabe observar que cuando la Corte, al decidir algún proceso contentivo de una pretensión de rescisión por lesión enorme aludió a la inscripción de la demanda decretada a petición del demandante, lo hizo en consideración a que se trataba de un acto del proceso que se cumplió sin controversia de las partes ni en las instancias ni en el recurso de casación. De suerte que dicha referencia no implica ni ha implicado que se le señale a la acción rescisoria por lesión enorme una naturaleza distinta de la que tiene y ha afirmado la doctrina de la Corte.

12. Viene de lo dicho, que el Tribunal, al despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda de rescisión por lesión enorme, sobre la consideración fundamental de no proceder la acción, por haber enajenado el predio la sociedad demandada con anterioridad a la notificación de la demanda y, además, por ser personal tal acción, no quebrantó las normas sustanciales indicadas en la censura. De suerte que la sentencia del *ad-quem* no podía ser quebrada en casación.

Alberto Ospina Botero, Humberto Murcia Ballén.

Fecha *ut supra*.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Diferencia entre la responsabilidad civil y la laboral. Criterios semejantes de las Salas Civil y Laboral. Al patrono incumbe el deber de protección y seguridad del trabajador. La obligación de indemnizar totalmente los perjuicios cuando el accidente se originó por culpa del patrono tiene su fuente en el derecho del trabajo y no en disposiciones civiles; por consiguiente el conocimiento de las acciones pertinentes corresponde a los jueces del trabajo.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., 23 de febrero de 1981.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el 5 de julio de 1979, en el proceso ordinario de María Graciela Castro viuda de Salinas y otros contra Industria Hullera S. A.

Antecedentes

1. En demanda ordinaria del 29 de julio de 1977 que correspondió al Juzgado 10 Civil del Circuito de Medellín, María Graciela Castro viuda de Salinas, en su propio nombre y el de sus menores hijos Darío Antonio, Carlos Mario, Gabriel Angel, Alvaro Hernando, Dorelba, Jaime Humberto y Jorge Alirio Salinas Castro, y además Orlando de Jesús, Luis Octavio, Guillermo de Jesús y Luz Nelly Salinas Castro, estos últimos mayores de edad y todos con domicilio en Amagá, entablaron procesos contra Industria Hullera S. A., compañía comercial anónima domiciliada en Medellín, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

1ª Que la sociedad demandada es civilmente responsable a título de responsabilidad civil extracontractual, de todos los perjuicios causados *directa y personalmente a los demandados*, con motivo de la muerte de Luis Eduardo Salinas Molina, perjuicios que la sociedad demandante deberá pagar en la cuantía que resultare demostrada en el proceso, o por condena en abstracto para ser regulada mediante el trámite en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

2ª Que en la sentencia se determinen todos aquellos factores que puedan tener influencia en la liquidación de tales perjuicios, como la cuantía de los de orden moral y subjetivo que se deben cubrir a cada uno de los demandantes, la cuantía de la renta anual que deba cubrírsele a los mismos y el período de tiempo durante el cual debe pagarse esa renta anual, la cuantía concreta de los perjuicios materiales causados hasta el momento de la sentencia, empleando si fuere el caso las llamadas "Tablas de Garuffa" para la liquidación de la renta futura, y que se tengan en cuenta los aumentos que hayan experimentado los salarios desde el momento de la ocurrencia del accidente hasta cuando sean apreciados como factores para decidir y determinar la indemnización, y

3ª Que se condene a la sociedad demandada en las costas del proceso.

2. Los demandantes estructuraron su causa para pedir en las afirmaciones que se resumen así:

a) Industrial Hullera S. A. es una sociedad comercial domiciliada en Medellín que tiene por objeto principal la extracción de carbón mineral, lo cual efectúa especialmente en sus minas "El Silencio" situadas en el Municipio de Amagá mediante el sistema de vetas de socavón y por medio del proceso llamado "derrumbe dirigido" y aún cuando en un principio dicha sociedad empleó los sistemas tradicionalmente propios de la región, últimamente estaba empleando sistemas con un grado de perfeccionamiento y mecanización que le permiten extraer un altísimo porcentaje del carbón mineral que yace en los depósitos naturales de la sociedad en el lugar mencionado, aún cuando con sacrificio de la seguridad para quienes allí laboran;

b) Entre la maquinaria instalada en las minas para mecanizar la extracción del carbón, se encontraba una máquina "Panzer" operaba mediante energía eléctrica y por un maquinista que controlaba su funcionamiento desde un interruptor que permitía detenerla en un momento cualquiera y cuando se considere indispensable;

c) Simultáneamente con esta vigilancia, el maquinista u operador debía "palear" el carbón que caía de la máquina y simultáneamente, quebrar los bloques grandes de carbón que llegaban a la máquina, para evitar que con ellos se ocasionaran daños a las paredes de la misma, y precisamente por esta multiplicidad de funciones que el operario de dicha máquina tenía que cumplir y la enorme peligrosidad que para el conjunto de la misma implicaba el deficiente funcionamiento de aquella, se le tenía asignado, para ayudarlo en el estricto cumplimiento de todas esas funciones, a otro trabajador que colaborara en su realización durante todo el tiempo en que debía ser operada la máquina;

d) El sistema de explotación de "derrumbe dirigido" fue el escogido por la empresa, por cuanto permite un altísimo grado de recuperación del mineral yacente en los depósitos naturales de carbón que alcanza casi el 98% del mismo, aun cuando es un sistema peligroso e implica un riesgo superior al sistema de "cámaras y pilares", propio éste de aquella región, por cuanto el último medio anotado apenas si se recupera el 55% a 60% del mineral de carbón;

e) De todas maneras y sea cual fuere el sistema empleado al respecto, la actividad de la minería del carbón constituye una actividad particularmente peligrosa, pues implica una multitud de riesgos que se deben afrontar y que pueden, en cualquier momento, ocasionar graves daños no sólo a quienes allí laboran sino a terceros, peligrosidad agravada en este caso por el empleo del sistema de explotación de "derrumbe dirigido";

f) Este sistema implica un especial aumento en los riesgos y, por tanto en la peligrosidad de la actividad, por cuanto al extraerse casi en su totalidad el mineral quedan unos espacios muy grandes que por sí solos no tienen la resistencia suficiente para soportar la carga de las capas superiores y de la superficie de la tierra. Ello impone que deban emplearse elementos extraños, algunas veces en madera, pero en la mina "El Silencio" se empleaban postes de acero recubiertos en madera para, mediante una adecuada entobación y según las necesidades de cada sector de la mina, garantizar que no produjeran hundimientos o derrumbamientos de piedra, rocas o tierra que pudieran taponar las bóvedas. Y precisamente el sitio donde operaba la máquina "Panzer" era un lugar donde debían asegurarse los techos y paredes de la mina, aseguramiento que efectivamente la sociedad demandada había realizado con postes de acero y recubrimiento de madera de los techos y paredes. Luego en apariencia al menos allí había una relativa seguridad dentro de este conjunto de riesgos;

g) Tal era la situación de hecho en la mina para el 2 de junio de 1969 cuando, como todos los días, a eso de las seis de la mañana se dio comienzo al laboreo con la máquina "Panzer" que desde hacía rato era accionada por Luis Eduardo Salinas y quien durante algunas fechas permaneció en esa labor sin contratiempo, pero ese día Salinas tuvo que operar la máquina sin ayudante, pues por alguna circunstancia el capataz de la obra le ordenó al ayudante que Salinas tenía asignado, Miguel Angel Puerta, la realización de otras labores diferentes a la ayuda que debía prestarle a Salinas, lo que fue causa para lo acontecido ya que cuando Puerta nuevamente fue enviado a cumplir con su misión de ayudante de Salinas, llegó allí demasiado tarde para evitar el accidente;

h) Por tanto, Salinas quedó solo en las labores necesarias para operar la citada máquina y en tales condiciones se le recargó en exceso la misión encomendada por tener que efectuar él solo y sin ayudante, todas las maniobras, cuando inesperadamente y sin que haya podido determinarse a ciencia cierta la causa, se presentó el hundimiento de la misma en el sitio donde Salinas operaba la referida máquina, habiéndose producido el infausto suceso que le ocasionó su muerte, pues el alud de piedras, rocas, tierra, palancas de acero y demás materiales cayó sobre el trabajador y sobre la máquina, tapándolos completamente;

i) Pocos momentos antes el capataz de la mina le había ordenado al trabajador Miguel Angel Puerta que se reincorporara a su labor habitual de ayudante de Luis Eduardo Salinas y en cumplimiento de tal orden aquél se dirigió al lugar en donde éste personalmente operaba la máquina con tan mala suerte que al entrar al lugar indicado se produjo precisamente el hundimiento de la mina, habiéndose alcanzado parcialmente el derrumbe puesto que lo tapó hasta la cintura sin haber logrado llegar a tiempo al sitio al cual debía prestar sus oficios de ayudante;

j) El hundimiento de la mina produjo el enterramiento total de la máquina y del trabaja-

dor Salinas, y parcialmente, hasta la cintura, del ayudante Puerta, y fue de tales proporciones que sólo unas tres horas después y no obstante que se trasladaron allí el mayor número posible de obreros para colaborar en las tareas de rescate de las víctimas, pudo lograrse desenterrarlos;

k) No se supo a ciencia cierta qué ocasionó el derrumbamiento de la mina pues la única persona que allí se encontraba, o sea Luis Eduardo Salinas, murió aplastado por el peso de las rocas caídas sobre él, pero por aproximación y tratando de darle alguna explicación a lo acontecido, los trabajadores y los directivos de la mina suponen que seguramente el recargo de trabajo con que se había cumpliendo la labor de Salinas, le impidió apreciar la llegada de algún bloque grande de carbón que, por su tamaño y al no ser oportunamente quebrado, golpeó y derribó alguna palanca de acero del entibado de la misma, desquiciándolo y determinando el hundimiento de todo el sector de la mina, pero aún así y en la labor de buscar las causas del desastre, es necesario tener en cuenta dos circunstancias importantes: la iluminación existente en el lugar donde se produjo el hundimiento, y el estado en que se encontraba la entibación de la mina en ese sitio. En efecto: varias personas afirman que Salinas había advertido al capataz de la mina que la entibación de aquel sitio se estaba debilitando enormemente con el funcionamiento de la "Panzer" y que era necesario reforzar las palancas y el recubrimiento para evitar el derrumbamiento de la mina, situación que persistió hasta cuando la tragedia se produjo; y en cuanto a la iluminación, el lugar no tenía ningún sistema especial al efecto, pues a cada obrero se le entregaba una lámpara de batería individual para su personal iluminación en la labor a su cargo, de manera que únicamente la débil luz de aquella linterna constituía la única iluminación del lugar en el momento del accidente y con la cual Salinas debía iluminar la máquina en todo su recorrido total de 80 metros, debía iluminar el tablero donde estaba el interruptor de control y desde donde se operaba la máquina; debía controlar el volumen de los bloques de carbón que llegaban a la máquina; debía "palear" el carbón que caía de la máquina al suelo, además de otras ocupaciones simultáneas, todo ello en un espacio bastante grande, lo que permite concluir que tal iluminación era completamente insuficiente para la delicada labor que Salinas debía realizar;

l) Cuando Salinas laboraba con auxilio de su ayudante, provisto igualmente de una lámpara de batería, su responsabilidad decrecía en grado sumo, pues ya era mayor la iluminación del lugar con la presencia de esta otra linterna, siendo difícil establecer hasta dónde influyó decisivamente en la producción del accidente mortal la deficiencia de iluminación anotada;

m) Luis Eduardo Salinas llevaba once años laborando al servicio de Industrial Hullera S. A., con una remuneración mensual aproximada de $ 1.100.00 al producirse su muerte, incluyendo salarios, horas extras laboradas, sobrerremuneración por jornadas nocturnas, pago por labor de dominicales y festivos laborados, etc.;

n) Salinas había contraído matrimonio con María Graciela Castro, y dejó los siguientes hijos legítimos: Jairo, Luis Octavio, Guillermo de Jesús, Luz Nelly, Darío Antonio, Carlos Mario, Gabriel Angel, Orlando de Jesús, Alvaro Hernando, Doralba, Jaime Humberto y Jorge Alirio Salinas Castro, y la víctima de tal accidente suministraba a su esposa y sus hijos, con el fruto de su trabajo personal, la alimentación, el vestuario, la habitación, la educación, etc., en la medida de sus capacidades, todo lo cual perdieron ellos con la muerte de Luis Eduardo pues a nadie más pueden exigir se les suministre lo que de él recibían, y

o) Además del perjuicio material recibido por los demandantes, no fue menor el perjuicio de orden moral que los mismos experimentaron, porque el dolor de saberlo muerto en tan trágicas condiciones, unido a la angustia de saberse desamparados y sin la asistencia que les proporcionaba, les ocasionó un notorio desequilibrio espiritual para todos y cada uno de ellos, lo que constituye un daño moral resarcible.

3. Se trabó el debate con oposición de la parte demandada, que además, de negar en lo fundamental los hechos del litigio, propuso las excepciones definitivas de cobro de lo no debido, petición antes de tiempo o de modo indebido, carencia de acción, inexistencia de la obligación, ausencia de culpa, falta de causa, prescripción, compensación y pago conforme a lo dispuesto por el Código Sustantivo del Trabajo.

Y además, propuso las excepciones previas de falta de jurisdicción o competencia de la justicia ordinaria, y cosa juzgada, derivadas de que entre las mismas partes se había planteado idéntico proceso ante el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Medellín, en donde la excepción previa de falta de jurisdicción o competencia fue propuesta por la compañía demandada y aceptada tanto por el Juzgado como por el Tribunal al

desatar este último la apelación que al respecto interpuso la parte demandante. Tales excepciones previas fueron rechazadas por el Juzgado del conocimiento en auto del 12 de diciembre de 1977 que si bien fue apelado por la demanda, adquirió firmeza procesal al no haber ésta cumplido con la carga procesal de suministrar lo necesario para copias en atención a que el recurso se le había concedido en el efecto devolutivo.

La primera instancia se tramitó cabalmente, con aducción de las pruebas y alegatos que las partes consideraron adecuados, y finalizó con sentencia del 29 de enero de 1979 que en resumen, dispuso declarar a la demandada civil y extracontractualmente responsable de los perjuicios causados a los demandantes por la muerte de Luis Eduardo Salinas, ocurrida el 2 de junio de 1969 y condenarla en abstracto a pagar tales perjuicios materiales y morales subjetivos para su posterior liquidación mediante el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, ordenando pagar a favor de la cónyuge supérstite la mitad de las sumas resultantes, y la otra mitad para repartirla por cabezas entre los hijos de Salinas, todo con costas a cargo de la sociedad demandada.

Y por apelación de ambas partes se suscitó la alzada ante el Tribunal Superior de Medellín, en donde se le puso fin con sentencia del 5 de julio de 1979 que revocó la del inferior y absolvió a la parte demandada, de todas las súplicas de la demanda, con costas en ambas instancias a cargo de los demandantes, quienes contra dicha sentencia interpusieron el recurso de casación que ahora ocupa la Corte.

Las motivaciones del fallo impugnado

1. Después de reseñar con detenimiento el proceso y de encontrar que no cabe reparo a los presupuestos procesales, menciona el sentenciador que según las constancias procesales la empresa demandada pagó a los familiares de Luis Eduardo Salinas las siguientes sumas: $ 2.853.13 por cesantía, $ 299.00 por vacaciones, $ 139.09 por prima de servicios, $ 23.261.36 por seguro de vida y $ 938.10 por gastos de entierro. Y que la cónyuge supérstite en su propio nombre y en el de todos sus hijos legítimos, menores a la sazón, formuló demanda el 15 de octubre de 1973 contra Industrial Hullera S. A., ante la jurisdicción laboral, para obtener que la demandada fuera condenada a pagar "las sumas de dinero que les cause a deber por concepto de indemnización de los perjuicios con motivo de la muerte en accidente de trabajo y por culpa del patrono, producida en la persona del señor Luis Eduardo Salinas Molina, padre legítimo de los menores invocando como normas de derecho aplicables los artículos 216 del Código Sustantivo del Trabajo y 2341 y 2356 del Código Civil, demanda que desató el Juzgado Tercero Laboral de Medellín en 1974 declarando configurada la prescripción, y que el Tribunal de esa ciudad confirmó en segunda instancia aunque por motivos diferentes, puesto que consideró que conforme a la técnica procesal "el estudio de la acción antecede a la de la excepción" y al analizar aquélla encontró que no hubo culpa de la parte demandada.

La Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia conoció del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia del Tribunal y en fallo del 27 de febrero de 1977 expresó que el recurrente, para sustentar sus cargos, en todas las alegaciones insistió en que la acción ejercitada no era la de responsabilidad contractual sino la de responsabilidad extracontractual, para que el litigio fuese decidido a la luz del estatuto de esta última responsabilidad; que jamás, en ningún momento, los demandantes han aducido que entre la sociedad demandada y ellos hubiere mediado algún vínculo contractual, por el contrario, siempre dijeron que nada los unía; que si se hizo referencia al contrato de trabajo fue para precisar que él vinculaba a la sociedad con el trabajador fallecido pero no con los demandantes", acusando la sentencia del Tribunal por aplicación indebida y falta de aplicación de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil entre otros, pero la Corte no casó dicha sentencia" porque, a más de haber sido antitécnicamente formulados los cargos, el Tribunal aplicó correctamente el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo que era el de su órbita.

2. Continúa el sentenciador analizando que los demandantes han invocado la indemnización de perjuicios recibidos directa y personalmente por ellos, sin consideración a los que pudiere haber recibido el fallecido Luis Eduardo Salinas y sin que los una vínculo jurídico o relación contractual alguna con la sociedad demandada, para lo cual han adoptado normas y vías procesales de carácter civil, tales como los artículos 2143, 2341 y 2356 del Código Civil y han invocado el concepto civilista de la culpa aquiliana como base de su derecho.

Al efecto expone algunos lineamientos de la responsabilidad civil relativos a la coexistencia o cúmulos de responsabilidades cuyo ejercicio para los sucesores del contratante es opcional pero no acumulable y que "puede serlo subsidiaria

una de la otra, siempre que el procedimiento lo permita", mostrando como ejemplo el caso "del pasajero que muere durante la ejecución del contrato de transporte y por ello sufre grave daño (pérdida de su vida) y a la vez sus herederos resultan perjudicados, no sólo por el color que tal hecho les produce sino porque se ven privados de la fuente que provee a su subsistencia".

Y de allí concluye que los herederos del así fallecido pueden ejercitar cualquiera de las dos acciones: la de indemnización por incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, emanada de éste y colocándose en el lugar y posición del contratante muerto, a cuyo patrimonio habría ingresado tal acción, o la indemnización por culpa aquiliana colocándose fuera del contrato, con desvinculación de toda relación jurídica preexistente y demandando directamente y en propio interés la reparación del daño personal causado por el siniestro.

3. Agrega que la coexistencia de responsabilidades, contractual y extracontractual, tiene su ámbito de aplicación en el derecho comercial, que es una rama especializada pero cuya fuente se encuentra en el derecho civil y que existe otra parte del derecho laboral, también como rama especializada pero ésta sí con jurisdicción propia para "decidir los conflictos jurídicos que se originan directa o *indirectamente* del contrato de trabajo", conforme lo dispone el Decreto 2128 de 1947. Y en la legislación sustantiva de ese ramo está consagrada una acción adecuada para lograr el objetivo de la reparación de los daños originados directa o indirectamente del accidente de trabajo o enfermedad profesional, o sea el artículo 216 del Código sustantivo del trabajo que dice: "Cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo".

Comenta el sentenciador que en relación con esa norma, la Corte por conducto de su Sala Laboral, ha dicho que "la indemnización por accidente de trabajo es una obligación del patrono no propiamente contractual sino *legal* porque surge del deber de protección y seguridad que incumbe al patrono para con sus trabajadores, según el principio general del artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo. Cuando el accidente se produce por culpa comprobada del patrono entonces la indemnización ya no es la de la tarifa laboral, sino que comprende la totalidad de los perjuicios materiales y morales; en este caso se afecta la cuantía indemnizatoria, pero no la competencia porque la obligación nace entonces no como resultado de una culpa cualquiera, sino como resultado de la violación por parte del patrono del deber laboral de seguridad" (XXI, pág. 167).

4. Añade el tribunal, en cuanto a la verdadera naturaleza de la responsabilidad consagrada por el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, que no obstante ser *legal* a simple vista, tiene similitudes con la extracontractual, como en oportunidades lo ha dicho la Corte al expresar "Es necesario advertir que si bien ciertas clases de culpas determinantes del incremento del riesgo creado o extrañas a éstas, originan una responsabilidad plenaria, *semejante a la del Título XXXIV del Código Civil*, al tenor del artículo 12 literal b) *in fine* de la Ley 6ª de 1945 y del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo...". Y de otra parte el Tribunal Disciplinario al dirimir conflictos suscitados en procesos similares, la catalogó como extracontractual al decir: Se destacaba el concepto de que si la obligación de indemnizar la totalidad de los perjuicios causados con un accidente de trabajo cuando existe o media delito o culpa del patrono se elevó a categoría de acción laboral el artículo 216 citado, esa acción reemplaza a la universal sobre responsabilidad extracontractual por los delitos y las culpas del artículo 2341 del Código Civil; aquélla es ésta trasladada a un código especial".

5. Al respecto concluye el tribunal que al tenor literal del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo da margen para creer que la acción indemnizatoria que allí se consagra, tutela los derechos no solamente del trabajador y de sus sucesores, sino también de otros terceros lesionados directamente, caso éste que podría ser uno de los conflictos originados "indirectamente del contrato de trabajo" o mejor del accidente que causa la muerte al trabajador. La circunstancia de que a esa norma no se le haya dado su verdadero desarrollo por funcionarios laborables, no es razón suficiente para acudir a la responsabilidad extracontractual del Código Civil, porque existiendo una acción especializada, es dentro de su órbita donde se deben reclamar todas las indemnizaciones posibles. De ahí que tales terceros, invocando el perjuicio propio, sean admitidos dentro del marco de dicha acción, tal como ocurrió en el proceso laboral anterior en que no se les desconoció su legitimación en la causa.

Agrega el sentenciador que la acción de responsabilidad consagrada por el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo es de tal magnitud que comprende la que podría llamarse contractual, ejercitable por el trabajador o sus herederos invocando el perjuicio sufrido por aquél, y la que tiene características similares a la extracontractual que pueden ejercer los terceros que alegan perjuicio directo y sin vinculación de contrato y siendo entonces una materia especializada es la única que tutela los derechos de los demandantes y es ella en donde tiene la opción, sin que puedan entonces tener una tercera o sea la extracontractual ordinaria del derecho civil.

6. Y concluye que los demandantes, en su afán de procurar resarcimiento de unos perjuicios que alegan, se han equivocado al pretender ejercitar una acción que no les corresponde, o sea la universal de responsabilidad civil extracontractual, como lo ha reiterado el Tribunal disciplinario al dirimir diversos conflictos, expresando que "el apoderado de los demandantes contra Industrial Hullera S. A. en este caso erró al elegir para el ejercicio de su acción, por un equivocado análisis del hecho... así sea *errada* la mentada acción (responsabilidad extracontractual) por invocar para justificarla un hecho que no puede generar sino acción de indemnización de perjuicios provenientes de culpa laboral, en accidente de trabajo, no se puede poner al juez laboral a resolver sobre cuestiones civiles dentro de un proceso civil, sino que es el Juez civil, ante quien se promovió la acción equivocada, quien debe resolver lo conducente". Y que si bien e interpretando la demanda en guarda del principio de la economía procesal el Tribunal al resolver las excepciones previas, ha estimado en estos casos que la competencia era de la jurisdicción laboral, ahora encuentra que el Tribunal Disciplinario tuvo razón al asignarle el conocimiento a la jurisdicción civil sólo porque "en la demanda se ejercitó una acción civil para reclamar unos perjuicios pregonadamente civiles por culpa extracontractual", es decir simplemente por la forma como se planteó el asunto sin profundizar en el hecho originario causante de los daños cuya indemnización pretenden los demandantes, o sea un accidente laboral. De ahí que la relación procesal se trabó válidamente y no se presenta el vicio de incompetencia o falta de jurisdicción, que de serlo sería insubsanable y daría lugar a nulidad, sino que es la pretensión la que falla por carecer de los elementos necesarios para sustentarla y por lo tanto no puede prosperar.

7. Y con un breve comentario sobre la no aplicabilidad al caso de los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil que establecen la responsabilidad de las partes y de sus *apoderados*, concluye el sentenciador revocando el fallo del *a quo* y en su lugar negando las pretensiones de los demandantes, quienes como se dijo interpusieron contra ese pronunciamiento el recurso extraordinario de casación que se encuentra en estudio.

La demanda de casación

1. El recurrente formula unas extensas consideraciones generales previas relativas a la responsabilidad y en especial a la extracontractual o aquiliana, en donde analiza los aspectos de la culpa en sus modalidades de intencional o negligente, lo mismo que las actividades peligrosas, "el riesgo creado" aceptado por la jurisprudencia francesa, las presunciones de culpa y las indemnizaciones correspondientes a tales responsabilidades, inclusive cuando provienen por cosas que se tienen bajo guarda o cuidado del responsable, finalizando con lo relativo a que los demandantes, han reiterado en todo momento que la situaron en el campo de la responsabilidad extracontractual sin que entre ellos y la sociedad demandada existiera o se hiciera valer vínculo contractual alguno.

2. A continuación formula el que llama *primer cargo*, que en realidad es único, con fundamento en la primera causal de casación, mediante el cual acusa la sentencia del Tribunal por violación directa de los artículos 2341, 2356, 1613 y 1614 del Código Civil, por falta de aplicación, y el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida.

3. Comienza a desenvolverlo mencionando que en forma clara el sentenciador consideró que la acción incoada es la proveniente de responsabilidad civil extracontractual o culpa aquiliana. Pero, con todo, se extiende ampliamente en el análisis del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo para deducir que, en su criterio, dicha norma legal consagra acción indemnizatoria no sólo en favor del trabajador contratante sino de "...otros terceros lesionados directamente...", para concluir que no hay razón para salirse de las acciones consagradas en ese artículo e ir en busca de las acciones civiles que invocan los demandantes porque: "...existiendo una acción especializada, es dentro de su órbita donde se debe reclamar todas las indemnizaciones posibles...".

El Tribunal concluye que la acción de responsabilidad consagrada por el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo es de tal magnitud

que comprende no sólo la que podría llamarse contractual, ejercitable por el trabajador o sus herederos invocando el perjuicio sufrido por aquel, sino la que tiene características similares a la extracontractual, ejercida por los terceros que alegan perjuicios directos y sin vínculo contractual, tratándose así de una materia especializada y siendo dicha norma la única que tutela los derechos de los demandantes y es con base en ella en donde tienen opción, por lo cual no pueden tener una tercera, o sea la extracontractual ordinaria del derecho civil.

4. De allí aparece el error en que incurrió el Tribunal porque si, como él mismo lo entiende, se ha ejercido la acción de responsabilidad extracontractual, ha debido ser en este marco en el cual se analiza la cuestión debatida, a la luz de los preceptos pertinentes del Código Civil, especialmente de sus artículos 2341 y 2356, y no a la luz del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que ésta norma legal corresponde al estatuto de la responsabilidad contractual, que es totalmente ajena al campo jurídico en que fue planteado el litigio.

Y llevado al Tribunal por la idea de que la indemnización deprecada en la demanda es de carácter laboral, y empecinado en enseñarle al demandante qué tipo de acción debió haber ejercido, se adentró en el análisis de las acciones que a su entender consagra el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo con el fin de demostrar que era en el marco de esta norma y no de ninguna otra, donde debió haberse suscitado el litigio, y no en el campo de la responsabilidad extracontractual escogido por los demandantes, sacando así dicho Tribunal el litigio del marco jurídico precisado en la demanda y en su contestación, con evidente y manifiesto error.

5. No es que el Tribunal Superior se hubiera revelado contra las normas de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, sino simplemente que las ignoró y dejó de aplicarlas a un caso regulado por ellas, para en su lugar aplicar indebidamente la del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, que es totalmente ajena al campo jurídico, en el cual se planteó el litigio con la demanda de los demandantes.

6. Existen dos maneras de comprometer la responsabilidad: la una cuando media un contrato válido entre las partes y se han incumplido las estipulaciones y obligaciones que surgen a cargo de los contratantes, incumplimiento o cumplimiento tardío de donde resulta la obligación de indemnizar; o la otra cuando se ha ocasionado un daño por negligencia, imprudencia o malicia, sin la existencia de ese vínculo contractual, en el campo delictual o cuasi-delictual. En el primer caso se ha de atender a las regulaciones contractuales para dirimir el litigio que se presente, y en el segundo a las regulaciones del Título XXXIV del libro IV del Código Civil, sin que sea dable dirimir estas relaciones con las estipulaciones de aquella, ni tampoco aquéllas con las normas que regulan éstas.

Y si, como se precisó en la demanda y en todas las ocasiones posteriores, los demandantes han ejercido la acción de responsabilidad extracontractual y en todo momento reclaman sólo la indemnización de los perjuicios recibidos por ellos en forma personal y directa, si reclaman estar ejerciendo la acción que personalmente les corresponde para que se les indemnice por tales perjuicios así recibidos, si reiteran que los demandantes no tienen ningún tipo de contrato celebrado con la sociedad demandada y que no reclaman ni ejercen ningún tipo de acción que hubieren heredado de su progenitor, y si finalmente impetran que el litigio por ellos suscitado se mire a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, resulta absurdo que el sentenciador, por sí y ante sí, se salga de ese campo jurídico tan claramente delimitado para trasladar el litigio al campo contractual y dirimirlo allí con unas normas totalmente ajenas a la cuestión planteada por los demandantes.

7. Y remata la acusación diciendo: Si el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo forma parte del estatuto de la responsabilidad contractual, como evidentemente lo es, resulta totalmente erróneo dirimir el litigio suscitado por los demandantes aplicando dicha norma legal, que resulta así violada puesto que, en esta controversia, la aplicación de dicho artículo resulta totalmente indebida. Y por el contrario, dejar de aplicar a dicho litigio las disposiciones contenidas en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, siendo un caso claramente regulado por dichas normas. Y aun cuando el Tribunal claramente entendió que la acción incoada era la de responsabilidad civil extracontractual, no aplicó las normas pertinentes ya citadas y en cambio dirimió el conflicto con la aplicación notoriamente indebida del artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo.

La Corte considera

1. Al rompe se nota grave desacierto técnico en la formulación del recurso, pues el censor denuncia como infringida por aplicación indebida la norma sustancial contenida en el artículo

216 del Código Sustantivo del Trabajo siendo así que precisamente la decisión desestimativa de las súplicas de la demanda implicó no darle aplicación a la norma en comentario.

2. Pero abordando el tema básico de la censura comienza por anotar que *es evidente la notoria diferencia que existe entre la culpa contractual y la aquiliana, tanto por su origen como por su entramiento jurídico, básicamente por tener la primera un origen contractual o convencional, y la segunda un simple hecho o conducta ilícita, sin vínculo contractual preexistente, que infiera daño a la víctima, reglamentadas ambas por separado en los títulos 12 y 34 del Código Civil, respectivamente (CVII, 313; CXXXIV, 124).*

3. *En ocasiones, determinada actitud infringe una obligación contractual y a la vez configura culpa aquiliana, pero no respecto de los mismos sujetos jurídicos —se nota situación singular que la doctrina, para evitar una doble reparación, obviamente limita el reclamo del damnificado, a una alternativa dual y excluyente, tal como ocurre en el caso del sucesor o heredero del pasajero muerto en accidente, donde puede elegir entre la acción contractual emanada del transporte como acción heredada, o la acción originada en el hecho mismo que produjo la muerte del pasajero y que ocasionó perjuicios directos y personales al reclamante, sin conexión con el contrato, por culpa aquiliana o acción no heredada.*

Y si bien el heredero perjudicado puede optar por una de estas dos acciones, no le es posible acumularlas para hacerse indemnizar doblemente (XLIX 625; LIII 248 y 653; LX 436; LXIV 697; LXVII 444; LXIV 53; LXXVII 411; LXIX 666; LXXXI 176 y CXLI, 124).

4. *Bien diferente de la responsabilidad civil es la laboral proveniente de accidentes de trabajo "pues la legislación social que hoy rige las relaciones obrero-patronales tiene sus propios principios y fundamentos, de tal manera que una y otra se encuentran disciplinadas igualmente de manera diversa. "El derecho laboral —ha dicho la doctrina de la Corte—, al originarse en disciplina autónoma, opera con criterios propios, orientados a la protección de las clases trabajadoras y que han determinado el establecimiento de prestaciones adicionales al salario en favor de éstos y a cargo de los empresarios que utilizan sus servicios, tales como los auxilios por enfermedad, por cesantía, las pensiones de jubilación, la indemnización por accidentes de trabajo, etc. Pero, estas prestaciones sociales son extrañas a la idea de responsabilidad civil... se trata de obligaciones no extracontractuales, sino impuestas imperativamente por la ley como propias del contrato de trabajo y, por consiguiente su fuente no es la responsabilidad aquiliana con la que nada tienen que ver" (Cas. Civ. de 8 de mayo de 1969, CXXX, 105).*

Criterio semejante ha sentado la Corporación en su Sala de —Casación Laboral—, al sostener que "es menester aclarar que si bien cierta clase de culpas determinantes del incremento del riesgo profesional creado o extrañas a éste, originan una responsabilidad plenaria semejante a la del Título XXXIV del Libro IV del Código Civil, al tenor del artículo 12, literal b) in fine de la Ley 6ª de 1945 y del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, ella no significa que se trata de una culpa aquiliana o extracontractual, sino de la culpa contractual que por mandato expreso de la ley genera en estos casos la responsabilidad plena y la indemnización ordinaria" (Cas. Lab. de 16 de febrero de 1959, XC, 242).

Más recientemente dijo la Corte: "El accidente de trabajo es un fenómeno típico del derecho laboral y toda indemnización correspondiente nace a la vida jurídica de las regulaciones que trae al respecto ...Nótese que el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, se refiere tanto al accidente del trabajo como a la enfermedad profesional, entidades que no pierden su carácter laboral por el hecho de que permitan una indemnización mayor: 'la total y ordinaria de perjuicios', 'cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono', pues la existencia de tales entidades, sus diversos aspectos, la calificación de las incapacidades, la tabla de valuación de las mismas, etc., se regulan por dicho código y no por el civil. La incidencia de éste tiene lugar únicamente para efecto de calcular el monto de la indemnización 'total u ordinaria de perjuicios'; pero el derecho mismo a ella surge de las prescripciones laborales respectivas, bien se trate de accidentes o ya de enfermedad profesional. 'Más aún: la obligación de satisfacer la indemnización total u ordinaria de perjuicios' cuando el accidente se debió a culpa comprobada del patrono, no trae su fuente de disposiciones civiles, sino de las de derecho del trabajo, y son por tanto, las de esta institución las que se quebrantan en primer término, si la suma indemnizadora no se debía o era mayor o menor al monto de la impuesta en la sentencia". (Cas. Lab. 24 de enero de 1973, T. CXLVI, 138). Sentencia del 30 de mayo de 1980 en el proceso de María Rojas y otros contra Industrial Hullera S. A., aún sin publicar).

5. En el ordenamiento laboral al patrono le incumbe el deber de protección y seguridad del trabajador, como lo prevén básicamente los artículos 56 y 57 del Código Sustantivo del Trabajo.

En tal virtud, cuando en la ejecución de las labores propias de su oficio recibe el trabajador una lesión orgánica o una perturbación funcional, debe recibir la correspondiente indemnización reglamentada específicamente según el caso y gravedad del daño y que además puede ser reclamada por sus herederos y por su permanente acompañante en las proporciones también especificadas por la preceptiva laboral, bien sea con fundamento en el riesgo creado (Art. 199 del Código Sustantivo del Trabajo) indemnización que deja de ser específicamente reglada y se convierte en total y ordinaria cuando se deriva de culpa del patrono (216 ibídem). O sea que, con apoyo en estos preceptos, y en especial del últimamente citado, la indemnización será la total y ordinaria cuando proviene de culpa del patrono pero descontando "el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas" en la ley laboral.

Tal descuento indica que la fuente de dichas indemnizaciones es en esencia la misma, o sea el accidente de trabajo bajo la modalidad alternativa de sin culpa o con culpa del patrono, manantial único que implica la aplicación del mismo estatuto a ambas suertes de su ocurrencia.

6. *Sobre este tema ha dicho la Corte: "De una y otra indemnización, que como antes se vio, tienen su fuente en la relación obrero-patronal, conocen los jueces del trabajo, pues a éstos, por imperativo legal, les corresponde 'decidir los conflictos jurídicos que se originen* directa o indirectamente del contrato de trabajo (artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo). Por consiguiente *cuando en el desempeño de una labor propia del contrato del trabajo el trabajador se accidente y con fundamento en tales hechos reclaman la indemnización los causahabientes del trabajador, el conocimiento de este reclamo corresponde a la justicia del trabajo. Diferente sería el caso de que el perjuicio se causara por hecho del patrono o de sus dependientes, pero ajeno a la relación del trabajo, puesto que en este evento la reclamación de perjuicio se saldría de la tutela del derecho laboral y, por consiguiente, su conocimiento correspondería a los jueces civiles. De suerte que no escapa a la Corte la circunstancia de que el patrono, según la forma como se sucedan los hechos, puede incurrir en culpa contractual laboral o aquiliana. En el primer evento responde de la indemnización total y ordinaria' con sujeción a las normas especiales de la legislación laboral; en el segundo, dentro de la órbita de la legislación civil, por no tratarse de accidente de trabajo.*

"En la doctrina foránea, en materia de indemnización por accidentes de trabajo, se ha sostenido que el patrono no incurre en más responsabilidad que la que determina la ley laboral cuando ésta consagra la indemnización misma o total, porque en tal caso cumple con el objetivo de reparar el daño en su integridad y, por demás, se le da aplicación prioritaria a una legislación especial.

"Hoy en día una fuerte y seria corriente doctrinal propugna por mantener la responsabilidad civil dentro del marco de sus propios lindes jurídicos. Por ello critica y combate el criterio de algunos juristas, que por insistir en exceso en este género de responsabilidad, creen ver en todos los sucesos que causan daño a un caso comprendido dentro de la legislación civil, cuando algunos de tales hechos se encuentran ya regulados por un estatuto especial y diferente, como ocurre con los accidentes de trabajo, en donde en forma completa y específica se ha reglamentado la responsabilidad del patrono, o sea, ya en estas materias, con el correr de los días, se ha perfilado un claro y verdadero deslinde jurídico entre la responsabilidad civil y la laboral.

"Entonces, teniendo en cuenta que el daño es uno solo cualquiera que sea el número de reclamantes; que el responsable no está obligado a repararlo más de una vez; que su reparación, según ocurren los hechos, puede estar regulada por el derecho de trabajo o por el civil y, por ende, el conocimiento de la misma puede corresponder a la justicia del trabajo o a la civil, no puede la víctima o víctimas, *ad libitum* escoger la legislación que ha de regular su caso. Esto del derecho aplicable no queda a la discreción del litigante, porque se trata de normas que no pueden franquear con interpretaciones extensivas y bondadosas.

"Unos mismos hechos no pueden servir para iniciar reclamos en todas las latitudes y campos del derecho, porque en su defecto se llegaría, por un cómodo sendero, a lograr lo que la ley y los principios generales del derecho rechazan, o sea, el cúmulo de indemnizaciones y el enriquecimiento injusto". (Sentencia de 30 de mayo ya citada).

7. Sentado lo anterior y ya en el terreno específico de la litis, es manifiesto lo siguiente:

a) Para el 2 de junio de 1969 Luis Eduardo Salinas estaba trabajando al servicio de Industrial Hullera S. A., como operador de una máquina en actividades propias de la minería de carbón en las minas "El Silencio" cuando al escavar mediante el proceso denominado "derrumbe dirigido", ocurrió un hundimiento del socavón que ocasionó la muerte del trabajador;

b) Su cónyuge sobreviviente y sus hijos legítimos, hoy los demandantes, recibieron de la empresa las prestaciones correspondientes, tales como el valor del seguro de vida doblado, cesantía, prima de servicios, vacaciones y auxilio funerario, por un total de $ 27.791.24, y

c) María Graciela Castro v. de Salinas, Jairo, Luis Octavio, Guillermo de Jesús, Orlando de Jesús, Luz Nelly, Darío Antonio, Carlos Mario, Gabriel Angel, Alvaro Hernando, Doralba, Jaime Humberto y Jorge Alirio Salinas Castro, en su orden cónyuge supérstite e hijos legítimos del trabajador reclaman adicionalmente la indemnización total y ordinaria de los perjuicios que en forma personal y directa, y en ese específico carácter de familiares, sufrieron por el trágico fallecimiento de su esposo y padre.

8. Y si, como se dijo, en el supuesto contemplado el reclamo indemnizatorio se desprende del referido accidente de trabajo, bien sea en forma directa o indirecta, no es la jurisdicción civil sino a la de carácter laboral a la que debe someter la pretensión encaminada a obtener tal resarcimiento, que si bien puede ser *total y ordinario* no deja ni por asomo de tener un estricto carácter laboral y una fuente innegable de esa misma estirpe.

De donde se concluye que el Tribunal acertó a llegar a esta misma conclusión, sin incurrir por tanto en la violación de las normas sustanciales que le endilga el censor, motivo por el cual el cargo debe rechazarse. Conclusión a la que, por demás, llegó la Corte en días pasados al decidir idéntico recurso en el proceso de María Rojas vda. de Agudelo contra Industrial Hullera S. A. (Sentencia del 30 de mayo de 1980, obviamente aún sin publicar).

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 dictada en este proceso ordinario de María Castro viuda de Salinas contra Industrial Hullera S. A.

Costas a cargo de los recurrentes.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Luis H. Mora Benavides
Secretario interino

ACTAS DE REGISTRO DEL ESTADO CIVIL

Autenticidad y pureza de las inscripciones hechas en debida forma en el registro de estado civil.

Cómo desvirtuar estas presunciones.

Hijos legitimados ipso iure: legitimación ipso iure de los hijos concebidos antes y nacidos dentro del matrimonio.

La calidad de hijo legitimado se equipara a la de legítimo.

Amparado por la presunción de legitimidad no puede pretender declaración de hijo natural quien no haya impugnado su estado de hijo legítimo.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
José María Esguerra Samper.

Bogotá, 2 de marzo de 1981.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 15 de abril de 1980, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desató la segunda instancia del proceso ordinario promovido por el menor Alvaro Alexis Rodríguez, representado por su madre, contra los herederos de Víctor Vinicio Valencia.

Se trata de las acciones de filiación natural y de petición de herencia, en que el demandante pretende que se le declare hijo de Víctor Vinicio, que en consecuencia se le reconozca su derecho a heredarlo de conformidad con las normas de la sucesión intestada y que se condene a los demandados en las costas procesales.

En apoyo de tales pretensiones afirma la parte actora, que Víctor Vinicio tuvo relaciones sexuales con Lilia Rodríguez Grajales a partir de enero de 1966, como fruto de las cuales nació Alvaro Alexis el 29 de octubre de 1968; que el padre atendió a todos los gastos que demandó el parto; que luego del nacimiento el citado Víctor Vinicio llevó a Lilia y al niño a un apartamento ubicado en el barrio Santa Isabel de Bogotá y que mientras vivió brindó a Alvaro Alexis el trato de padre, prodigándole todos los cuidados del caso; que Víctor Vinicio falleció en Mosquera el 21 de febrero de 1977; y que en el proceso de sucesión abierto en el Juzgado 21 Civil de este Circuito, fueron reconocidos como herederos sus menores hijos legítimos Luisa Fernanda, Francisco Javier, Juan Carlos, Santiago Andrés y Rocío Ivonne Valencia Plazas, contra quienes se endereza la demanda.

Con oposición de la parte demandada surtióse la primera instancia del proceso, que vino a culminar con sentencia del 19 de enero de 1979, en la que se denegaron todas las pretensiones del actor quien apeló de ella.

Al iniciarse el trámite del recurso, el Tribunal decretó de oficio que se pidiera al Notario Segundo de Tunja copia auténtica de la partida de matrimonio que contrajeron Aurelio Antonio Pineda Fonseca y Lilia Rodríguez el 25 de mayo de 1968. Es de observar que ya obraba en el proceso copia de la partida eclesiástica correspondiente. La parte demandante protestó por el decreto de dicha prueba, interpuso contra el auto que la decretó los recursos de súplica y de reposición, que le fueron despachados desfavorablemente, y por último optó por pedir la nulidad de esa parte de la actuación, solicitud que le fue negada. Vale la pena destacar desde ahora que esa misma parte no formuló reparo alguno al valor probatorio de la partida en cuestión. Cumplido el trámite de segundo grado, el Tribunal confirmó la decisión apelada, con apo-

yo en los razonamientos que enseguida se resumen, y condenó al recurrente a pagar las costas procesales.

Motivación del fallo recurrido

Luego de algunas consideraciones sobre el estado civil y las diversas clases de filiación que consagra la ley, la legítima, la adoptiva y la natural, en alguna de las cuales —dice— debe estar ubicada necesariamente toda persona, "sólo en casos de suma gravedad y a petición de legítimo interesado, es posible despojarlo de ella y colocarlo dentro de la familia diferente. Tal el caso de impugnación de paternidad que haga el padre o cuando se la busca colocar en el seno de una familia natural".

Comenta enseguida el origen directo de esas tres clases de filiación e insiste en que no es posible que ellas puedan coexistir en una sola persona. Arguye, por ejemplo, que no cabe "aceptar que un hijo legítimo se convierta en natural de padre diferente, ante la existencia de determinadas pruebas que conlleven a convencer al Juzgador de la existencia de alguna o algunas de las causales" de impugnación de la paternidad legítima invocada oportunamente por quien tiene el derecho de hacerlo. "La condición de 'hijo legítimo' —agrega el Tribunal— que tenga la persona en determinado momento, conduce necesariamente a que se descarte la posibilidad de obtener reconocimiento del mismo como hijo natural".

El sentenciador pone enseguida de presente que al iniciarse el proceso, dado que con la partida de nacimiento del menor adjunta a la demanda éste aparecía simplemente como hijo natural de su madre, no había obstáculo alguno para indagar quién podía ser el padre, pero que posteriormente "surgió la duda sobre el estado civil de la madre y precisamente en esta instancia se logró demostrar que al momento de nacer Alvaro Alexis, su madre era mujer casada con hombre diferente a quien ahora se pretende padre natural del mismo".

Sobre esta base estima el juzgador de segundo grado que deben estudiarse las pruebas de las fechas de nacimiento del menor y de la celebración del matrimonio de su madre, en desarrollo de la presunción del artículo 92 del Código Civil, para establecer a la luz de lo que dispone el artículo 22 de la Ley 1ª de 1976, cuál es la verdadera filiación del menor demandante. De este cotejo de pruebas llega a la conclusión de que el menor nació a los 157 días de haberse celebrado el matrimonio y que por tanto, de acuerdo con el precepto legal últimamente citado, quedó legitimado por dicho matrimonio.

A renglón seguido expresa que esta última disposición vino a modificar los artículos 213 y 214 del Código Civil, porque "conforme lo entendió el *a quo* no es ni siquiera lógico que hombre alguno conociendo el estado de embarazo de la mujer con quien piensa contraer matrimonio, se avenga a reconocer como suyo un hijo que no lo es ... Y precisamente por tal razón la norma legal previó esta posibilidad y encasilló dentro de los hijos legitimados esta situación, en forma tal que solamente el marido o alguna de las personas indicadas en el artículo 249 del Código Civil pueden impugnar esta filiación dentro de las circunstancias y limitaciones que la propia ley impone. Entre tanto, el hijo nacido dentro del matrimonio, no cobijado por la presunción del artículo 92 del Código Civil, pasa a ser considerado como legítimo en virtud de legitimación que de hecho se produce con el propio matrimonio de su madre".

Finalmente agrega el Tribunal que esa situación subsiste mientras no haya prosperado la impugnación. "Aceptar lo contrario conduciría a disminuirle al menor prerrogativas que le otorga la misma ley y al violar el sentido de la misma ... Siendo que Alvaro Alexis forma parte de una familia legítima, tiene la calidad de hijo legítimo, mal puede llegar a desubicársele de ella contrariando la ley, para buscar situarlo dentro de una familia natural". De lo expuesto concluye que por esa razón resulta innecesario analizar las pruebas allegadas al proceso para acreditar la pretendida presunción de filiación natural invocada en la demanda.

El recurso extraordinario

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia cuyo resumen acaba de hacerse, todos ellos por los errores *in iudicando* que le atribuye, así:

Primer cargo. Violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 92, 213, 237 y 249 del Código Civil y por falta de aplicación, de los artículos 4º de la Ley 45 de 1936, 6º (numerales 4º y 6º) de la Ley 75 de 1968, 21, 41, 69, 70, 102, 108, 104, 105 y 106 del Decreto 1260 de 1970 y 6º del Decreto 2158 del mismo año "por haber incurrido el Tribunal ... en error de derecho en la apreciación de la prueba".

Al sustentar su acusación, el recurrente hace numerosos reparos de forma a la partida nota-

rial de matrimonio que oficiosamente se allegó al proceso durante la segunda instancia, tales como:

1) La firma ilegible de la persona que compareció a hacer sentar la partida;

2) Que dicha partida no fue sentada por ninguno de los contrayentes;

3) Que no aparece la identidad de éstos ni el nombre de sus padres; y

4) Que no se hizo constar la presentación de la partida eclesiástica necesaria para que el notario pudiera hacer la inscripción del matrimonio.

Largas páginas dedica el impugnante, con transcripción de las normas del Decreto 1260 que cita como violadas, a atacar el valor probatorio de la partida notarial en cuestión e insiste en que la presunción de autenticidad que ampara a tales documentos, sólo se refiere a aquéllos que han sido extendidos en debida forma y en manera alguna a los que adolecen de fallas como las que endilga a la que ataca.

Concluye, pues, que al haber apreciado como prueba la citada partida y haberle dado pleno valor de convicción, el Tribunal incurrió en error de derecho que lo llevó a quebrantar las normas que señala en el encabezamiento del cargo.

Se considera:

Una partida de estado civil expedida por un notario es un documento público que como tal se presume auténtico "mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad" como lo establecen los artículos 251-3 y 252-2 del Código de Procedimiento Civil. El artículo 103 del Decreto extraordinario 1260 de 1970, a su turno, establece que "Se presume la autenticidad y pureza de las inscripciones hechas en debida forma en el registro de estado civil. No obstante, podrán rechazarse, probando la falta de identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que se refieren la inscripción o los documentos en que esta se fundó y la persona a quien se pretende aplicar".

En el presente caso, esas dos presunciones no han sido desvirtuadas. En efecto:

1) Si bien es cierto que la firma que hizo sentar la partida de matrimonio que se impugna resulta ilegible, en todo caso el notario la identificó con la cédula de ciudadanía correspondiente, cuyos número y lugar de expedición aparecen en ella, con lo que cumplió con lo que exige el artículo 39 del Decreto 1260.

2) Al tenor del artículo 68 del citado Decreto, el matrimonio puede inscribirse a solicitud de cualquiera persona, y no únicamente a petición de los contrayentes, como lo pretende la censura. Tratándose de matrimonio católico esa misma norma exige al notario o al funcionario que haga sus veces, que haga la inscripción correspondiente cuando haya tenido a la vista "copia fidedigna de la respectiva acta parroquial".

3) Es evidente que en la partida de que se trata no aparece el nombre de los padres de los contrayentes pero no es menos cierto que ese requisito no es de los esenciales del registro de matrimonio que indica el artículo 70, ibídem.

4) El artículo 68 ibídem, señala cuáles son esos requisitos esenciales, entre los que está "la constancia de la presencia de copia auténtica del acta parroquial" pero no exige que ésta se incorpore a la diligencia de registro ni tampoco que se inserte en la partida que con base en ésta se expida; basta con que se exprese cuál fue el sacerdote que celebró el matrimonio (artículo 69, numeral 4º), lo que sí aparece en la partida de que se trata. Desde luego deben archivarse.

Cuando el citado artículo 105 del Decreto extraordinario 1260 presume no sólo la autenticidad sino también la pureza de las inscripciones, quiere significar con ello que parte de la base de que el Notario, como depositario de la fe pública, cumplió en esa diligencia con todos los requisitos que al efecto señala la ley, en tanto no se demuestre plenamente y se declare lo contrario.

En todo caso, el rechazo de la partida solo puede producirse cuando se acredita la falta de identidad entre la persona a que se refiere la inscripción y aquella a quien se pretende aplicar, como lo establece el artículo 103. Esa falta de identidad no ocurre aquí, como más adelante se verá.

La partida notarial de matrimonio que impugna la censura, desde el punto de vista formal, se ajusta a todos los requisitos de esa índole que consagra el artículo 104 del mencionado Decreto y por añadidura, en cuanto al hecho, que acredita, está corroborada con la de origen eclesiástico expedida por el Párroco de Nuestra Señora del Carmen de Tunja que obra a folio 48 del cuaderno Nº 1 y también al folio 3 del cuaderno Nº 4, por decreto oficioso del juez de primer grado, y con la de bautismo de Lilia Rodríguez

—madre del demandante— (Cuaderno Nº 3, folio 47), en la que aparece una nota del siguiente tenor: "Contrajo matrimonio en la Parroquia de Nuestra Señora del Carmen de Tunja, el 25 de mayo de 1968, con Aurelio Antonio Pineda Fonseca".

Estas dos partidas eclesiásticas desde luego que no son hoy pruebas eficaces para acreditar el matrimonio de Tilio con Pineda, pero de todas maneras corroboran, por una parte, el valor probatorio de la civil que impugna la censura, y que esta última se expidió con base en la parroquial y, finalmente, demuestran también que si hay identidad entre la madre y la persona que según tales documentos contrajo matrimonio con Aurelio Antonio Pinera el 25 de mayo de 1968.

Lo anterior es suficiente para concluir que el Tribunal no violó ninguna norma de derecho probatorio al apreciar y valorar la partida notarial de matrimonio que aduce el recurrente y que por ende no cometió el error de derecho que éste le atribuye.

Por último, como se vió en la reseña que se hizo de la actuación, el recurrente no impugnó en forma alguna el valor probatorio de la partida que se comenta, habiendo podido hacerlo durante el traslado que se le corrió para alegar de conclusión, durante el cual se limitó a guardar silencio. Apenas se opuso a que se allegara al proceso como prueba oficiosa. En estas condiciones, a no dudarlo, se está en presencia de un medio nuevo inaceptable en casación.

"La sentencia —ha dicho la Corte —no puede enjuiciarse en casación sino con los materiales que sirvieron para estructurarla; no con materiales distintos, extraños o desconocidos. Sería, de lo contrario, una lucha desleal, no sólo entre las partes, sino también respecto del Tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas". (LXXXIII, página 76).

Esta ha sido doctrina invariable de la Corte, expuesta en numerosos fallos (CXXXIX, páginas 39 y 91; CXIII, página 188; CXXXI, página 91; y concretamente en cuanto al valor probatorio a la validez de partidas de estado civil, LIX, página 137).

Por consiguiente resulta forzoso rechazar el cargo.

Segundo cargo. Interpretación errónea de los artículos 213 y 237 del Código Civil y falta de aplicación de "las normas pertinentes (sic) del artículo 4º de la Ley 45 de 1936" que se hace consistir en lo siguiente:

"La razón esencial de este cargo radica en que en el fallo acusado el Tribunal considera o estima que la presunción de que todo hijo nacido durante o dentro del matrimonio de sus padres se presume legítimo, se extiende también al nacido durante o dentro del matrimonio, así no haya sido concebido dentro de él, como en el presente caso, hecho suficientemente probado en autos; también porque el *ad quem* sostiene que la legitimación *ipso iure* de que trata el artículo 237 del Código Civil se aplica sin tener en cuenta si el hijo ha sido concebido por los cónyuges o por sólo uno de ellos, como en el presente caso".

"En otras palabras —continúa el recurrente— el Tribunal interpreta erróneamente esas normas y concluye que ellas quieren decir o significar que toda criatura que nazca cuando uno cualquiera de los cónyuges o padres, mejor, ya haya contraído matrimonio, se presume legítimo y por el hecho del matrimonio queda legitimado *ipso iure*.

"Y se violan con esta interpretación las normas dichas, porque el recto entendimiento de esas normas radica en que la presunción de legitimidad lo es para el hijo concebido y nacido dentro del matrimonio y no para el concebido fuera del mismo, como se ha probado en el proceso respecto de Alvaro Alexis... Es decir, la legitimación sólo puede operar cuando se cumple el requisito indispensable que el legitimado haya sido concebido o engendrado por los dos cónyuges (sic) y no por sólo uno de ellos, como acontece en cuanto a Alvaro Alexis se refiere".

Cargo tercero. Se formula por aplicación indebida de los artículos 213, 237 y 249 del Código Civil y por falta de aplicación de los artículos 176 del Código de Procedimiento Civil y 4º de la Ley 45 de 1936 "tal como quedó con las modificaciones que a él le introdujo el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, por haber incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas".

Al sustentar su acusación dice el impugnante: "Este cargo consiste en que el *ad quem* aplicó para el caso controvertido los artículos 213, 237 y 249 del Código Civil, porque supuso o dio por demostrado, mejor, el hecho de la paternidad de Alvaro Alexis respecto del señor Aurelio Antonio Pineda F., y por ello dejó de aplicar el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil,

según el cual para que una presunción sea procedente es necesario que 'los hechos en que se funde estén debidamente probados'. Y también, porque por esa misma razón dejó de tener en cuenta todas las pruebas practicadas en la primera instancia para demostrar la paternidad natural del señor Víctor Vinicio Gutiérrez, como son...".

Consideraciones de la Corte

Es verdad que al tenor del artículo 213 en armonía con el 214 del Código Civil, es hijo legítimo y se reputa serlo el concebido durante el matrimonio de los padres *y que la época de la concepción se establece a través de la presunción que consagra el artículo 92 del Código Civil. Pero también lo es, al tenor del artículo 22 de la Ley 1ª de 1976, que al matrimonio posterior legitima* ipso iure *a los hijos concebidos antes y nacidos en él. En consecuencia, este último precepto, tal como lo establecía el artículo 237 al cual subrogó, concede el beneficio de la legitimación a los hijos nacidos durante el matrimonio de sus padres* aunque su concepción haya ocurrido con anterioridad.

A su turno, el artículo 245 del mismo Código establece que los hijos "legitimados por matrimonio posterior de sus padres son iguales en todo a los legítimos concebidos en matrimonio", de suerte que no cabe hacer la distinción que pretende el impugnante, en el sentido de que es diferente la situación de los nacidos durante el matrimonio según que hayan sido concebidos antes o después de éste.

"Produciéndose la legitimación por un acontecimiento posterior a la concepción o al parto, si el matrimonio precede a éste, surge la inferencia legal de legitimidad de por sí; en tanto que si ocurre luego del alumbramiento y no teniendo allí la paternidad caracteres ciertos y fijos, necesario resulta su esclarecimiento, que bien puede haberse hecho previamente, ocurrir en el acto del matrimonio, o más tarde y para el cual son aptos todos los medios que el ordenamiento ofrece a propósito". (Casación Civil 17 de mayo de 1968, aún no publicada en la GACETA JUDICIAL).

En lo que toca con los hijos legítimos, amparados con la presunción pater is est quem nuptiae demonstrant, *ellos conservan esa calidad en tanto el mismo hijo o el padre no la desvirtúen, es decir, mientras no prosperan con éxito la acción de impugnación que consagran en favor del primero la Ley 75 de 1968 (artículo 3º, numeral 3º del inciso 2º) y en pro del segundo, el artículo 216 del Código Civil. La presunción en referencia se aplica tanto a los hijos concebidos como a los nacidos durante el matrimonio. "El hijo que —dijo la Corte en la citada sentencia del 17 de mayo de 1968—, engendrado antes del matrimonio, nace en él, se encuentra en una posición próxima a la del concebido en éste, que hace que se tenga por legítimo, cobijado por una presunción que impone su desconocimiento por vías análogas a las trazadas por la repudiación del concebido por mujer casada (Código Civil 237, 247, 214 y siguientes)". Esto ocurre hoy, con tanta mayor razón, con la modificación que el artículo 22 de la Ley 75 de 1968 introdujo al 1º de la Ley 45 de 1936.*

Las pruebas allegadas al proceso acreditan que el demandante nació durante el matrimonio que contrajeron Lilia Rodríguez y Aurelio Antonio Pineda y aunque fue concebido antes, es indudable que quedó legitimado ipso iure *(artículo 22, Ley 1ª de 1976). Y esa calidad de hijo legitimado, que el artículo 245 del Código Civil equipara a la de legítimo, es inmutable mientras no se pronuncia con éxito, por quien tenga derecho a hacerlo, la acción de impugnación que prevé el artículo 237, ibídem.*

"Ahora bien —ha dicho la Corte—, mientras el hijo no triunfe en el litigio en que a su solicitud se discuta su legitimidad o mientras no pruebe estar situado en una de las tres posiciones a que aluden los numerales del artículo 3º de la Ley 75, es claro que no puede adelantar el proceso de investigación de paternidad natural, desde luego que, en tanto, sigue amparado por la presunción de legitimidad que impide hacer el reconocimiento respectivo, o en su caso, la declaración judicial de paternidad natural. No sobra precisar que el hijo puede, en un mismo proceso, acumular las pretensiones de impugnación de su legitimidad y de investigación de su paternidad natural". (CII, página 243, en el mismo sentido, CLI, página 70).

No hubo pues, en este caso, interpretación errónea de los textos legales que señala el recurrente, al considerar que estando cobijado Alexis por la presunción de legitimidad derivada de haber nacido dentro del matrimonio contraído por su madre, aunque hubiese sido concebido antes, no podía, sin previa impugnación de ese estado, pretender que se le declarara judicialmente hijo natural de otro varón.

En cuanto a los errores de hecho que la censura atribuye al Tribunal en el tercer cargo,

aunque fuesen evidentes y estuviesen probados, no por ello podría casarse la sentencia, puesto que como acaba de verse, el sentenciador no quebrantó las normas legales que aquélla pretende que fueron mal aplicadas.

En la sentencia impugnada se dijo que Alvaro Alexis fue legitimado por el matrimonio de sus padres contraído antes de su nacimiento, mientras ese estado civil no fuese impugnado, que no lo ha sido, era jurídicamente improcedente declararlo hijo natural de otro varón. Por ese motivo se abstuvo el Tribunal de apreciar las pruebas que el casacionista indica en su demanda, lo cual en manera alguna significa que se hubiera limitado a preterirlas.

De consiguiente la censura no puede prosperar.

En consecuencia, 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 impugnada y condena en costas a la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Héctor Gómez Uribe, Alberto Ospina Botero.

Luis H. Mera Benavides
Secretario.

DECLARACIONES CONTRADICTORIAS EN LA MISMA SENTENCIA

La parte dispositiva y la expositiva del fallo forman una unidad indesligable que debe ser tenida en cuenta cuando se alega la existencia de contradicciones para configurar la causal 2ª de casación. Las decisiones que consideradas en sí resultan ilógicas o antagónicas, pero que dejan de serlo al tener en cuenta los fundamentos de hecho y de derecho que el sentenciador adujo en la parte motiva de la sentencia, no pueden ser atacadas por dicha causal. Tampoco ésta se estructura cuando las disposiciones contenidas en la parte resolutiva son todas inejecutables, ni cuando hay incompatibilidades entre resoluciones contenidas en fallos distintos, así sea en un mismo proceso. Errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba. Diferencias que existen entre ellos y que no permiten su confusión.

La Corte reitera sus doctrinas en la materia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

Bogotá, D. E., 10 de marzo de 1981.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 10 de junio de 1980, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en este proceso ordinario instaurado por Cristóbal Di Filippo Meza contra Alicia Di Filippo Cunha, como heredera de Leonardo Di Filippo Rodríguez.

I

El litigio

1. Mediante libelo presentado el 11 de abril de 1978 en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompós, el citado Cristóbal Di Filippo Meza demandó a la mencionada Alicia Di Filippo Cunha, como heredera del finado Leonardo Di Filippo Rodríguez, en procura de las siguientes declaraciones y condenas:

Que el demandante, hijo natural de Dolores Meza, lo es también de Leonardo Di Filippo Rodríguez; que como tal tiene derecho a la herencia de éste, en concurrencia con la demandada y en la proporción que legalmente corresponda; que, en consecuencia, se condene a Alicia a restituirle, una vez ejecutoriada la sentencia que así lo disponga, la parte de los bienes herenciales que corresponde legalmente al demandante, junto con los frutos naturales y civiles producidos por éstos; y que se condene a la demandada, además, al pago de las costas procesales.

2. Los hechos que el demandante invocó como constitutivos de la *causa petendi*, quedan compendiados en las siguientes afirmaciones:

Que a partir de los postreros meses de 1921 y hasta finalizar el año de 1924, Leonardo Di Filippo Rodríguez mantuvo relaciones sexuales estables y notorias con Dolores Meza, quien durante esa época observó buena conducta y no tuvo relaciones íntimas con otro u otros hombres; que fruto de aquellas uniones carnales permanentes fue el nacimiento de Cristóbal Julio, ocurrido en esa ciudad de Mompós el 16 de noviembre de 1922; que desde el nacimiento del demandante y por un período de tiempo que se prolongó por más de cinco años, Leonardo trató a Cristóbal como hijo suyo; y que en esa calidad lo presentó siempre "ante sus parientes y periódicamente proveyó por su sustento".

Asevera además el demandante que después del óbito de Leonardo Di Filippo, ocurrido en Barranquilla el 13 de diciembre de 1974, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompós declaró abierto el proceso de sucesión correspondiente,

mortuoria en la cual reconoció, como heredera en su calidad de hija legítima del finado, a la demandada Alicia Di Filippo Cunha.

2. En su oportuna contestación a la demanda la demandada se opuso a la declaración de las súplicas en ella contenidas; y en cuanto a los hechos afirmados, salvo los atinentes a la muerte del causante y al trámite de su sucesión, los cuales sí aceptó, negó todos los demás.

En esa misma oportunidad la demandada propuso la excepción de caducidad de los efectos patrimoniales que se pretenden hacer derivar de la acción de paternidad, medio defensivo que fundó en estas afirmaciones:

Que desde el 13 de diciembre de 1974, fecha de la defunción del causante y hasta el 20 de abril de 1978, en que se notificó el auto admisorio de la demanda, y aún hasta la de su presentación, transcurrieron más de dos años.

3. Cuando ya se encontraba vencido el término probatorio del proceso, mediante auto de 17 de julio de 1976 el juzgado, a instancia de la demandante, ordenó citar a él y correrle traslado de la demanda a Carmen Cunha vda. de Di Filippo, en decisión que fue mantenida por el Tribunal Superior, fundando tal llamamiento en que la intervención de ésta se justifica para vincularla a los efectos de la sentencia que se profiera, "en razón de que en caso de muerte de su hija, la señorita Alicia Di Filippo, podría ser ella su única heredera".

La así citada, a quien dicho sea de paso no se le corrió el traslado de la demanda que se había ordenado, apenas sí se limitó a constituir apoderado.

4. Con la concesión de términos para alegar y la citación para sentencia se continuó el trámite de la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento, a la sazón lo era el Civil del Circuito de Mompós, le puso fin con su sentencia de 13 de octubre de 1979, mediante la cual declaró al demandante como hijo natural del finado Leonardo Di Filippo Rodríguez; negó sin embargo todas las pretensiones patrimoniales por él deducidas en su demanda, al estimarlas caducadas, y condenó al mismo demandante al pago parcial de las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación interpuesta contra dicha providencia únicamente por la parte demandada, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el que, por sentencia de 10 de junio de 1980, decidió el litigio, así:

a) Revocó la declaración de paternidad natural contenida en el fallo apelado, la cual por consiguiente denegó;

b) Consideró que las demás peticiones consecuenciales a la anterior quedan "sin respaldo legal, por sustracción de materia"; y que por ello, "muy a pesar de que en los puntos 2º y 3º de la providencia generativa de esta instancia, son adversos a tales pretensiones, con lo dispuesto en los puntos que preceden, toca confirmarlos"; y

c) Finalmente confirmó la condenación relativa a las costas procesales.

II

Los fundamentos de la sentencia de segunda instancia.

1. Luego de referirse a la cuestión litigiosa y de compendiar el desarrollo del proceso, determinando la posición que las partes asumieron en él, advierte el Tribunal de Cartagena que la demanda inicial trae deducida principalmente la pretensión de filiación natural, observando que el reconocimiento de ésta en el fallo de primer grado es lo que constituye el objeto de la apelación.

2. Sobre tal aserto, acomete el *ad quem* el análisis de todos los medios de prueba admitidos por el demandante con el propósito de demostrar los hechos fundamentales de su pretensión.

En esta labor ponderativa de la prueba se refiere el sentenciador, en primer lugar, a la declaración rendida por Alfonso Vergara Niño, a la que le atribuye valor probativo por estimar que fue recibida extraprocesalmente, sin injerencia de la parte demandada y sin haber sido ratificada, como lo exige el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil.

Alude, en segundo lugar, al testimonio de Obdulio Di Filippo García, expresando que a través de él el declarante "en forma más que ostensible deja entrever el interés personal que tiene de participar en la sucesión del finado Leonardo Di Filippo", puesto que, explica, de "los autos se desprende que él instauró demanda de filiación natural y de petición de herencia" contra la aquí demandada Alicia Di Filippo. Que como dicho declarante se considera hermano natural del aquí demandante, por ser hijo del mismo padre, resulta ser testigo "sospechoso que se encuentra en circunstancias de parcialidad".

Pasa luego a analizar el testimonio de Jorge García Chica; y después de transcribir los pa-

sos pertinentes de su declaración, la califica de imprecisa en torno a los hechos que depone, carente de la razón de sus dichos a más de tildarla de oídas puesto que, añade, "la forma en que se pronuncia pone en tela de duda que tenga convicción propia de los hechos sobre los cuales versó su testimonio". Agrega la sentencia que la versión de este testigo permite deducir que lo que él dijo en relación con el estado civil del demandante Cristóbal Di Filippo, lo supo "por conducto de éste y no porque él estuviera enterado en forma directa del tratamiento que a dicho señor le hubiera podido haber dado Leonardo...".

En seguida el *ad quem* alude al testimonio de Luis E. Jiménez Morales. Advierte, al punto, que dicho testigo rindió dos declaraciones: la primera rendida fuera de este proceso y que por no haber sido ratificada no le atribuye mérito demostrativo; y la segunda dentro del proceso, pero que a juicio del Tribunal no acredita los hechos estructurales de la posesión notoria de hijo natural del demandante, dado que el deponente "dice que tiene apenas cuatro años, aproximadamente de conocer a Cristóbal Di Filippo", a más de que se limita a afirmar hechos que conoció de oídas.

Relativamente a la declaración rendida por Ramón Antonio Febzzola Illera, el Tribunal la desestima al considerar que fue decretada y practicada con quebranto de las normas legales que gobiernan su producción, particularmente el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, puesto que, explica el decreto oficioso de este testimonio se hizo sin que el nombre del testigo apareciese mencionado en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes. Anota la Sala falladora que la irregularidad por ella apuntada en la producción de dicha declaración testifical, le impide hacer "uso de tal prueba para hacerse a la ilustración que demanda el pronunciamiento a proferir".

3. Y después de referirse al testimonio de Luis Alfonso Salazar Paz, el cual estima claramente inconducente por el contexto que lo forma, aludiendo globalmente a la prueba testifical practicada asevera el sentenciador de segundo grado que toda ella es inane para dar por demostradas "las relaciones sexuales en la época en que se produjo la concepción ni la posesión notoria de hijo natural, a que se contraen los numerales 4º y 6º de la Ley 75 de 1958, en lo que respecta a Cristóbal Di Filippo Meza con el finado Leonardo Di Filippo Rodríguez".

4. Continuando su tarea valorativa de las otras pruebas practicadas, expresa la sentencia que el interrogatorio absuelto por la demandada Alicia Di Filippo nada demuestra, desde luego que ésta niega los hechos fundamentales de la demanda; que la copia del acta eclesiástica del nacimiento del demandante es inocua para demostrar su paternidad, "dado que en ella ni siquiera aparece que el padre" de Cristóbal fuera Leonardo Di Filippo; y que el certificado expedido por el Notario de Mompós es igualmente inconducente al efecto, "porque en él se acredita que el nacimiento de Cristóbal no aparece registrado en esa oficina".

Finalmente, con relación a la Escritura pública número 97 de 8 de abril de 1975, pasada ante el Notario Unico del Círculo de Mompós, contentiva del contrato de venta que de derechos hereditarios hicieran Cristóbal Di Filippo Meza y Obdulio Di Filippo García a Luis Alfonso Salazar Paz, afirma el Tribunal que dicho documento "tampoco ofrece nada que pudiera permitir hacer la declaratoria que pretende el demandante".

III

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante. En la demanda respectiva el recurrente formula contra dicho fallo cuatro cargos: el primero con apoyo en la causal tercera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y los tres restantes dentro de la órbita de la primera.

Por acusarse a través de él un error *in procedendo*, la Corte entra a considerar en primer lugar el cargo primero, y en caso de la improsperidad de éste procederá al análisis y despacho en conjunto de los tres restantes, ya que los fundamentos de éstos permiten reunirlos para su estudio.

Cargo primero

1. Mediante él el recurrente acusa la sentencia del Tribunal de Cartagena de contener, en su parte resolutiva, declaraciones o disposiciones contradictorias.

2. En desenvolvimiento del cargo el censor, luego de extractar las decisiones contenidas en la parte resolutiva del fallo que combate, asevera que ellas son evidentemente contradictorias puesto que, de un lado, deniega la calidad de hijo natural del actor con relación a Leonardo Di Filippo, y por el otro, declara caducados los efec-

tos patrimoniales que consecuentemente reclama el demandante.

Explanando esta aserción, afirma el casacionista que "si se carece de la calidad de hijo natural que se reclama —como lo declara la primera disposición del fallo impugnado—, no existe la causa de los efectos patrimoniales, y por lo tanto tampoco existen éstos, pues no hay efecto sin causa; y no existiendo los efectos, es lógicamente imposible que los mismos hayan caducado, pues lo que caduca, necesariamente ha existido".

3. Estima el autor de la demanda de casación que las disposiciones de la sentencia del Tribunal son también contradictorias, puesto que una vez que niega la declaración de paternidad suplicada declara caducados los derechos patrimoniales, que *"el demandante llegó a tener en abstracto, pero quedaron extinguidos en razón de la caducidad"*, que es el contenido de la resolución tercera de la sentencia de primer grado, la que fue confirmada por el fallo de segunda instancia.

Se considera

1. *Por cuanto con el proceso se tiende a obtener la certeza jurídica, la sentencia con la cual éste termina debe ser clara, precisa y lógica en sus disposiciones, de tal suerte que, como lo indica Manual de la Plaza, "el sentido sea perfectamente perceptible, así por las palabras que se emplean, como por la determinación a su alcance, en el que no debe existir la menor vaguedad" (La Casación Civil, pág. 345).*

Determinando el contenido de la sentencia, que es el acto mediante el cual el juez cumple el deber jurisdiccional derivado de los derechos de acción y contradicción, el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil Colombiano preceptúa que la parte resolutiva de ella "deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, y de las excepciones cuando proceda resolver sobre ellas . . .".

Pero como el pronunciamiento de la sentencia en sí mismo constituye un juicio mental del juez, una operación suya de carácter crítico, indispensable para concretar la voluntad abstracta de la ley, la labor del fallador se desenvuelve entonces a través de un proceso intelectual, en el que es posible que aquél falte a la génesis lógica de la sentencia, concluyendo de consiguiente en soluciones contradictorias u oscuras, las que, precisamente por su falta de claridad y lógica, se tornan en obstáculo insalvable para concretar, en su sentido sustancial o material, los efectos del principio de la cosa juzgada.

Cuando la sentencia no la tenga, y a fin de lograr la claridad debida puede, el mismo juez que la ha proferido, sin que esto implique revocación o reforma de su fallo, aclarar, para desvanecer las dudas que produzcan, los conceptos o frases contenidas en la parte dispositiva o en la expositiva a que la primera hace referencia, conforme lo autoriza el artículo 309 ibidem.

2. *Como es la propia razón natural la que no permite ejecutar coetáneamente las decisiones antagónicas, contradictorias o incompatibles contenidas en el mismo fallo, las que además vedarían dar a éste la eficacia debida, el apuntado vicio de actividad lógica, que se traduce en el pronunciamiento de una sentencia contradictoria, puede repararse también mediante el recurso extraordinario de casación. Al efecto, el artículo 368 de la codificación citada así lo autoriza, al establecer como causal tercera el hecho de "contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias".*

Más, como ya lo ha dicho la Corte en repetidas oportunidades, el fundamento jurídico, la razón de ser de dicha causal tiene que encontrarse únicamente en el hecho de que la contradicción reinante en las resoluciones de la misma sentencia haga imposible la ejecución simultánea de todas ellas. Sólo en ese supuesto la causal aludida tendrá virtualidad suficiente para casar el fallo impugnado.

Relativamente a este motivo de casación, expresa Piero Calamandrei: "En el caso en que la sentencia de apelación contenga disposiciones contradictorias *(Art. 517, n. 7, CPC), la misma, que, sin embargo, ha alcanzado la categoría de cosa juzgada en sentido formal, no tiene aptitud para llevar la certeza sobre la relación sustancial controvertida de (cosa juzgada en sentido sustancial), ya que si la parte dispositiva contiene pronunciamientos que están en contradicción, de modo que el uno no puede ser ejecutado sin que el otro se convierta en inejecutable, se puede decir que los mismos se neutralizan y se eliminan recíprocamente, de la misma manera que algebraicamente la suma de dos cantidades iguales, la una positiva y la otra negativa, equivale a cero" (La Casación Civil, t. II, Ed. 1961, pág. 344).*

3. *Y si, en principio, es la parte resolutiva del fallo la que ha de examinarse para advertir la existencia de las contradicciones que fundan la causal tercera de casación, no por esto puede prescindirse absolutamente de la parte motiva, cuando de conocer el alcance y sentido de sus resoluciones se trata. Así como para interpretar la demanda oscura es indispensable su estudio en*

conjunto, el mismo criterio racional debe seguirse para interpretar la sentencia cuando en ésta no brillan la claridad ni la lógica.

Constituyendo, como es naturalmente aceptable, la sentencia toda y no una parte de ella el objeto del respectivo estudio y análisis que del conflicto de intereses sometidos a su decisión hace el juez, no es dable desligar de lo dispositivo de ella su parte expositiva, desde luego que siendo en ésta en donde se encuentra el espíritu que alienta a aquélla, las dos armónicamente forman una unidad que no puede desintegrarse, so pena de falsear su verdadero contenido.

Ha sostenido la doctrina de la Corte, rastreando la tesis que en la materia predican los tratadistas de derecho procesal, que "el principio de que la fuerza obligatoria de una sentencia se encuentra en la parte resolutiva y no en la motiva, sufre excepción cuando aquélla ha de explicarse necesariamente por las razones de orden objetivo que le sirven de fundamento, es decir, cuando se hace necesario conocer el motivo para determinar el sentido de la parte resolutiva" (LXIX, 544).

4. En el caso de este proceso el Tribunal de Cartagena, en la parte dispositiva de su sentencia, al infirmar la declaración de paternidad natural contenida en el fallo de segundo grado, le negó al demandante su pretensión de ser hijo del finado Leonardo Di Filippo Rodríguez; y a la vez, tomando apoyo en esta negativa, dijo que el decreto de caducidad de los derechos patrimoniales "hace confirmarlo", pues que las peticiones correspondientes de la demanda quedan "sin respaldo legal, por sustracción de materia".

Ciertamente que estas dos decisiones contenidas en la sentencia de segunda instancia, consideradas en sí mismas, son ilógicas y antagónicas, puesto que si el demandante no es hijo del citado Leonardo no tiene en la sucesión de éste derechos herenciales; y si tales derechos no han existido, no puede racionalmente afirmarse que se hallan caducados.

Sin embargo, como los fundamentos de hecho y de derecho que el sentenciador aduce en su providencia permiten reconstruir fielmente y determinar en forma precisa su pensamiento, la observada contradicción desaparece del campo jurídico para permanecer solamente como una impropiedad del lenguaje, pero sin relevancia en la práctica.

En efecto. Como lo observa el Tribunal, la sentencia del a quo, que a la vez que declaró la paternidad natural decretó la caducidad de los derechos herenciales del hijo reconocido en la sucesión de su presunto padre, fue apelada solamente por la parte demandada, lo cual trajo como efecto la limitación de la competencia del ad quem a la acción de estado, dejando al margen de su conocimiento, por el aquietamiento tácito, la acción de petición de herencia, que por lo mismo ya había adquirido firmeza.

Quizás lo haya fallado al Tribunal propiedad en su léxico al decir que confirmaba el decreto de caducidad, en cambio de inhibirse de todo pronunciamiento al respecto; esa supuesta impropiedad, empero, contribuye a interpretar su sentencia en el sentido de que lo realmente decidido en ella, por razón de competencia, fue únicamente lo relativo a la paternidad natural declarada en el fallo de primer grado y no ésta y la resolución de caducidad.

5. Pero en la hipótesis de que no fuere aceptable la interpretación que, a fin de determinar los verdaderos sentidos y alcance, aquí se le ha dado a la sentencia de segundo grado, habría que decir que las disposiciones contenidas en su parte resolutiva, dado su carácter negativo, son todas inejecutables; y que, por lo mismo, no se estructura la causal tercera de casación con virtualidad para quebrar el fallo impugnado.

Pues que si no puede negarse que el Tribunal en sus decisiones pecó contra la lógica jurídica, no cabe decir con acierto que el vicio se ha "manifestado aquí en la volición, en cuanto el juez, al mismo tiempo, ha querido y no querido, o sea, al mismo tiempo, ha establecido la certeza de la existencia de varias voluntades concretas de ley que recíprocamente se anulan en la práctica", que es, como lo nota Calamandrei la esencia de esta causal de casación. (Obra citada, pág. 345).

6. Es pertinente por último recordarle al casacionista, para desechar el segundo argumento que él trae para sustentar el cargo, que la causal tercera de casación se refiere precisa y exclusivamente a la contradicción que en el mismo fallo existía respecto de sus propias disposiciones o declaraciones, y no a la incompatibilidad existente entre las resoluciones contenidas en fallos diferentes, así éstos hayan sido proferidos en el mismo proceso.

De no aceptarse el anterior postulado, habría que llegar a la conclusión de que la sentencia de segunda instancia que revoque la proferida en el primer grado de jurisdicción sería siempre atacable con éxito por la causal tercera de casación, lo que a todas luces es inaceptable por lo ostensiblemente injurídico.

7. De todo lo dicho tiene que seguirse que el cargo que aquí se estudia es ineficaz y por ende se rechaza.

Cargo segundo

1. Con éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 1º de la Ley 45 de 1936 y 5º de la 75 de 1968, como consecuencia del "error de hecho" en que habría incurrido el Tribunal al haber desestimado el testimonio de Ramón Felizzola Illera.

2. Concretando el *yerro de facto* que denuncia, después de transcribir en lo pertinente la declaración que considera desestimada en la sentencia asevera el impugnador, tras recordar que la prueba a más de pedida por el demandante fue decretada oficiosamente por el juzgado de la primera instancia, que con dicho testimonio quedan "plenamente probadas las relaciones sexuales entre el causante Leonardo Di Filippo Rodríguez y Dolores Meza"; y que de así haberlo visto el *ad quem* necesariamente habría declarado la paternidad natural suplicada en la demanda.

Cargo tercero

1. En su planteamiento se acusa el fallo del Tribunal de ser violatorio, también indirectamente y por falta de aplicación, de los artículos 1º y 6º de la Ley 45 de 1936, pero aquí como consecuencia del "error de derecho" en que habría incurrido el sentenciador de segundo grado por "apreciación errónea" del testimonio rendido por Jorge García Chica.

2. A intento de demostrar este cargo el censor, después de transcribir los pasos que estime trascendentes de la declaración del testigo mencionado, dice que ella, contrariamente a lo que el *ad quem* dedujo en su fallo, es precisa y razonada tras "las categóricas afirmaciones del deponente". Añade que "seguramente animado por el propósito de hallar sentido al conjunto de expresiones del testigo en la forma como fueron vertidas al papel por el escribiente —es decir, mediante separación de comas en lugar de puntos— el fallador no pudo captar la sindéresis del testimonio, la cual sólo se hallan si se reemplazan mentalmente aquéllas por éstos".

Remata la formulación de esta censura, dice el impugnante que por causa "de haber apreciado erróneamente esta prueba, incurriendo en *error de valoración* de la misma", la sentencia no encontró "la prueba de la posesión notoria del estado de hijo natural y por ende de la calidad de tal del actor".

Cargo cuarto

1. Mediante éste se acusa la sentencia de infringir, igualmente en forma indirecta y también por inaplicación, los artículos 1º y 6º de la Ley 45 de 1936, ahora como consecuencia del "error de hecho" que habría cometido el Tribunal al desestimar en su fallo la declaración de Obdulio Di Filippo Garcés.

2. Tratando de demostrar el *yerro fáctico* que denuncia aquí, en el desarrollo de este cargo el casacionista comienza por transcribir el contenido del testimonio referido; expresa, a renglón seguido, que si el sentenciador de segundo grado "hubiese apreciado" esta declaración jurada "habría dado por probada la posesión notoria de hijo natural del actor"; y que la "calidad de sospechoso" que la sentencia le endilga a este deponente "carece de fundamento, puesto que no se cumplen los supuestos de hecho del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil; toda vez que el deponente no tiene parentesco legal con las partes".

Se considera

1. Luego de aquilatar en su contexto los tres cargos que con apoyo en la causal primera se formulan contra la sentencia del Tribunal, la lectura de ellos autoriza a la Corte para advertir que a través de sus formulaciones el casacionista no expone un criterio claro y definido en punto de errores de apreciación probatoria, a tal extremo que en algunas de sus censuras plantea como errores de hecho cuestiones que son de la esencia del de derecho, o a la inversa; y en otras hace un hibridismo de los dos yerros para hacer derivar el uno de la omisión del otro.

La apuntada deficiencia de técnica en la formulación de los cargos que se apoyan en la causal primera de casación, reclama entonces, a fin de darles el pertinente despacho, la necesidad de que la Corte reitere hoy algunas de sus doctrinas en la materia.

2. *Es verdad ya averiguada por la doctrina y la jurisprudencia de los países que, como en Colombia, consagran el sistema ecléctico de la casación, en el cual se autoriza limitada y excepcionalmente el examen de las cuestiones de hecho, que en la determinación que el juez haya de éstas a fin de subsumirlas en la voluntad abstracta de la ley, es posible que incurra en errores, ora en cuanto a la existencia física de las pruebas en el proceso o en la objetividad que ellas demuestren, o ya en la valoración de los medios que tiene por existentes, yerros que lo conducen, por*

contragolpe, o violar indirectamente la ley sustancial. Se dice en tales casos que esta forma de quebranto es la resultancia de un error manifiesto de hecho o de uno de derecho en la apreciación de los medios de prueba, aducidos para demostrar los supuestos fácticos alegados como fundamento de la pretensión o de la excepción.

Como lo ha dicho insistentemente la jurisprudencia de la Corte, ocurre el error de hecho cuando el fallador cree equivocadamente en la existencia o inexistencia del medio de prueba en el proceso, o cuando al existente le da una interpretación ostensiblemente contraria a su contenido; se presenta el error de derecho, en cambio, cuando el juez interpreta erradamente las normas legales que regulan la producción o la eficacia de la prueba, o su evaluación, es decir, cuando al juez interpreta dichos preceptos en forma distinta al verdadero alcance de ellos. Lo cual significa que el error de hecho equivale al desacierto del sentenciador en la contemplación objetiva de la prueba; el paso que el error de derecho se traduce en desacertada contemplación jurídica de ella: el primero es el yerro sobre la existencia o el contenido de la prueba; el segundo, sobre la valoración de ésta, según el sistema legal regulativo del medio probatorio.

3. Si bien los dos errores de apreciación probatoria, el de hecho y el de derecho, tienen como punto común el que producen idéntica consecuencia, o sea la violación de una norma sustancial por inaplicación o por aplicación indebida, es lo cierto que entrambos existen muy claras y ostensibles diferencias que les infunden entidad específica propia y que por consiguiente impiden confundirlos.

En efecto. Mientras el de hecho atañe a la existencia de un medio de prueba, como elemento material del proceso, el de derecho se refiere a la interpretación o inaplicación de las normas legales que lo gobiernan. El primero, cuando se da por preterición o desconocimiento del medio, es obvio que no conduce a valoración errada, justamente porque se lo ignora en el fallo; el segundo, en cambio, supone siempre que el juez parte de la exisencia de la prueba en el proceso, pues este es un paso indispensable para ponderarla legalmente. Lo cual significa que el error de derecho presupone que el juez sí vio y apreció la prueba, lo que descarta el yerro de hecho.

Después de notar la diferencia existente entre estas dos especies de yerros en la apreciación de la prueba, varias veces ha dicho la Corte que "no puede hacerse de estos dos errores un compuesto como el que hizo el recurrente, para, del error de hecho propuesto por punto de partida del cargo, derivar el yerro de valoración como motivo de la transgresión del derecho sustancial. En el medio, lo uno o lo otro, pero no esto como transformación de lo primero..." (CVII, 86).

4. Refiriéndose al testimonio rendido en el proceso por Ramón Antonio Felizzola Illera, al Tribunal lo desestima en su sentencia al considerar que fue decretado y practicado con quebranto de las normas legales que gobiernan su producción, particularmente el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, que exige "como requisito indispensable para decretar de oficio la declaración de testigos, que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o cualquier acto procesal de las partes lo cual no ocurre en el presente caso".

Corunscante es entonces que el Tribunal sí vio y apreció en su fallo, por lo que el error de hecho al respecto denunciado en el cargo segundo de la demanda de casación resulta inexistente, al testimonio de Ramón Antonio Felizzola Illera, pero que no le dio valor por estimar que en su producción se pretermitieron las normas legales que regulan la eficacia de la prueba. Si este razonamiento del Tribunal fuere desacertado, ese presunto yerro, por referirse a la contemplación jurídica de la prueba y no a su contemplación objetiva, sería de derecho y no de hecho como aquí se denuncia.

Pero si haciendo abstracción del defecto de técnica apuntada debiera estudiarse en el fondo el cargo segundo de la demanda, habría que decir, luego de leer la declaración del testigo aquí referido, que ella está ciertamente lejos de acreditar las relaciones sexuales que el casacionista estima probadas con este testimonio. Afirma el declarante simplemente, en efecto, que a él le consta que en la casa de los Di Filippo "trabajaba como sirvienta una muchacha llamada Dolores Meza quien era cortejada por Leonardo Di Filippo y Víctor hermano del primero. Allí noté embarazadita a Dolores, yo al preguntarle a Leonardo si había sido él quien había embarazado a Dolores, éste señaló a Víctor y éste señaló a Leonardo; yo no puedo decir qué se hizo más tarde la señora Dolores, ni dónde había parido, sólo vine a conocer al señor Cristóbal Di Filippo Meza ya grande...".

5. Como ya lo tiene dicho la Corte, la calificación que de los testimonios haga el sentencia-

dor, vale decir, si en su concepto son vagos, incoherentes o contradictorios, o, por el contrario, responsivos, exactos y completos, es una cuestión de hecho que cae bajo el poder discrecional de que goza el juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas, y cuyo desacierto al enjuiciar esas calidades, por referirse a la objetividad misma de la prueba, entraña un error de hecho y no de derecho.

De esta suerte, la censura que con fundamento en error de derecho en la apreciación del testimonio de Jorge García Chica formula el casacionista a través del cargo tercero de su demanda, yerro que hace consistir sustancialmente en que dicha declaración, al contrario de lo que afirma el Tribunal, es precisa y razonada, resulta improcedente; puesto que si el *ad quem* equivocadamente consideró este testimonio carente de la razón de su dicho, de vago, a más de reputarlo de oídas, ese pretenso yerro, por referirse a la objetividad misma de la prueba y no a las normas legales que disciplinan su ritualidad, debió censurarse por error de hecho y no de derecho.

6. Es un hecho indiscutible, no cuestionado por las partes del proceso, afirmado por el propio testigo Obdulio Di Filippo García y por otros declarantes más, acreditado también con algunas pruebas documentales que reposan en el proceso, que este declarante también se considera, como se cree Cristóbal Di Filippo Meza, hijo natural del mismo Leonardo Di Filippo Rodríguez y que en procura de obtener esa declaración judicial ha demandado igualmente a las herederas de este causante.

Siendo estas las circunstancias que dieron base al Tribunal para afirmar que el mentado Obdulio Di Filippo es un testigo sospechoso, porque "se encuentra en circunstancias de parcialidad, las cuales afectan la credibilidad de su deposición", no puede decirse ciertamente que al así razonar el sentenciador haya incurrido en error de hecho, muchísimo menos con carácter de ostensible o evidente, como lo asevera el casacionista en el planteamiento y desarrollo del cargo cuarto de su demanda.

Se advierte, de otra parte, que no solamente las relaciones de parentesco, como lo cree el recurrente, constituyen motivo de sospecha, dado el texto del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil.

7. Por todo lo dicho, los tres cargos que con apoyo en la causal primera se le formulan a la sentencia resultan ineficaces.

VI

Decisión

Por 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 diez (10 de junio de 1980), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena).

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Luis H. Mera Benavides
Secretario General.

REIVINDICACION

Cuando la posesión del demandado es de naturaleza contractual no puede ejercerse la acción reivindicatoria, aunque dicha posesión date de fecha anterior al contrato. La restitución de la cosa poseída en virtud del acuerdo de voluntades, mientras esté vigente el pacto, sólo puede demandarse con apoyo en alguna cláusula que la prevea.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Ricardo Uribe-Holguín.

Bogotá, D. E., 12 de marzo de 1981.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 1º de julio último, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en este proceso ordinario de Agustín Vizcaíno Pabón contra Israel Quevedo.

I

Antecedentes

1. En la demanda que dio origen al proceso se deduce, como pretensión principal, la de que se declare absolutamente nulo el contrato de promesa de venta celebrado entre demandante y demandado el 10 de abril de 1973, y, en consecuencia, se condene a éste a restituir el predio "La Ceiba", objeto del contrato, más los correspondientes frutos, como poseedor de mala fé; y como pretensión subsidiaria, la de que se declare que dicho predio pertenece en dominio pleno al demandante y, por lo tanto, debe el demandado restituírselo con sus frutos, como poseedor de mala fe, todo ello con costas a cargo de éste.

2. Como hechos constitutivos de la *causa petendi*, se invocan en síntesis los siguientes:

a) Agustín Vizcaíno Pabón es propietario de la finca denominada "Corozal", de la cual forma parte el predio "La Ceiba", por haberla adquirido mediante adjudicación que le hizo el Ministerio de Agricultura por Resolución número 405, expedida el 20 de agosto de 1958 y protocolizada por la Escritura número 196 del 9 de febrero de 1959, de la entonces Notaría Única del Circuito de Villavicencio.

b) Por contrato de promesa de venta celebrado el 10 de abril de 1976, Vizcaíno Pabón prometió vender a Quevedo el mencionado predio "La Ceiba";

c) De acuerdo con la precitada promesa de venta, el terreno que toma el nombre de La Ceiba de extensión aproximada de 20 hectáreas, determinado en el punto anterior, le fue entregado al demandado, quien no solamente lo tiene en posesión, sino que avanzó sobre la finca Corozal hasta apoderarse de treinta y dos hectáreas más, de manera clandestina, es decir, que en la actualidad posee un lote que él mismo denomina La Ceiba, equivalente a 52 hectáreas 9.640 metros cuadrados";

d) El prometiente vendedor, no obstante haber entregado el predio al prometiente comprador, no ha recibido de éste ni el valor de las arras ni cuota alguna en abono del precio estipulado;

e) El contrato de promesa es absolutamente nulo, puesto que el precio del fundo prometido en venta se pactó en $ 1.500.00 por cada hectárea, sobre una cantidad indeterminada de tierra que debían medir posteriormente las partes, lo cual implica que el contrato prometido no quedó determinado de tal manera que para perfeccionarlo sólo faltara la correspondiente solemnidad, como lo prescribe el artículo 89 de la Ley 153 de 1887;

f) El demandado es poseedor de mala fe, porque ampara su posesión en un contrato nulo y, además, incumplido por él.

3. En su respuesta a la demanda, Ismael Quevedo manifestó oponerse tanto a las súplicas principales como a las subsidiarias, aceptó algunos de los hechos, negó otros y dijo no constarle los restantes.

4. En escrito separado, el demandado propuso la excepción previa de petición antes de tiempo, que le fue fallada adversamente.

5. Presentó además demanda de reconvención, en la cual pidió que se declarara válido el contrato de promesa de venta, se condenara al demandante principal a otorgar la correspondiente escritura y se declarara, en subsidio, que el reconveniente es poseedor de buena fe. Mas, esta contrademanda no llegó a tener efecto alguno en el proceso, porque el demandado en reconvención propuso las excepciones previas de indebida acumulación de acciones y trámite inadecuado, que fueron decididas favorablemente.

6. El Juez Primero Promiscuo del Circuito de Acacías, a quien correspondió conocer del proceso en la primera instancia, lo decidió mediante fallo en que dispuso:

"Primero. *Absolver* al demandado Ismael Quevedo de los cargos contenidos en la demanda.

"Segundo. Costas a cargo de la parte actora. Téngase".

7. Apelada esta decisión por la parte demandante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, mediante la sentencia acusada ahora en casación, dispuso lo siguiente:

"Primero. Declárase que pertenece en dominio pleno a Agustín Vizcaíno Pabón el fundo rural denominado La Ceiba, que fue parte de otro de mayor extensión conocido como Coronal, comprendido, el primero, dentro de los siguientes linderos: (aquí cifos).

"Segundo. Condénase a Ismael Quevedo a restituir al demandante Agustín Vizcaíno Pabón el predio rural La Ceiba, comprendido dentro de los linderos consignados en la declaración anterior.

"Tercero. Condénase al demandado Ismael Quevedo a pagar a favor del demandante los frutos producidos por la cosa a partir de la notificación de la demanda.

"Cuarto. El demandado Ismael Quevedo tiene derecho a que le sean abonadas las expensas necesarias en la conservación del inmueble, así como las mejoras útiles hechas antes de la notificación de la demanda.

"Parágrafo. Tanto el valor de los frutos como el de las expensas y mejoras se tasarán por el procedimiento señalado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"Quinto. Inscríbase esta sentencia en el correspondiente registro.

"Sin costas".

II

Motivación del fallo impugnado

1. Después de reseñar la actuación surtida en el proceso, inicia el Tribunal sus consideraciones deteniéndose primeramente en el estudio de la súplica principal de la demanda, o sea la de que se declare nulo el contrato de promesa por indeterminación del objeto y del precio.

Observa el sentenciador que el objeto prometido es el fundo rural denominado "La Ceiba" cuyos linderos se señalan en la promesa, lo que excluye la pretendida indeterminación de aquél. Y advierte que el precio, aunque no está determinado en el contrato, es a lo menos determinable, puesto que fue estipulado a razón de $ 1.500.00 por hectárea y, con arreglo a la medición que se hizo por peritos, como prueba anticipada, el fundo tiene 52 hectáreas y 9.640 metros cuadrados, lo que arroja un precio total de $ 79.446.00. De aquí deduce el fallador la siguiente conclusión: "De que el ordinal 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 establezca que la promesa de contrato para su validez tiene que determinar el contrato prometido, no puede seguirse necesariamente que se excluya la posibilidad de estipular un precio determinable". Consiguientemente, agrega, no procede la declaración de nulidad solicitada en la demanda.

2. A continuación examina el Tribunal la pretensión subsidiaria, esto es, la reivindicatoria del predio prometido en venta. Y refiriéndose a los cuatro elementos axiológicos de esta pretensión, encuentra:

a) Que el predio "La Ceiba", objeto de la acción de dominio, es cosa singular reivindicable, determinada por sus linderos;

b) Que el derecho de dominio en el actor está demostrado mediante la Escritura número 196 del 9 de julio de 1959, por la cual se protocolizó la Resolución número 405 del 26 de agosto de 1958, emanada del Ministerio de Agricultura;

c) Que la posesión del demandado fue confesada por éste en la contestación de la demanda; y

d) Que la identidad entre el predio reclamado por el demandante y el poseído por el demandado también fue comprobada en el proceso por la misma confesión de éste en la contestación de la demanda.

3. Finalmente, se ocupa el Tribunal en refutar la tesis, sostenida por el demandado, de que él "llegó a la posesión del inmueble por virtud de un contrato de promesa válidamente celebrado, y que allí debe permanecer mientras no se anonade dicha convención".

Sobre este particular afirma el sentenciador:

"Frente a la argumentación expuesta por el demandado, observa la Sala, en primer lugar, que el demandado no adquirió la posesión de la cosa perseguida por virtud del contrato de promesa, como lo sostiene su apoderado, sino que el contrato apenas vino a convalidar precariamente una situación de hecho, vieja de varios años. Las pruebas que con el lleno de las formalidades de procedimiento se trasladaron de un proceso ordinario ya fenecido que se trabó entre las mismas partes, se encargan de demostrar en forma muy clara y convincente, por provenir del propio demandado, que para la fecha en que firmó la promesa la posesión del inmueble ya la ostentaba el señor Quevedo, por lo que no resulta aventurado afirmar que con el contrato prometido no se buscaba otra cosa que legalizar una antigua situación posesoria con el fin de que el demandado se hiciera a un título escriturario que le permitiera obtener crédito en las condiciones en que lo otorgan algunas entidades bancarias oficiales de fomento agrícola, y otras ventajas propias de que sólo puede aprovecharse el titular del dominio. Los términos en que está concebida la cláusula relativa a la tenencia del predio prometido corroboran lo expresado de que el demandado estaba en posesión del fundo rural desde mucho antes, no se sabe exactamente desde cuándo, de firmarse el contrato, y que por tanto su posesión no es derivada de ese documento. Es obvio que la circunstancia ameritada sí es suficiente para demostrar la buena fe del demandado, si por tal se entiende la opinión o creencia en que una persona está de que posee legalmente una cosa.

"De otra parte, no debe perderse de vista que por lo general la acción reivindicatoria, medio jurídico para hacer efectivo el derecho de dominio, es directa y autónoma, y sólo excepcionalmente indirecta o dependiente de otra, como cuando el demandante tiene que invalidar un título que lo privó del dominio, y esto en razón de que para ejercer la acción tiene que demostrar la calidad de propietario, lo que no puede hacer sin hacer desaparecer del ámbito jurídico el título traslaticio viciosamente otorgado. La doctrina de la honorable Corte que el demandado trae como soporte de su tesis no es aplicable en su integridad al caso de autos, no sólo por lo ya expuesto en el sentido de que el demandado no deriva su posesión de un contrato vigente, sino especialmente porque la alta corporación se refería en su providencia a quien, sin ser poseedor, detenta una cosa después de vencido el plazo o de cumplida la condición de que dependía la obligación contractual de restituir. Sobre la cuestión jurídica en comento se recuerda que la honorable Corte en sentencia de 18 de febrero de 1964, ni casó ni hizo rectificación doctrinaria a la de un Tribunal que había decretado la restitución de un inmueble a favor de quienes mediante promesa de contrato habrían *Convalidado* la posesión del demandado el que, como en el caso de autos, venía poseyendo la cosa desde antes de suscribirse el precontrato. Dijo la Corte: en el expediente figura un contrato de promesa de venta en el cual se reconoció por el promitente vendedor la situación de que venía gozando el promitente comprador. Que tal instrumento no demuestra una posesión regular, como bien lo dice el recurrente, es cierto; pero también lo es, que demuestra la buena fe de quien tiene la cosa con el consentimiento expreso del propietario, y más aún, a ciencia y paciencia, comoquiera que la promesa es antecedente al cumplimiento de la obligación traslaticia que el promitente vendedor adquiere como condición fundamental del contrato de venta. La honorable Corte, como ya se dijo, ni casó la sentencia, ni le hizo rectificación doctrinal a la decisión del Tribunal que había despachado favorablemente a los intereses del actor la acción promovida como dueño del inmueble contra el poseedor a quien, como en el caso de autos, le había convalidado su poder de hecho sobre el inmueble. La promesa en este caso sólo sirvió para considerar al demandado como poseedor de buena fe".

III

La demanda de casación

Dos cargos formula la parte recurrente, ambos en el campo de la primera causal.

La Corte se limitará a despachar el primero, que encuentra demostrado.

Primer cargo

Está planteado así: "Con fundamento en la causal primera de casación, acuso la sentencia de segunda instancia de haber quebrantado directamente, por aplicación indebida, los artículos 669, 762, 946, 947, 950, 952, 961, 962, 963, 964, 965 y 969 del Código Civil, pues los hizo actuar

en el caso litigado sin ser pertinente su aplicación; y los artículos 1602 del mismo estatuto y 89 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación".

En desarrollo de su impugnación, transcribe el recurrente pasajes de la demanda originaria del proceso, de su respuesta y del contrato de promesa, de los cuales concluye:

"Pues bien. No obstante haber presentado la presencia en el proceso del documento contentivo del contrato de promesa de venta celebrado entre demandante y demandado; a pesar de haber visto que en la demanda afirmó el demandante que el demandado había entrado a poseer el lote de terreno materia de la reivindicación en virtud de lo convenido en dicho contrato; y no obstante haber tomado nota de que la defensa del demandado se cimentó por modo exclusivo en el hecho de haberlo sido entregado el referido inmueble en virtud de un acuerdo de voluntades con el demandante, que mientras esté vigente lo imposibilita legal y jurídicamente para exigir su restitución mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, el Tribunal hizo caso omiso de todos estos hechos, aceptados por él, y so pretexto de que el inmueble en cuestión lo ocupaba el demandado con antelación a la promesa, lo que vino a convalidar una situación de hecho, vieja de varios años, concluyó que los términos en que estaba concebida la cláusula relativa a la tenencia sólo servían para demostrar la buena fe del demandado, mas no para impedir la prosperidad de la acción de dominio.

"Por sabido se tiene que la acción reivindicatoria que consagra el artículo 940 del Código Civil, ha sido concedida al dueño para proteger su derecho frente a quien arbitrariamente lo ha despojado del bien que le pertenece, impidiéndole ejercer los atributos inherentes al derecho de propiedad. Por consiguiente no procede cuando quien lo ocupa tiene el bien, no contra la voluntad del dueño, sino por un acuerdo de voluntades, entre los dos, acuerdo que es una ley para ellos según el artículo 1602 del Código Civil, cuyos derechos y obligaciones se regulan por las estipulaciones convenidas, que mientras estén vigentes no le es lícito a ninguno de los contratantes desconocerlas. La restitución del inmueble, en tales casos, sólo puede reclamarla el dueño cuando de acuerdo con el contrato surge en el ocupante la obligación de entregarlo, o cuando se le ha impuesto ésta por decisión judicial".

A lo cual agrega: "Mientras esto no suceda, mientras esté vigente el contrato de promesa, como acontece en el caso que se examina, no puede el prometiente vendedor desconocer la eficacia del acuerdo mediante el cual entregó el inmueble al demandado, so pretexto de ejercicio de una acción de dominio como la aquí ejercitada".

Y para finalizar, combate el censor la tesis del Tribunal conforme a la cual "el demandado no adquirió la posesión de la cosa perseguida por virtud del contrato de promesa, como lo sostiene su apoderado, sino que el contrato apenas vino a convalidar precariamente una situación de hecho, vieja de varios años".

Al efecto, comentando doctrina de la Corte sentada en el fallo del 24 de junio de 1980, expresa el impugnador:

"En la cláusula sexta del contrato de promesa se dice que 'el prometiente vendedor desde antes de la firma del presente contrato, le ha hecho entrega de la posesión del terreno y propiedad de las mejoras y así se ha recibido y posesionado el prometiente comprador a entera satisfacción'. La circunstancia de que el prometiente vendedor hubiera entregado al prometiente comprador el inmueble prometido en venta con antelación a la firma de la promesa, en modo alguno desvirtúa la doctrina de la Corte, puesto que las partes vinculadas esa entrega al acuerdo de voluntades que dio nacimiento al contrato de promesa, y mientras subsista ese convenio siguen siendo sus estipulaciones ley para los contratantes, según el artículo 1602 del Código Civil, que necesariamente deben respetar. Como acertadamente lo enseña Hernando Morales, es necesario resolver o terminar esa convención para que el prometiente comprador sea obligado a restituir el inmueble que por virtud de ella recibió".

Consideraciones de la Corte

1. *La sentencia impugnada parte de una premisa fáctica: el demandado no adquirió la posesión del predio reivindicado mediante el contrato de promesa de venta, sino que la tenía desde tiempo atrás. Y de aquí deduce la siguiente conclusión: la pretensión reivindicatoria es por lo tanto procedente.*

En la censura no se ataca la premisa, pero se combate la conclusión. Acepta el impugnador que la posesión se originó antes del contrato de promesa, mas considera que aquélla, que venía siendo de naturaleza extracontractual, se transformó por voluntad de las partes en una posesión de índole contractual, regida por contrato.

El cargo, en consecuencia, está bien formulado por la vía directa, puesto que el recurrente comparte la apreciación que de los hechos hizo el Tribunal con apoyo en las pruebas.

2. *Ahora bien: La pretensión reivindicatoria excluye de suyo todos los casos en que la posesión del demandado sea de naturaleza contractual, es decir, se rija por un contrato celebrado entre el dueño y el actual poseedor. En tales casos, mientras el contrato subsista constituye ley para las partes (artículo 1602 del Código Civil) y como tal tiene que ser respetado por ellas. Entonces, la restitución de la cosa poseída, cuya posesión legítima el acuerdo de voluntades, no puede demandarse sino con apoyo en alguna cláusula que la prevea, mientras el pacto esté vigente. La pretensión reivindicatoria sólo puede tener cabida si se la deduce como consecuencia de la declaración de simulación, de nulidad o de resolución o terminación del contrato, es decir, previa la supresión del obstáculo que impide su ejercicio.*

En este proceso se pide la reivindicación de determinado predio como súplica enteramente independiente y autónoma. Esta pretensión no puede prosperar mientras el contrato de promesa subsista, pues ocurre que por ese contrato se transformó la posesión extracontractual del demandado en posesión respaldada por un contrato y regida por sus estipulaciones. Esta transformación se realizó en forma análoga a la de la tradición prevista por el ordinal 5º del artículo 754 del Código Civil: el prometiente comprador venía poseyendo el fundo desde antes de celebrarse la promesa, circunstancia que hizo innecesaria la entrega de éste a aquél.

3. *Cuandoquiera que alguien posea en virtud de un contrato, es decir, no contra la voluntad del dueño que contrató, sino con su plena consentimiento, la pretensión reivindicatoria queda de suyo excluida; pues sólo puede tener lugar en los casos en que el propietario de la cosa reivindicada ha sido privado de la posesión sin su aquiescencia. La acción de dominio es por su naturaleza una pretensión extracontractual, que repugna en las hipótesis en que los interesados han convenido en que uno de ellos autoriza al otro para poseer en virtud de un determinado contrato celebrado entre el uno y el otro.*

Nada importa que esta posesión date de fecha anterior al contrato. El acuerdo de voluntades la transforma en contractual y la somete enteramente a las estipulaciones de las partes, que son ley para ellas. Y si el contrato no prevé la restitución de la cosa en fuerza de alguna de sus cláusulas, la acción de dominio sólo podrá tener lugar después que se aniquile el contrato y precisamente como consecuencia de este aniquilamiento, que transforma nuevamente la posesión en extracontractual, puesto que el convenio ha desaparecido de la vida jurídica.

4. Concluyese que el Tribunal, como el recurrente lo sostiene, aplicó indebidamente al caso del debate las disposiciones que gobiernan la pretensión reivindicatoria, la cual, se repite, se dedujo en la demanda independientemente de toda otra encaminada a suprimir el contrato de promesa de venta, como subsidiaria de la de nulidad, que fracasó en ambas instancias y no fue objeto del recurso extraordinario. Y dejó de aplicar, debiendo haberlas aplicado, las normas conforme a las cuales el contrato de promesa es válido y eficaz y es una ley para las partes.

El cargo, por lo tanto, prospera.

IV

Sentencia de instancia

Los presupuestos procesales no ofrecen reparo alguno, como no lo ofrece tampoco la legitimación en la causa por sus aspectos activo y pasivo. Y no hay motivo alguno de nulidad procesal capaz de invalidar la actuación.

Sobre la nulidad del contrato de promesa de venta, por indeterminación del objeto y del precio, sea suficiente advertir que el predio prometido en venta fue determinado expresamente por sus linderos, como puede comprobarse en la lectura del documento contentivo de aquél, lo que excluye toda indeterminación. Y el precio, aunque no determinado en el contrato, es determinable con base en una medición del terreno, como las partes lo previeron. "La cantidad puede ser indeterminada con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla", reza el inciso segundo del artículo 1518 del Código Civil, refiriéndose al objeto de la obligación. Se cumple por lo tanto el requisito previsto por el numeral 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que rige los contratos de promesa, y no es nula, en consecuencia, la que celebraron las partes litigantes.

La pretensión reivindicatoria, deducida en subsidio e independientemente, no procede, por las razones expuestas en el despacho del cargo que prosperó.

De consiguiente, se impone la total absolución del demandado, con costas a cargo del demandante en la segunda instancia.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia objeto del recurso extraordinario, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, y en su lugar, actuando como fallador de instancia, CONFIRMA la proferida por el Juez Primero Promiscuo del Circuito de Acacías.

Condénase al demandante en las costas de la segunda instancia. Sin costas en lo recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Luis H. Mera Benavides
Secretario

CONTRATO DE SEGURO

El asegurador que paga la indemnización no se subroga automáticamente, en los derechos del asegurado frente al responsable del siniestro, por el mismo valor. La subrogación que consagra el artículo 1096 del Código de Comercio lo faculta para demandar el monto, hasta concurrencia del importe que hubiere pagado; pero no lo exime de probar el quantum del perjuicio sufrido por la víctima: si éste resulta mayor que la cantidad pagada al asegurado el asegurador sólo puede reclamar lo pagado, pues el seguro no es fuente de enriquecimiento; si resulta menor, el causante del daño sólo debe esta suma al asegurador y no el exceso que la compañía aseguradora hubiere pagado al damnificado.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Germán Giraldo Zuluaga.

Bogotá, D. E., marzo 17 de 1981.

Entrase a desatar el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 28 de enero de 1980, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; al resolver la segunda instancia en este proceso ordinario suscitado por la Continental Compañía de Seguros Generales S. A., frente a la Corporación Nacional de Transportes Ltda. (CONALTRA).

I

El litigio

1. En demanda ordinaria admitida por auto del 9 de septiembre de 1977, proferido por el Juzgado 10º Civil del Circuito de Bogotá, la Continental solicitó que Conaltra fuera condenada a pagarle la suma de $ 870.000.00 como daño emergente y $ 217.500.00 como lucro cesante, como consecuencia del incumplimiento del contrato de transporte de 145 sacos de café de propiedad de la Sociedad Rosenberg, Israel & Co., compañía cafetera de Manizales, que debían ser llevados de Santa Rosa de Cabal al puerto marítimo de Buenaventura.

2. Como hechos fundamentales de la pretensión, la compañía demandante alegó que Conaltra, a través de su agencia de Pereira, el 17 de enero de 1977 recibió de la compañía cafetera y con el destino ya expresado, 145 bultos de café almendra, lote número 3 39-0403, por lo cual expidió el conocimiento de embarque número 18142 y la planilla única de carga número 1126792.

Como el mencionado cargamento no llegó a su destino porque fue robado, según afirma el transportista, la sociedad propietaria, Rosenberg, Israel & Co., presentó a Conaltra cuenta de cobro por valor de $ 870.000.00, valor del café perdido, pero éste se negó a pagar, como consta en la carta de 2 de febrero del mismo año; entonces, por estar asegurado el cargamento, la sociedad Rosenberg, Israel & Co., demandó de la aseguradora, la Continental compañía de seguros generales S. A., el pago correspondiente, que ésta hizo el 15 de abril siguiente en cuantía de $ 870.000, valor de los 145 bultos de café, con lo cual quedó subrogada en los derechos del asegurado.

3. La primera instancia se adelantó con oposición de la parte demandada, quien alegó como causa de su incumplimiento el caso fortuito; además manifestó que la aseguradora demandante no puede cobrar el lucro cesante, pues sólo pagó al asegurado el valor del daño emergente.

La sentencia de primera instancia acogió las súplicas de la demanda, mas sólo en cuanto a la condena por valor de $ 870.000 por concepto de daño emergente.

4. De esta decisión apelaron ambas partes. El tribunal, al desatar la alzada, por medio de su sentencia de 28 de enero de 1980, confirmó el fallo del *a quo* en su integridad. Entonces, la so-

ciedad demandada interpuso el recurso de casación que ahora se resuelve.

II

Fundamentos de la sentencia recurrida.

Al prohijar las conclusiones del *a quo*, el tribunal expresa que con prueba documental aparecen demostrados los contratos de transporte y de seguro de las mercaderías que debían ser transportadas; que no se adujo probanza alguna que acredite la excepción de fuerza mayor alegada por la sociedad transportadora, pues el robo del cargamento de café, en las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrió "era acontecimiento susceptibles de ser humanamente previsto, por lo cual no genera caso fortuito, así se presente como súbito y arrollador de la voluntad"; que el transportista incurrió en falta de previsibilidad de modo manifiesto, pues no obstante saber que el cargamento era valioso, no tomó medidas de protección y vigilancia que lo pusieran al abrigo de los malcantes que acechan en nuestras carreteras.

Después expresa el fallador:

"No merece mayores comentarios lo aseverado por el apoderado de la parte demandada en el sentido de que el transportador sólo está obligado a pagar el valor declarado de la mercancía, pretendiendo aplicar el artículo 994 del Código de Comercio. Se aseguró el valor de la mercancía robada y esa fue la que pagó la actora subrogándose. Finalmente se ha de tratar, aunque sea someramente, la pretensión de la actora para que se le pague el 25% como indemnización en calidad de lucro cesante.

"El Juez *a quo* desecha esta petición fundándolo en el artículo 1096 del Código de Comercio, que reza así:

"El asegurador que pague una indemnización se subrogará por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieron hacer valer contra el damnificado.

"Habrá también lugar a la subrogación en los derechos de asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada".

"Para excluir afirmando que no hay prueba de que la actora hubiera pagado el 25% referido. Y que la suma a pagar por la demanda se concreta al valor que pagó la actora a la Compañía Cafetera de Manizales Limitada.

"La Sala considera bien denegada esta pretensión ya que el seguro es una indemnización y no un motivo de ganancia por parte de las compañías aseguradoras. Siendo el lucro cesante una ganancia frustrada, es decir, una ganancia dejada de percibir por el dueño de la mercancía, no sería lógico que lo recibiera la Compañía Aseguradora, pues ello constituiría un enriquecimiento sin causa".

III

La demanda de casación

Tres cargos formula el recurrente con apoyo en la causal primera; dos por la vía directa y el último por la indirecta. De los dos primeros que tienen un mismo objetivo, la Corte sólo despachará el inicial por encontrarlo fundado.

Primer cargo

Dice la censura que el tribunal, por errónea interpretación del artículo 1096 del Código de Comercio, incurrió en inaplicación de los artículos 994 (último inciso), 1010 y 1031 ibídem.

Desarrollando el ataque expresa la censura que el tribunal erró cuando sostuvo que la suma que el transportista debía pagar a la aseguradora "se concreta al valor que pagó" ésta al asegurado, siendo que el artículo 1096 citado establece que la subrogación legal de la aseguradora que hace pago de una indemnización se extiende "hasta concurrencia de su importe"; que la subrogación no puede ir más allá de este tope, pero que puede ser inferior, lo que contradijo el tribunal cuando afirmó que la subrogación "se concreta al valor que pagó la actora a la Compañía Cafetera de Manizales Limitada". En seguida afirma el recurrente que, a consecuencia de este yerro hermenéutico, el tribunal dejó de aplicar el artículo 994 citado, que dispone: "En ningún caso el remitente podrá cobrar como valor de la cosa uno mayor que el declarado...", y que igualmente se dejó de aplicar el artículo 1010, que impone al remitente, entre otras, la obligación de indicar al transportador el valor de las cosas objeto del contrato de transporte y que lo hace responsable de los perjuicios que ocurran por precauciones no tomadas en razón de la omisión.

Finalmente manifiesta el recurrente que los juzgadores de instancia desecharon el precio de $ 10 por cada kilo de mercancía, para acoger "el

valor de la mercancía cancelado por la entidad aseguradora".

La Corte considera

El siguiente es el tenor del artículo 1096 del Código de Comercio:

"*El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por Ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado.*

"*Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada*".

Esta norma no dispone, como erradamente lo entendió el tribunal, que las compañías aseguradoras cuando pagan una indemnización, automáticamente se subrogan en los derechos del asegurado por el mismo valor, de tal modo que puedan exigir pago de igual suma a la persona responsable del siniestro, sin otra prueba que la de que pagaron al asegurado cantidad igual.

Lo que la norma consagra no es otra cosa que la subrogación, por ministerio de la ley, en los derechos del asegurado frente al responsable del siniestro, para demandar de éste el monto de la indemnización, pero sólo hasta concurrencia del importe que el asegurador haya pagado al asegurado. Lo cual quiere decir que si al aportarse la prueba del quantum del perjuicio se demuestra que éste fue superior a la cantidad pagada por el asegurador, al demandado sólo se le puede condenar la suma que no exceda del valor pagado al asegurado. Y si, por el contrario, se demuestra que el monto de la indemnización es inferior al que pagó la compañía aseguradora, en tal evento sólo se deberá a ésta aquella suma y no la que ella pagó al tomador del seguro.

Entonces, el asegurador que por pago de una indemnización, en virtud de la subrogación legal a que se aludió, demanda al responsable del siniestro para el resarcimiento de daños, debe demostrar en el proceso el quantum de éstos, pues de otro modo sólo obtendrá una condena in genere, desde luego que el monto del daño resarcible por el responsable del siniestro no puede determinarse por el importe que el asegurado haya recibido del asegurador, porque este monto fue fijado a espaldas del responsable; esa regulación del daño causado es para éste res inter alios acta que, por lo tanto, no puede obligarle.

Ahora bien, si la compañía aseguradora aduce plena prueba de que el riesgo de que es responsable el demandado, tiene un valor superior al importe que ella pagó al asegurado, entonces la parte demandada sólo puede ser condenada al pago de suma igual a este importe, en virtud de que el contrato de seguro no es fuente de enriquecimiento, sino solamente de compensación del daño sufrido. Por consiguiente el asegurador, por la subrogación que le autoriza el artículo 1096 comentado, sólo puede recuperar hasta lo suma pagada al asegurado, pero nunca una mayor.

Como conclusión de lo expuesto viene que el asegurador que se subroga en los derechos del asegurado, para que el responsable de un siniestro sea condenado a pagarle la misma suma pagada al asegurado, debe demostrar, en el respectivo proceso, que el daño sufrido por éste y de cuyo pago es responsable el demandado, tiene valor superior o, al menos, igual a la suma que el asegurado recibió de él. No está pues exenta la compañía aseguradora del deber de aportar la prueba del monto del perjuicio sufrido por el asegurado y, por ende, con la sola demostración de haberse pagado el seguro no queda acreditado el quantum del daño resarcible a cargo del responsable del siniestro.

Lo expuesto indica que la sentencia del tribunal debe ser casada, pues sin prueba del monto del daño, se profirió condena en contrato creyendo que el artículo 1096 permite hacer ese pronunciamiento por suma igual a la que el asegurador pagó al asegurado.

Cargo tercero

Denúnciase, en este ataque, violación, a causa de errores de hecho en la apreciación de la prueba, de los artículos 994 (inciso final) y 1010 del Código de Comercio, por falta de aplicación, y del artículo 1096 ibídem por aplicación indebida parcial.

Dice, en síntesis, el censor que el tribunal no tuvo en cuenta que en los documentos que obran a los folios 1 y 21 del cuaderno 1º, se estipuló que el flete se acordó con base en valor de la mercancía no superior a $ 10 el kilo y que si el remitente consideraba superior este valor, estaba en la obligación de notificarlo por escrito al transportador "para tomar por su cuenta el seguro sobre los riesgos que requiera". Añade la censura que se pagó por alto la declaración de Marek Zack (f. 20 vto. del C. 2) quien acepta que no se denunció el precio de la mercancía, por todo lo cual no se podía condenar a pagar cifra

mayor de la que resulte de multiplicar por $ 10 el peso en kilos de la mercancía.

Para resolver se considera:

El Tribunal, como antes se expresó, equivocó la recta inteligencia del artículo 1096 del Código de Comercio, al creer que el monto de la indemnización a cargo del responsable de un siniestro es, en cualquier caso, en todos los eventos, el mismo del valor que la compañía aseguradora haya pagado al asegurado. Por tanto, el cargo se debía haber fundado en interpretación errónea de ese artículo y no en aplicación indebida del mismo, por lo cual el cargo no puede salir airoso.

Sentencia de reemplazo

Como la sentencia del tribunal debe ser casada, servirá de fundamentos a la sustitutiva las consideraciones ya expuestas, pues de los ataques contra ella sólo prosperó el que iba encaminado a que la condena no podía hacerse tomando como cuantía de la indemnización, a cargo de Conaltra, el mismo valor que la compañía de seguros había pagado al asegurado.

De otro lado, como no se aportó prueba del valor de la mercancía transportada, la condena deberá hacerse *in genere*, con la precisión de que en el incidente de regulación no se podrá fulminar condena superior a $ 870.000.

IV

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en - Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de 28 de enero de 1980 y en su lugar,

Falla:

1º Confírmase la sentencia apelada, menos en cuanto al numeral cuarto, el cual se *Revoca* y en su lugar se dispone: condénase a la Corporación Nacional de Transportes Ltda. (CONALTRA) a pagar a Continental Compañía de Seguros S. A., el valor de los 145 bultos de café a que se refiere el punto tercero.

2º El valor se regulará por el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. Sin costas en la segunda instancia.

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

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Luis H. Mera Benavides
Secretario Interino.

VENTA DE BIENES REALIZADA EN PUBLICA SUBASTA

El remate es un fenómeno híbrido en el cual se combinan elementos del derecho civil y del derecho procesal.

Nulidad sustancial y nulidad procesal del remate.

Cuando se propone la nulidad del remate como compraventa son partes únicamente el rematador y el vendedor, quien actuó representado por el juez y no las demás personas intervinientes en el ejecutivo dentro del cual se hizo la venta forzada.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén

Bogotá, D. E., 23 de marzo de 1981.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 8 de noviembre de 1979, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa María, en este proceso ordinario instaurado por Enrique A. Fuentes contra los herederos de José Galo Alzamora y otros.

I

El litigio

1. Mediante escrito que fue presentado el 13 de enero de 1964 al entonces Juzgado Unico del Circuito Civil de Santa Marta, reformado por el de 20 de septiembre de 1965, el citado Enrique A. Fuentes demandó a Tomasa Alzamora Herrera de Díaz Granados, María Francisca (Francina) Alzamora Herrera de Méndez, Dolores Alzamora Herrera de Díaz Granados, Cecilia Alzamora Herrera de Campo, Rosa Alzamora Herrera de Abondano, Isabel Alzamora Herrera de Ureta José Galo, Jaime y José del Carmen Modesto Alzamora Herrera, a todos como herederos en las sucesiones de sus padres José Galo Alzamora de Mier y Carmen Josefa Herrera de Alzamora; a Osvaldo, José Ignacio, Carlos Urbano, José Galo, Joaquín, Eduardo, Gustavo y Josefa María (Pepita) Díaz Granados Alzamora, Carmen Díaz Granados de Vergara y Luis Díaz Granados Alzamora, a éstos como herederos en la sucesión de su madre Carmen Alzamora de Díaz Granados; y a Rosa Cecilia González vda. de Alzamora, como heredera de Joaquín Alzamora Herrera, en procura de que, previa la tramitación del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que el demandante es tercero y, como tal, no lo perjudica la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta el 16 de diciembre de 1954, mediante la cual se declaró simulado el contrato de compraventa celebrado entre José Galo Alzamora, de quien son causahabientes los demandados, y José María Leyva, recogido en las Escrituras públicas números 300 y 191 de 7 de julio de 1925 y 26 de mayo de 1931, otorgadas ambas en la Notaría Primera de dicha ciudad;

b) Que, por haberlo adquirido en virtud de la adjudicación que se le hizo en el remate llevado a cabo en el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá el 30 de noviembre de 1944, dentro del proceso ejecutivo adelantado por el Banco Agrícola Hipotecario contra José María Leyva, el demandante es el dueño exclusivo de la casa de habitación y del lote en que se halla edificada, ubicada en la calle del Palacio de Gobierno de la ciudad de Santa Marta, inmueble comprendido dentro de los especiales linderos que la demanda consigna;

c) Que, consecuencialmente, se condene a los demandados, como poseedores que son de dicho inmueble, a restituirlo al demandante dentro del término que la sentencia fije, "junto con todas sus mejoras, anexidades y demás dependencias";

d) Que los mismos demandados están obligados a pagar al demandante el valor de los frutos naturales y civiles producidos por el bien, y no sólo los percibidos sino los que se hubieran podido percibir por el demandante con mediana inteligencia y actividad de haberlo tenido en su poder, desde "la notificación de la demanda" y hasta que la entrega se efectúe; y

e) Que se condene a los demandados, además, al pago de las costas procesales.

En subsidio de la súplica segunda, pidió el demandante que se le declare dueño absoluto del inmueble referido, por haberlo adquirido él por prescripción ordinaria.

2. Los hechos que el demandante invocó como fundamento de sus pretensiones, quedan sustancialmente comprendidos en las siguientes afirmaciones:

a) Mediante la Escritura pública número 300 de 7 de julio de 1925, otorgada en esa fecha en la Notaría Primera del Círculo de Santa Marta e inscrita en el Registro de allí, José Galo Alzamora vendió a José María Leyva, además de otros bienes, la casa de habitación construida en ladrillo y techos de paja, constante de varios pisos y departamentos, junto con el solar en que se halla edificada, ubicada en esa ciudad en la calle del Palacio de Gobierno, antes de la Cárcel, y comprendido todo el inmueble dentro de los siguientes linderos especiales:

"Norte, calle de San Francisco en medio, con solar que pertenece hoy a la United Fruit Company;

Sur, calle de la Gobernación en medio, con el Parque de Bolívar;

Este, casa de Clemente Díaz Granados C., y

Oeste, callejón en medio, al edificio de los Almacenes de la United Fruit Company";

b) La compraventa atrás mencionada fue posteriormente ratificada por las partes mediante la Escritura número 191 de 26 de mayo de 1931, otorgada en esa notaría e inscrita en el correspondiente registro el 6 de junio siguiente, ratificación que se hizo porque, según lo expresa este documento, en la Escritura número 300 de 1925 "no se citaron los títulos por donde el exponente hubo los referidos bienes";

c) Según consta en la Escritura pública número 1216 de 22 de agosto de 1927, otorgada en esa fecha en la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá y debidamente inscrita en el Registro de Santa Marta el 5 de septiembre siguiente, José María Leyva, actuando entonces por conducto de apoderado, se declaró deudor del Banco de Colombia por la suma de $ 40.000.00 que de éste recibió a título de mutuo, y para garantizarle su pago constituyó a favor del acreedor hipoteca de primer grado sobre algunos de los bienes que había comprado a José Galo Alzamora, entre los cuales figura la casa descrita y especificada en el literal a) anterior. Este crédito hipotecario fue luego cedido por el acreedor inicial al Banco Agrícola Hipotecario;

d) En marzo de 1932 el citado Banco Agrícola Hipotecario, como cesionario del crédito, inició la correspondiente acción ejecutiva contra el deudor José María Leyva en el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, y dentro de este proceso se decretó el embargo, entre otros, del inmueble mencionado en el literal anterior, traba ésta que se inscribió en el Registro de Santa Marta el 3 de junio de ese mismo año de 1932, al folio 20, partida número 16 del Libro de Autos de Embargos;

e) A través del hecho 5º de su libelo, expresa el demandante que "por haberse perdido el respectivo expediente durante los acontecimientos del 9 de abril de 1948, no existen datos auténticos sobre el juicio ejecutivo distintos de los que resultan del registro y escritura de protocolización mencionados" en la demanda;

f) José Galo Alzamora, quien había contraído matrimonio católico con Carmen Josefa Herrera, murió en la ciudad de Santa Marta el 14 de mayo de 1933;

g) Ocurrido dicho fallecimiento, el Juzgado Civil del Circuito de esa ciudad procedió a abrir el correspondiente proceso sucesorio, en el cual se reconoció, como interesados en la mortuoria, a la cónyuge sobreviviente del causante y a sus diez hijos legítimos, los aquí demandados Alzamora Herrera;

h) La heredera Carmen Josefa Alzamora Herrera de Díaz Granados falleció el 5 de diciembre de 1943; y sus diez hijas habidos en el matrimonio contraído por ella con Carlos Urbano Díaz Granados, los demandados Díaz Granados Alzamora, fueron reconocidos como interesados en la sucesión de José Galo Alzamora;

i) El heredero Joaquín Alzamora Herrera también murió en esa misma ciudad el 4 de enero de 1961, y en su sucesorio se ha reconocido como interesada a su cónyuge, la demandada Rosa Cecilia González vda. de Alzamora;

j) Mediante las Escrituras públicas números 19 y 20, otorgadas el 12 de enero de 1963 en la Notaría Segunda de esa ciudad, Osvaldo Díaz Granados Alzamora adquirió los derechos sucesorales que entonces correspondían a José del Carmen y Joaquín Alzamora Herrera en la mortuoria de José Galo Alzamora;

k) El 13 de agosto de 1934 Carmen Herrera de Alzamora y sus hijos legítimos, como herederos reconocidos en la sucesión de su cónyuge y padre José Galo Alzamora, demandaron en acción ordinaria instaurada en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santa Marta a José María Leyva, para que se declarase la simulación de la compraventa ajustada entre éste y el finado Galo Alzamora y contenida en las Escrituras números 300 de 7 de julio de 1925 y 191 de 26 de mayo de 1931, otorgadas ambas en la Notaría Primera de Santa Marta, y para que, en consecuencia, se condenara al comprador a restituir a los allá demandantes los bienes objeto de dicho pacto;

l) En el libelo con el cual se inició el proceso ordinario anterior se solicitó, y el juzgado decretó, la inscripción de la demanda para los efectos previstos en el artículo 42 de la Ley 57 de 1887, medida cautelar que se hizo efectiva con la inscripción correspondiente que se realizó el 16 de agosto de 1934, en el respectivo libro de la Oficina de Registro de Santa Marta, a los folios 7 a 9, partida número 6;

ll) A través del hecho 13 de su demanda, dice el aquí demandante que a partir de la fecha últimamente citada, "existieron sobre los bienes hipotecario dos inscripciones, a saber: la del embargo, decretado en el juicio ejecutivo fechado en 1932, y de la demanda, en el juicio ordinario sobre simulación";

m) En el remate practicado el 30 de noviembre de 1944 dentro del proceso ejecutivo referido, se adjudicó a Enrique A. Fuentes el inmueble aquí controvertido, diligencia que se aprobó mediante auto de la misma fecha, proferido por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá;

n) Esta subasta y su aprobación fueron inscritas el 21 de febrero de 1945 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Marta, en el libro correspondiente, y copia de ellas protocolizada mediante la Escritura número 335 de 20 de octubre de 1945, que con ese fin se otorgó en la Notaría Segunda ya citada;

ñ) El Juzgado Civil del Circuito de Santa Marta puso fin a la primera instancia del proceso ordinario ya referido mediante su sentencia de 10 de abril de 1945, la que fue confirmada por el Tribunal Superior de ese Distrito mediante la suya proferida el 16 de diciembre de 1954, por la cual se declaró simulado el contrato de compraventa ajustado por José Galo Alzamora, como vendedor, y José María Leyva, como comprador, plasmado en la Escritura número 300 de 7 de julio de 1925 y ratificado por la número 191 de 26 de mayo de 1931, otorgadas ambas en la Notaría Primera de allí, fallo que a su vez condenó al demandado a restituir a sus demandantes los bienes objeto del pacto cuya simulación se declaró;

o) Años más tarde, al realizarse a partir de noviembre de 1955 la diligencia de entrega para ejecutar el fallo anterior, se opuso a ella Enrique A. Fuentes, alegando ser propietario del inmueble aquí litigado por haberlo adquirido por remate celebrado en 1944 y considerarse como tercero en el proceso simulatorio, contra quien por tanto "la sentencia de simulación no produce efecto". Después de los muchos incidentes a que esta oposición dio lugar, ella fue definitivamente desechada en providencia que el Juzgado profirió el 16 de noviembre de 1959; y

p) Expresa el demandante, por último, que por razón de lo ocurrido en la referida diligencia de entrega, los demandados han venido poseyendo el inmueble desde el 21 de septiembre de 1961, fecha en la cual finalmente lo ocuparon.

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado José del Carmen Alzamora Herrera se opuso a las súplicas del demandante; en cuanto a los hechos, aceptó algunos, negó otros y exigió la prueba para los demás.

En esa misma oportunidad este demandado negó el derecho de propiedad que el demandante alega tener sobre el predio que pretende reivindicar, puesto que, dijo entonces, el origen de la propiedad que éste invoca a su favor está en la venta contenida en las Escrituras números 300 de 7 de julio de 1925 y 191 de 26 de mayo de 1931, de la Notaría Primera de Santa Marta, las que fueron canceladas por orden judicial dictada en el proceso ordinario de simulación atrás referido, todo lo cual consta en la Escritura número 702 de 29 de noviembre de 1958, otorgada en la misma Notaría de Santa Marta e inscrita en el registro de allí el 5 de diciembre siguiente.

Algunos otros demandados adhirieron al proceso pero con posterioridad al vencimiento del término para contestar la demanda. En su alegato de conclusión, luego de recordar la inscripción

de la demanda hecha en la acción simulatoria y el remate verificado por el aquí demandante, propusieron la excepción que llamaron "de cosa juzgada"; y para el caso de que esta defensa se rechazara, manifestaron que debía considerarse que "Fuentes no ha sido nunca titular de un derecho de propiedad sobre la casa en pleito, ya que por el hecho del remate apenas adquirió el carácter de cesionario de un derecho litigioso, que le fue desfavorable a su cedente".

4. Surtida que fue la primera instancia del proceso el juzgado del conocimiento, a la sazón lo era el Primero Civil del Circuito, profirió su sentencia de 6 de julio de 1973, mediante la cual, después de absolver a los demandados de todos los cargos consignados en la demanda y de negar por ende las peticiones en ésta deducidas, declaró nulo, "en todo lo que se refiere al inmueble materia del presente proceso", el remate verificado el 30 de noviembre de 1944 en el juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, dentro del ejecutivo que allí siguió el Banco Agrícola Hipotecario contra José María Leyva. Como consecuencia, decretó la cancelación de la inscripción de dicha subasta y de su auto aprobatorio.

5. Por virtud de la apelación interpuesta por el demandante contra lo así decidido, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el que, después de haber rituado la instancia, dictó su sentencia de 8 de noviembre de 1979, por la cual confirmó totalmente la apelada e impuso al demandante las costas procesales.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa, deteniéndose en sus antecedentes y más espaciosamente al registro de la demanda del proceso de simulación y al remate del bien que fue objeto de aquél, el Tribunal de Santa Marta inicia pormenorizada relación del desarrollo del presente proceso, precisando la posición que las partes asumieron en él.

Al punto observa que en su alegato de conclusión de la segunda instancia, los demandados, reiterando su defensa previamente iniciada, insistieron en la excepción de cosa juzgada, puesto que "probada como está la inscripción de la demanda de simulación al momento del remate, Fuentes no adquirió la propiedad de tal cosa litigiosa" ya que a él lo cobijan los efectos de la declaración de simulación; y que también expresaron que como el remate se hizo con posterioridad a la inscripción de la demanda, tiene que considerarse jurídicamente ineficaz esa subasta.

2. Luego de este pormenorizado recuento, al determinar la pretensión deducida en la demanda, dice el sentenciador *ad quem* que ella corresponde a la reivindicatoria, la que, añade, ejercita el demandante amparado en su cardinal afirmación de que "los efectos jurídicos del fallo del proceso simulatorio... no le cobijan".

Pero el Tribunal desecha la calidad de tercero procesal que, relativamente a la sentencia que declaró la simulación de una compraventa, alega tener el aquí demandante. Para fundar su rechazo asevera que si bien es cierto que Enrique A. Fuentes no intervino en el proceso simulatorio promovido por José Galo Alzamora contra José María Leyva, no lo es menos que "compró el inmueble mediante diligencia de remate en un proceso ejecutivo sobre ese mismo bien", el que a la vez fue objeto de la declaración simulatoria; y que por tanto, "al declararse la simulación de la venta que José Galo Alzamora le hizo a José María Leyva de ese inmueble", la sentencia extiende sus efectos al rematante.

Explanando esta primordial aserción, dice el sentenciador de segundo grado: "Lo adquirió (Fuentes) en un proceso de ejecución en el correspondiente remate, llevado a efecto mediante los trámites legales, y previa información por el registro de que el inmueble que era materia de la ejecución se encontraba en litigio y que por tanto quien informado de esa situación jurídica lo adquiriera estaba sujeto al resultado de la litis favorable o desfavorable. Este le fue desfavorable, luego Enrique Antonio Fuentes perdió el derecho de dominio que creyó haber adquirido por medio de la diligencia de remate...".

Como razón corroborativa de su conclusión en el punto, añade el Tribunal que la pretendida calidad de tercero procesal que invoca Fuentes ya la había rechazado la justicia en la diligencia de entrega respectiva practicada en 1959; y que el insistir ahora en su reconocimiento, "implica la búsqueda de pronunciamientos sobre calidades del demandante ya definidas negativamente por la justicia, lo cual no es procedente dentro del sentido de nuestra legislación procedimental de evitar fallos o decisiones contradictorias y porque va contra el principio de la cosa juzgada".

3. Solucionado por él este primer aspecto de la cuestión litigada, entra el *ad quem* al análisis de la pretensión reivindicatoria, de la que dice que para su prosperidad reclama la concurrencia

de los cuatro elementos que doctrinaria y jurisprudencialmente se han indicado siempre como esenciales en ella, y cuyo fundamento jurídico ubica en el contenido de los artículos 946 y siguientes del Código Civil.

Estima el sentenciador que en el presente caso falta el primero de dichos cuatro presupuestos, o sea el derecho de dominio en el demandante sobre el bien que pretende reivindicar, porque a él "lo cobija el fallo dictado en el proceso de simulación"; y que, como consecuencia de dicho fallo, Fuentes "quedó sin derecho alguno de dominio sobre dicho inmueble". Afirma que la propiedad de ese bien corresponde hoy a los demandados, quienes "lo obtuvieron" mediante la sentencia que decretó la simulación, en la cual se ordenó la cancelación de las precitadas escrituras por las cuales José Galo Alzamora había vendido el bien a José María Leyva, "quedando vigente la inscripción del registro de la escritura, por medio de la cual Mario Díaz Granados vendió dicho inmueble a José Galo Alzamora".

Y luego de recordar el texto del artículo 752 del Código Civil, expresa la sentencia de segundo grado: "Si el derecho de dominio que José María Leyva, por medio del Juez del Circuito Civil de Bogotá, transfirió en la diligencia de remate de 30 de noviembre de 1944 y el auto aprobatorio de ésta a Enrique Antonio Fuentes, se encontraba en litigio, de lo cual tenía noticiamiento por el registro de la respectiva demanda de proceso de simulación promovido por José Galo Alzamora De Mier contra José María Leyva, transfirió como ya se expresó un derecho litigioso sujeto a la eventualidad del fallo, el que como se comprueba fue desfavorable para José María Leyva, quedando entonces sin derecho alguno porque lo perdió Enrique Antonio Fuentes, pues el fallo de ese proceso lo afecta a él por la naturaleza del derecho de la compraventa en sus efectos jurídicos".

4. Llevadas, pues, sus consideraciones a la conclusión anterior, acomete el sentenciador de segundo grado el estudio de la pretensión subsidiariamente deducida por el demandante, consistente en que se lo declare dueño del referido bien por haberlo adquirido por prescripción ordinaria.

Al punto recuerda, con cita del artículo 2529 del Código Civil, que la prescripción ordinaria requiere para su reconocimiento judicial de tres presupuestos esenciales: justo título, buena fe y posesión por un término no inferior a diez años. Y como no encuentra en el caso *sub judice* ninguno de tales requisitos, dednce que "el actor no puede alegar la prescripción ordinaria", para lo cual se apoya en las prescripciones de los artículos 766, 1521, 1740, 1741, 1867, 1942 y 2531 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936.

5. Para fundamentar su deducción en el punto, recuerda la sentencia que Fuentes remató el bien "cuando ese derecho de dominio se encontraba en litigio y registrada en el respectivo libro la correspondiente demanda"; que a esa adquisición así realizada por quien tenía conocimiento de los efectos del registro, le falta la buena fe; y que, además, carece de justo título porque el presentado adolece de un vicio de nulidad.

Añade el sentenciador que al remate del inmueble, realizado en el Juzgado Civil del Circuito de Bogotá por Enrique A. Fuentes, le faltó "la autorización del juez competente, esto es, del Juez del Circuito de Santa Marta, quien en agosto 16 de 1934, había ordenado la inscripción de la demanda de simulación de la compraventa de unos inmuebles ubicados en la ciudad de Santa Marta... Con lo cual, el Juzgado Séptimo de Bogotá quien conocía de un proceso diferente no tuvo en cuenta la circunstancia anotada, llevando a cabo la diligencia de remate el 30 de noviembre de 1944 en el ejecutivo del Banco Agrícola contra José María Leyva, persona ésta que, a su vez, había sido condenada a restituir el citado inmueble, afectando, por consiguiente, el acto de remate o venta, mediante el cual el señor Fuentes adquirió el inmueble de nulidad absoluta en los términos del Nº. 3 del artículo 1521, en cuanto determina la ilicitud de toda enajenación de bienes cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce del litigio, acarrea nulidad absoluta...".

6. Finalmente, para corroborar la negativa de la declaración de pertenencia, añade el Tribunal: "En cuanto al elemento del tiempo no se ha determinado siquiera su duración de posesión, ya que los testigos que al respecto declaran, no concretan, no precisan el ejercicio de esa posesión por Enrique A. Fuentes, por medio de actos significativos del *animus dominio* indispensable para tener en cuenta la posesión. Se refiere a la forma dicha a unos contratos de arrendamiento que celebró Enrique A. Fuentes sobre ese inmueble, pero no concretan la época".

III

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante.

En la parte de su demanda que llama "alcance de la impugnación", el recurrente, en cuatro capítulos separados, formula contra dicho fallo sendas censuras: en los tres primeros capítulos denuncia errores *in judicando* y en el último uno *improcedendo*.

Por exigirlo así el orden lógico, la Corte entra a considerar en primer lugar este último, para, en caso de su improsperidad, entrar al análisis en conjunto de los tres restantes, los cuales, por deficiencias de técnica en su formulación, autorizan reunirlos para su despacho.

"Capítulo IV"

1. A través de éste se acusa la sentencia del Tribunal de Santa Marta de no estar "*en consonancia con las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas por el demandado*".

2. Desenvolviendo esta censura el impugnador comienza por recordar que el sentenciador *ad quem*, luego de negar la reivindicación pretendida por el demandante, mediante el ordinal segundo de la parte resolutiva de su fallo declaró nulo el remate verificado el 30 de noviembre de 1944 por Enrique A Puentes, "a pesar de que, (dice la censura), en las partes motivas de su sentencia y de la primera instancia, se tuvo presente que este tipo de nulidades sólo puede ser declarado de oficio cuando concurren al proceso las mismas partes que intervinieron en el acto o contrato respectivo".

De lo cual concluye en que el Tribunal, con ese razonamiento inicial suyo, "no podía proceder oficiosamente en este caso"; y que como reposaría la petición de parte, la que el censor echa de menos, "su decisión sobre nulidad falla sobre una excepción no propuesta por los demandados incurriendo en incongruencia por extrapetita".

3. Estima también la impugnación, y así lo asevera que el fallo combatido es además incongruente por *mínimo petita*, puesto que, explica, nada resolvió en torno a la "primera petición del actor, encaminada a que se lo declare tercero a quien no afectaba la sentencia proferida en el juicio de simulación".

Se considera

1. *Doctrina y jurisprudencia han sostenido, al unísono, que si Estado corresponde no sólo el poder de someter a su jurisdicción a quienes necesitan componer un conflicto de intereses surgido entre ellos, sino también la obligación de actuar mediante su órgano jurisdiccional para alcanzar la realización de los derechos objetivos. Deber éste que se satisface, en cada caso, con el pronunciamiento de una sentencia, que es el acto mediante el cual el juez cumple la obligación que para él se deriva de los derechos de acción y contradicción, ejercidos en su orden por demandante y demandado.*

Pero es sabido también que el proceso civil produce una vinculación jurídica que la doctrina llama relación jurídico-procesal, *la que, debido a tal carácter, ata y vincula a las partes y al juez mientras subsista. Constituida dicha relación, queda en principio establecido el ámbito en que ha de desenvolverse el proceso, según los términos de las pretensiones deducidas por el demandante en su demanda y las excepciones del demandado, y delimitado así el campo de la decisión del juez.*

De todo lo cual tiene que seguirse, como obvia y natural consecuencia, que la actividad del juez, al proferir la sentencia, no es ni puede ser ilimitada; que solamente puede decidir sin rebasar el campo que le demarquen los litigantes en los correspondientes escritos y en las oportunidades debidas. Pero si bien le está vedado tomar decisiones fuera de la suplicado, esta prohibición corre pareja con el deber que incumbre al fallador de considerar y resolver todos los extremos de la relación jurídico-procesal.

2. *El quebranto que el juez haya de la prohibición referida implica que su sentencia queda viciada, puesto que al decidir sobre cuestiones no pedidas, o sobre más de lo pedido, lo hace con exceso de poder y, por ende, sin tener competencia para ello; y también resulta viciado el fallo cuando omite pronunciamiento sobre peticiones o excepciones, porque, en tal hipótesis, por defecto en el ejercicio de su poder legítimo quedan insolutos, total o parcialmente, algunos aspectos de la controversia que justamente se le ha llevado para su composición.*

La indicada limitación de la actividad del juez al proferir su fallo se halla establecida positivamente en la legislación nacional. Así, el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, al reglamentar el contenido de la sentencia, dice que por ella debe darse decisión expresa y clara "sobre cada una de las pretensiones de la demanda, y de las excepciones cuando proceda a resolver sobre ellas ..."; y el artículo 305 ibidem, *al consagrar el principio de la congruencia, preceptúa que "La sentencia deberá estar en consonancia con 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".

En punto a resolución sobre excepciones de mérito, el artículo 306 ejusdem le demarca al fallador la órbita de su actividad jurisdiccional, al indicarle que cuando halle probados los hechos que constituyan una de ellas, "deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda".

3. Como se infiere del contexto de su sentencia, el Tribunal de Santa Marta, al estudiar el proceso para decidirlo y más concretamente la posición asumida por algunos de los demandados desde la contestación a la demanda y las excepciones propuestas en sus alegatos de bien probado, dedujo que aquéllos edificaron su defensa básicamente en la afirmación de que el título aportado por el demandante carecía de validez jurídica, porque el remate a que él alude tuvo ocurrencia cuando el bien se encontraba fuera del comercio como efecto de la inscripción de la demanda de simulación de la compraventa precedente.

Y entendió además el Tribunal que como razón subsidiaria de la anterior, los demandados invocaron en su defensa la ineficacia del título del demandante, porque Fuentes "no ha sido nunca titular de un derecho de propiedad sobre la casa en pleito, ya que por el hecho del remate apenas adquirió el carácter de cesionario de un derecho litigioso".

Todo lo cual significa que el ad quem, *al precisar los límites de la relación procesal, entendió que los demandados opositores habían invocado, en apoyo de su derecho de contradicción, la excepción de nulidad absoluta del remate verificado el 30 de noviembre de 1944. Y como encontró acreditadas las circunstancias de hecho alegadas por los demandados, hizo la declaración de nulidad que consideró deprecada por éstos.*

Dijo, en efecto, que a la referida subasta le faltó "la autorización del juez competente, esto es, del Juez del Circuito de Santa Marta, quien en agosto 16 de 1934 había ordenado la inscripción de la demanda de simulación . . . Con lo cual el Juzgado Séptimo de Bogotá quien conocía de un proceso diferente no tuvo en cuenta la circunstancia anotada, llevando a cabo la diligencia de remate, . . . afectando por consiguiente, el acto de remate o venta . . . de nulidad absoluta en los términos del Nº. 3 del artículo 1521, en cuanto determina la ilicitud de toda enajenación de bienes cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce del litigio, acarrea nulidad absoluta".

Si al interpretar la contestación a la demanda el Tribunal hubiere caído en falencia, al creer equivocadamente que los demandados propusieron la nulidad absoluta del título de propiedad del demandante, ese presunto yerro, que en caso de existir implicaría un error in judicando *y no uno in procedendo, el recurrente ha debido atacarlo en casación con apoyo en la causal primera y no como incongruencia. Porque el Tribunal declaró la nulidad, como se infiere de su fallo, en la creencia de que se le había planteado ese aspecto de la cuestión para que sobre él resolviera en la sentencia.*

4. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han advertido que la venta de bienes realizada por los órganos de la jurisdicción es un fenómeno realmente híbrido, en el cual se combinan los elementos del derecho civil y del derecho procesal. Por consiguiente, al remate lo han considerado como acto de compraventa y como diligencia judicial; aceptando la posibilidad de su anulación pero marcando, en cuanto dice el tratamiento jurídico que debe darse en cada caso, la diferencia que hay entre la nulidad del remate, como acto civil sustantivo, y su anulación como acto integrante de un procedimiento.

A la invalidación de una subasta puede llegarse pues por la ausencia de los requisitos establecidos por la ley para ella, considerada como un acto jurídico civil, o por falta de sus formalidades propias como acto procesal. En el primer evento las causas determinantes generan nulidad sustancial, absoluta o relativa, según la clase de requisitos preterm itidos; al paso que en el segundo se alude a informalidades, determinantes de nulidad procesal.

Cuando se pide la nulidad del remate como acto procesal la relación respectiva debe trabarse entre quienes fueron partes en el proceso en el cual se realizó, citando a ella además al rematador, pues a todos ellos afecta la suerte del acto procesal cuya validez se discute. Pero cuando, como ocurre en el presente caso, la nulidad del remate se solicita no como parte integrante de un procedimiento sino como acto civil sustantivo, la relación procesal queda bien trabada entre el antiguo dueño del bien subastado, que representado por el juez fue el vendedor, y el rematador, como comprador de dicho bien.

Entonces, si en el caso que se estudia la nulidad del remate fue propuesta por los demanda-

dos como compraventa, o sea como acto jurídico civil sustantivo, y no como acto procesal, pues se invocó al respecto la ausencia de requisitos establecidos para su validez por la ley sustancial y no las relativas a su procedimiento, el proceso quedó bien trabado al iniciarse por José A. Fuentes, como rematador, contra todos los herederos de Calo Algamora.

5. Pero si la anterior consideración no fuere aceptable, para desechar la censura por incongruencia habría que decir, finalmente, que si como lo afirma el casacionista, el Tribunal declaró la nulidad de un acto jurídico sin antes haber integrado el contradictorio, o sea sin llamar al proceso a todas las personas que concurrieron a su celebración, ese presunto yerro de hermenéutica tenía que haberse acusado en casación como error *in judicando* y no como *in procedendo*, es decir, con apoyo en la causal primera y no en la segunda, como aquí lo hace el recurrente.

Y que si el fallo no accedió a decretar la reivindicación pedida, por estimar que la sentencia de simulación extendía sus efectos al aquí demandante, por haber éste rematado el bien cuando se encontraba fuera del comercio, al así resolver decidió negativamente, aunque no en forma expresa, sobre la pretensión del demandante de que para él es inoponible la sentencia simulatoria del contrato de compraventa que sobre ese bien precedió al remate. Por consiguiente, la sentencia combatida no puede calificarse de disminuta o inconsonante por *mínima petita, como lo hace* el recurrente en la segunda fase de esta censura.

Se rechaza, pues, la acusación.

"Capítulo I"

1. En éste el recurrente acusa la sentencia de quebrantar directamente, por falta de aplicación, los artículos 764, 765, 768, 769, 946, 947, 950, 952, 961, 964, 1766, 2422, 2448, 2452, 2488, 2528 y 2529 del Código Civil y 1013 del Código Judicial anterior.

2. Luego de extractar el contenido de las normas legales que denuncia como infringidas con la sentencia de combate, en desenvolvimiento de esta censura, el casacionista asevera que interpretando dichos preceptos armónicamente se llega a la conclusión, "sin mayor dificultad, de que la calidad de tercero se atribuye a quien no tuvo parte ni conocimiento de la existencia del acto oculto que desvirtúa o modifica el aparente; que si el propietario aparente del inmueble contrae obligaciones mientras subsiste dicha apariencia, sus acreedores pueden perseguir como parte de su prenda el bien que sólo aparentemente resultaba suyo; y que, finalmente, tanto los acreedores personales como, con mayor razón los hipotecarios, pueden perseguir el bien en cuestión y obtener su venta en pública subasta, para satisfacer las obligaciones a su favor"; y que de dicha interpretación armónica se tiene que concluir, además, que "la venta en pública subasta llevada a cabo ya dentro de un juicio ejecutivo con simple acción personal o ya en uno mixto o con título hipotecario, el procedimiento establecido por la ley para la realización del derecho del acreedor, no puede ella, en ningún caso, calificarse como ruto con objeto ilícito".

3. Continuando en el desarrollo de esta acusación, después de resumir las motivaciones del *ad quem* para sustentar su fallo asevera el impugnante que si aquél "hubiera tenido en cuenta tanto la interpretación armónica, como la existencia y el alcance de las normas cuya violación ahora señalo, es indudable que habría despachado favorablemente las peticiones del actor, porque no podía olvidarse que, según la doctrina, la demanda de simulación presentada con posterioridad al embargo decretado en el proceso ejecutivo, no debía registrarse según lo enseñaba el artículo 1013 del Código Judicial; pero que, de registrarse, en nada podía afectar los derechos del acreedor y la posibilidad de su realización a través del remate, porque, indudablemente, si dicha venta en pública subasta no podía tener objeto ilícito desde el punto de vista del acreedor ejecutante, tampoco podía tenerlo para el adquirente".

"Capítulo II"

1. A través de éste se acusa el fallo de segundo grado de ser directamente violatorio, por aplicación indebida, de los artículos 752, 764, 766 numeral 3º, 1502, 1521 numerales 3º y 4º, 1740, 1741, 1742, 1969, 2513, 2528 y 2529 del Código Civil; 2º de la Ley 50 de 1936; 42 y 43 de la 57 de 1887; y 332 y 1054 del Código de Procedimiento Civil anterior.

2. En este "capítulo", como también lo hace en el anterior, el casacionista comienza por extractar el contenido de los preceptos legales que a su juicio fueron quebrantados en la sentencia que combate.

Y luego de tal preámbulo, afirma el acusador que "todas estas normas son o eran de pertinente aplicación, en supuestos tales como el de que se enajene una especie de litigio sin permiso del juez respectivo, en cuyo caso el acto está afectado de nulidad absoluta por tener objeto ilí-

cito y no podrá ser, en consecuencia, registrada la escritura respectiva si de bienes inmuebles se tratare; o en el de que, mediante dicho permiso, el adquirente sustituya a alguno de los litigantes, tomando para sí el evento incierto de la litis, o en el de que hallándose en trámite un proceso donde se discuta la propiedad de una cosa, un acreedor embarque los derechos de alguna de las partes sobre el objeto materia de la controversia; o, cuando se pretende enajenar un bien sin que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello".

3. Concretando al yerro *juris in judicando* que le enrostra al sentenciador *ad quem*, dice la censura: "Resulta claro, entonces, que este conjunto de normas invocadas en los fallos con evidente error..., no guarda relación alguna con los hechos motivos de esta controversia, porque ellos tienen características especiales, consistentes en que la demanda que se registró versaba sobre la simulación de unos contratos celebrados por quien, antes de iniciarse dicho proceso, había constituido hipoteca sobre el inmueble que hoy se reivindica, el cual también antes de la inscripción de la demanda, había sido embargado dentro de ese proceso ejecutivo y la de que fueron los sucesores de quien participó en la celebración de los actos simulados los que posteriormente y luego de verificada la venta en pública subasta, obtuvieron la sentencia declaratoria de la presunta simulación".

De todo lo cual concluye la impugnación, concretando la indebida aplicación de normas que denuncia, en que como el sentenciador de segunda instancia no tuvo en cuenta las apuntadas características especiales, hizo actuar dichos preceptos olvidando que "no se trataba de que se hubiera hecho una enajenación con objeto ilícito a favor del señor Fuentes; ni de que éste hubiera adquirido un derecho embargado consistente en el que pudiera tener el señor Leyva como demandado en el juicio de simulación".

"Capítulo III"

1. En éste expresa la censura que la sentencia infringió directamente, por interpretación errónea, los artículos 741, 752, 1521, 1740, 1741, 1742, 1766 y 2513 del Código Civil; 2º de la Ley 50 de 1936; 42 y 43 de la 57 de 1887; y 1051 del Código Judicial anterior.

2. Desarrollando los errores de hermenéutica que al través de esta censura le endilga al *ad quem*, afirma el acusador, refiriéndose a los artículos 741 y 752 citados, que el Tribunal malinterpretó estos textos al entender que ellos indican que, "una vez registrada una demanda civil sobre el inmueble objeto de la venta forzada, el demandado en uno de los procesos y ejecutado en el otro, pierde por ese solo hecho el dominio que tenía sobre el bien objeto de la controversia y de la traba ejecutiva"; que dio aplicación excesiva al artículo 1521, pues entendió que éste, en su numeral 4º, atribuye "objeto ilícito" a la venta en pública subasta, "llevada a cabo en un juicio ejecutivo iniciado con anterioridad al proceso ordinario" de simulación; y que el numeral 4º lo aplicó tratando "de establecer una confusión entre las cosas embargadas por decreto judicial y las especies cuya propiedad se litiga".

Continuando en su ataque a la sentencia, dice el casacionista que el Tribunal equivocadamente entendió que los artículos 1740, 1741, 1742, citados, "lo autorizan para declarar oficiosamente la nulidad de una venta en pública subasta llevada a cabo en un juicio ejecutivo, sin que se hallen presentes las mismas partes que intervinieron en dicho proceso"; que erradamente sostuvo el sentenciador, frente al artículo 766, que "no es tercero a quien no pueden perjudicar los efectos de la simulación, si ha tenido conocimiento de que entre las partes que celebraron el contrato aparente, se ha suscitado una controversia judicial al respecto".

3. Continuando en la demostración de los errores que denuncia, expresa la censura que el *ad quem* también malinterpretó los artículos 42 y 43 de la precitada Ley 57, puesto que entendió que "una demanda posterior a un decreto de embargo puede inscribirse en el registro y colocar en litigio la cosa frente al ejecutante que ha solicitado la traba y cuando se extiende la prohibición de registrar las escrituras de enajenación y de hipoteca el caso de la sentencia de adjudicación por remate en el juicio ejecutivo, puesto que en este caso el embargo original deja sin efectos el registro de la demanda en cuanto a una posterior venta en pública subasta y la norma del artículo 43 es, por ello, aplicable exclusivamente a los actos voluntarios de enajenación ejecutados por el dueño aparente".

Se considera

1. Bajo el entendimiento de que en estos tres capítulos el recurrente formula contra la sentencia del Tribunal sendos cargos, de su simple lectura aparece que ni en el planteamiento, ni en el desarrollo de ellos, el casacionista expresa en cuál de las cinco causales o motivos de casación, que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, apoya los cargos que presenta

contra el fallo que combate. Deficiencia técnica que por sí sola es bastante para desechar las censuras por imperativo legal.

En efecto. Amparado en el carácter extraordinario del recurso de casación dispuso el legislador de 1970, y así lo consagró en el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, que la demanda mediante la cual se interpone debe contener, entre otros requisitos, la "formulación por separado de los cargos" contra la sentencia recurrida, "*expresando la causal que se alegue*, los fundamentos de cada acusación en forma precisa y clara..." (subraya la Corte).

En consonancia con lo así dispuesto, el artículo 373 *ibidem*, en su inciso 4º, preceptúa que la demanda de casación se inadmite, entre otros casos, cuando "no reúne los requisitos formales", supuesto en el cual la Corte "declarará desierto el recurso y ordenará devolver el expediente al tribunal de origen".

2. Sin que el hecho de haberse pretéritamente admitido la demanda de casación, en auto que alcanzó ejecutoria, le vede a la Sala inhibición a estudiar aquélla en el fondo, puesto que, como es axiomático en derecho procesal, lo interlocutorio no ata a lo definitivo; ni el error cometido inhibalmente tiene que conducir a la comisión de otro.

En providencias múltiples ha dicho la Corte, en efecto, que cuando ella "erradamente declara admisible el recurso de casación, —o la demanda agregaría hoy— 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 advierto que le ha dado cabida sin fundamento legal, mal procedería atribuyéndole al auto admisorio capacidad para comprometerla en el nuevo error de asumir una competencia de que carece. Porque el auto en cuestión nunca tiene fuerza de sentencia, no cohíbe a la Corte para declarar en providencia posterior improcedente el recurso" (LXX, 2; LXXVII, 51 y XC, 330).

3. Pero no es el anterior el único defecto que en el plano de la técnica de casación cabe apuntarle a la demanda que se estudia. Como se verá en seguida, ella ostenta otras deficiencias que también le vedan a la Corte el estudio de fondo de los cargos formulados.

En efecto. Amparada en el principio que proclama la autonomía o independencia de los cargos en casación, en repetidas providencias ha dicho esta Sala que a ella no le es dado estudiarlos sucesivamente a efecto de complementar el uno con otro u otros, conducta que sería contraria al procedimiento establecido en el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual debe estudiarlos sin otra prelación que la derivada de su orden lógico, absteniéndose de considerar los restantes si halla procedente alguno, salvo cuando el examen sucesivo de los cargos se haga necesario porque el que encuentra próspero sólo verse sobre parte de las resoluciones de la sentencia, y se hubieren propuesto otros respecto de las demás.

Hase dicho, por lo tanto que para su eficacia los cargos en casación tienen que proponerse separadamente en forma concreta, completa y exacta para que la Corte, situada dentro de los límites que la demarca la censura y en congruencia con ellos, pueda decidir el recurso sin tener que moverse oficiosamente a completar la acusación, por impedírselo el carácter eminentemente dispositivo de este recurso extraordinario.

4. Pues bien: como quedó visto al extractar las disposiciones de la sentencia combatida, el Tribunal de Santa María, tras considerar que el demandante no es el titular del dominio sobre el inmueble materia de esta controversia, denegó la declaración de propiedad pedida y la reivindicación consecuencialmente suplicada; y luego, en su resolución siguiente, declaró la nulidad del remate que dicho demandante adujo como origen del derecho de propiedad que invocó como fundamento de la restitución, al estimar que dicha subasta se verificó cuando ese bien se encontraba fuera del comercio como efecto del registro de una demanda de simulación.

La demanda de casación, así en el segundo como en el tercero de los tres cargos que aquí se consideran, se limita a acusar, por aplicación indebida en el uno y por interpretación errónea en el otro, las disposiciones legales sustanciales que el *ad quem* analizó en su fallo para con apoyo en ellos decretar la nulidad del remate, pero no denuncia, en ninguna de dichas dos censuras, violación de los preceptos que al sentenciador sirvieron de fundamento para negar la declaración de propiedad y la reivindicación. En el primero de los tres cargos formulados, al contrario, el censor reduce esa acusación al denuncio de quebranto de los preceptos legales atinentes al derecho de propiedad y a la acción reivindicatoria, pero no acusa infracción de las normas referentes a la nulidad del remate.

Planteados en esos precisos términos los tres cargos, todos ellos resultan incompletos y por ende ineficaces.

En el supuesto de que las censuras atinentes a la declaración de nulidad del remate alcanzaran prosperidad, no podría sin embargo la Corte actualizar oficiosamente la desestimación de la reivindicación, ni a la inversa; en esas circunstancias habría que llegar al pronunciamiento de resoluciones excluyentes que chocan contra la lógica: que el remate es válido y a la vez, sin existir otro obstáculo legal, el rematador no tiene derecho a reivindicar porque no es dueño; o, lo que sería ostensiblemente peor, decretar la restitución a favor del demandante, muy a pesar de que se sostiene el decreto de nulidad de su título de propiedad.

5. Argumento cardinal que dio el sentenciador de segundo grado para sustentar su fallo es el de Enrique A. Fuentes, relativamente a la sentencia que declaró la simulación de la venta que del bien litigado hizo José Galo Alzamora a José María Leyva, no es tercero, puesto, que, si bien es cierto que aquél no intervino en el respectivo proceso simulatorio, no lo es menos que adquirió el bien después que sobre ese inmueble se había inscrito la demanda correspondiente; y que, por tanto, "al declararse la simulación de la venta" la sentencia extiende sus efectos al rematante. O sea, que el Tribunal consideró y aplicó en su fallo el principio de la cosa juzgada que consagra el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil; más precisamente la parte de este precepto que establece identidad jurídica de partes, "cuando las del segundo proceso son sucesores *mortis causa* de las que figuraron en el primero, o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda...".

Salvo en el cargo segundo, en el que sí lo hace, en los restantes no denuncia violación de dicha norma sustancial, ni combate las pertinentes consideraciones del *ad quem*, las que por tanto quedan en pie y le prestan base sólida a la resolución.

6. Y si, como lo pregona el casacionista en el cargo segundo, el instituto de la cosa juzgada material a que alude el precitado artículo 332, solamente puede predicarse frente a "la sentencia ejecutoriada", pero no con relación a "las providencias que se limitan a resolver aspectos incidentales de un litigio", no procedía acusar la sentencia por aplicación indebida de dicho precepto, como lo hace la censura, sino por interpretación errónea, desde luego que aplicado con ese entendimiento significaría alterar sus verdaderos sentidos y alcance, antes que hacer actuar dicho texto legal en un caso que él no contempla.

Pero además es preciso advertir, para hallar la sinrazón de esta censura, que el Tribunal, según se infiere del contexto de su fallo, no atribuyó efectos de cosa juzgada al auto que desechó la oposición que Fuentes formuló a la entrega del bien cuya compraventa se había declarado ficticia, sino a la sentencia de 10 de abril de 1945, confirmada por la de 16 de diciembre de 1954, mediante la cual la justicia de Santa Marta declaró simulado el contrato de compraventa contenido en las escrituras 300 de 7 de julio de 1925 y 101 de 26 de mayo de 1931.

Si bien es verdad que el sentenciador *ad quem* aludió en su fallo a "la providencia de 16 de noviembre de 1959", que fue la que rechazó definitivamente la oposición que a la entrega decretada en el proceso simulatorio formuló Fuentes, no fue, como lo pretende hacer ver el recurrente, para atribuir a dicho auto el efecto de cosa juzgada, sino como razón corroborativa de su deducción cardinal en el punto: que la sentencia que decretó la simulación de la compraventa ajustada entre Galo Alzamora y José María Leyva, comprende en sus efectos al citado Enrique A. Fuentes por ser causahabiente del segundo, por acto celebrado con posterioridad al registro de la demanda.

7. Corolario obligado de todo lo dicho es erróneo el de que los cargos no prosperan, y así habrá de declararlo la Corte en la parte resolutiva de este fallo.

8. Como la Corte advierte que en el trámite de la segunda instancia de este proceso se incurrió en demoras injustificadas, particularmente entre el 12 de marzo de 1974, fecha en que el negocio pasó al despacho del Magistrado Castañeda Rada "para su estudio", y al pronunciamiento del fallo de segundo grado, que solamente ocurrió el 8 de noviembre de 1979, procede ordenar la investigación disciplinaria respectiva.

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 de 8 de noviembre de 1979, proferida

en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta.

Para que se proceda a investigar disciplinariamente la causa de las demoras en el trámite del proceso, póngase en conocimiento del Consejo Superior de la Judicatura esta resolución, enviándole las pertinentes copias procesales.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Ricardo Uribe-Holguín, Fernando Cancino Restrepo, Conjuez, *Germán Giraldo Zuluaga Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.*

Luis H. Mera Benavides
Secretario General.

CANCELACION DE MARCA

Jurisdicción y competencia en materia de asuntos relativos a la propiedad industrial.

El Consejo de Estado conoce de los procesos sobre anulación del certificado de una marca, sea que la intente cualquier persona o aquella que se considere perjudicada en sus derechos de protección marcaria.

Entre los casos que la ley contempla en que una marca no puede registrarse porque podría inducir al público en error, se encuentra el de asemejarse a otra ya registrada.

La acción de nulidad prevista por el artículo 596 del Código de Comercio no difiere de la de Cancelación de la Marca; más bien se trata de dos pretensiones complementarias.

De la misma manera que la cancelación de los instrumentos contentivos de un acto jurídico que se declara nulo es sólo una consecuencia de la declaratoria de nulidad, en materia administrativa la acción de nulidad de la resolución que otorga el derecho a una marca trae aparejada la de cancelación del certificado de dicha marca y su registro.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Ricardo Uribe-Holguín.

Bogotá, D. E., marzo 30 de 1981.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 29 de febrero del año pasado, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso abreviado de cancelación de la marca Cerezano, promovido por Etablissement Marquint "Grandes Marques Internationales" contra Distribuidora Nacional de Vinos, Limitada —DIVINOS—.

I

Antecedentes

1. En la demanda originaria del proceso se pide la cancelación del acto de concesión, el registro y el certificado de registro número 80911, de 29 de agosto de 1978, que amparan la marca Cerezano, expedidos a favor de la sociedad demandada para distinguir productos comprendidos en la clase 33 de las que enumera el artículo 2º del Decreto número 755 de 1972.

2. Como hechos constitutivos de la *causa petendi*, la sociedad demandante invoca, en resumen, los siguientes: que ella es titular del derecho sobre la marca Cinzano, otorgado, para distinguir productos comprendidos hoy en la clase 33 de las que enumera el artículo 2º del Decreto número 755, mediante certificados de registro cuyas fechas están comprendidas entre el 24 de mayo de 1939 y el 3 de noviembre de 1972, todos ellos vigentes; que la División de Propiedad Industrial del Ministerio de Desarrollo, mediante la Resolución número 3631 del 29 de Agosto de 1978, registrada según certificado número 80911 de la misma fecha, concedió a la sociedad demandada el derecho al uso de la marca Cerezano, para distinguir productos comprendidos en la misma clase 33 del artículo 2º del Decreto número 755; que entre estas dos marcas hay notoria semejanza que las hace confundibles entre sí, por los aspectos visual, fonético, ideológico, ortográfico y otros varios; y que el derecho de la sociedad demandante tiene prioridad en el tiempo sobre el de la sociedad demandada, debiendo por lo tanto ser preferido mediante la cancelación de la marca Cerezano.

3. La demanda fue contestada en el sentido de oponerse a las pretensiones deducidas en ella

y de negar el hecho de que haya semejanza entre las dos marcas que induzca a confundirlas.

4. Surtida la actuación de la primera instancia, con abundante producción de pruebas, el Juez Decimosexto Civil del Circuito de Bogotá, a quien correspondió el conocimiento del proceso lo falló, denegando las súplicas de la demanda y absolviendo en consecuencia a la sociedad demandada de los cargos en ella contenidos, con costas a cargo de la sociedad demandante.

5. Apelada esa sentencia por la parte desfavorecida, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el fallo acusado ahora en casación, resolvió:

"*Primero:* Revocar la sentencia proferida por por el Juzgado Decimosexto Civil del Circuito de Bogotá en el negocio de la referencia, y en su lugar se decide.

"*Segundo:* Declárense no probadas las excepciones propuestas.

"*Tercero:* Se decreta la cancelación del acto de concesión, el subsiguiente registro y el certificado de registro de la marca número 50911 de 29 de agosto de 1973, expedido a favor de Distribuidora Nacional de Vinos Limitada, DIVINOS, correspondiente a la marca que consiste en la expresión Cerezano, para distinguir Vinos espirituosos, licores, champaña, aguardientes, whisky, brandy, cócteles, comprendidos en la clase 33 del artículo 2º del Decreto 755 de 1972, con los efectos consecuenciales y legales correspondientes; y se ordena comunicar en su oportunidad a la División u Oficina de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, al Ministerio de Salud Pública y demás entidades a que haya lugar, y se dispone la publicación de la sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial.

"*Cuarto:* Costas del proceso en primera y segunda instancia a cargo de la parte demandada".

II

Motivación del fallo impugnado

1. Comienza el Tribunal su proveído transcribiendo las súplicas de la demanda, resumiendo los hechos en que se fundan, reproduciendo los apartes más salientes de la respuesta y haciendo breve reseña de la actuación.

2. Luego se ocupa el sentenciador de los presupuestos procesales, fijando su atención especialmente en "*la jurisdicción* que ha de ocuparse de este asunto" y en "lo relativo a la *capacidad procesal*".

a) En cuanto a jurisdicción concierne, se dice en la sentencia:

"Al efecto, para poner término a la controversia que se suscitó cuando entró en vigencia el nuevo Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), sobre si correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa o a la ordinaria el conocimiento y fallo de los asuntos sobre oposición al registro de marcas o nombres, dibujos industriales o diseños, y patentes, o cancelación de aquél, según la terminología del artículo 414, numeral 17, del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal Disciplinario, entidad que tenía hasta el año pasado en sus manos las decisiones sobre colisiones de competencia (artículo 140 Código de Procedimiento Civil, derogatorio del artículo 39 del Decreto 528 de 1964 y acorde con el artículo 8º de la Ley 153 de 1887), en sentencias de 30 de abril y 26 de septiembre de 1973, transcritas en la sentencia de 1º de febrero de 1979, proferidas por la honorable Corte Suprema de Justicia en proceso de la sociedad extranjera N. V. Organon contra Ignacio Espinel Múnera, sobre la marca de fábrica Gestamin, sostuvo que en esta clase de acciones, relacionadas con la propiedad industrial, la competencia rationae materiae se divide en dos sectores: uno, que corresponde al Consejo de Estado, cuando se trata de nulidad de actos de la administración 'por violación de normas de las denominadas de mera legalidad sustancial', o problemas de 'simple legalidad', y son las acciones de nulidad de los registros, 'en cuanto formuladas por cualquier persona, es decir cuando la pretensión es de simple tutela del orden jurídico'; y en este sentido dice el citado Tribunal que 'el artículo 596 del nuevo Código de Comercio, en cuanto se refiere simultáneamente a la cancelación y a la anulación, solamente se comprende en el sentido de que la competencia allí fijada alcanza a la anulación de los actos administrativos y no a la cancelación, que es una acción distinta, cuyo conocimiento ya está atribuido de modo expreso por el artículo 414 de la misma obra a los jueces del Circuito de Bogotá, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 15 de 1968'.

"En este orden de ideas, el otro sector en que se divide la competencia es el que corresponde a los jueces de la *jurisdicción ordinaria*, cuando se controvierte en torno a hechos respecto de los cuales se predica que violan derechos subjetivos esenciales y que pueden por ello ser reivindicables, o sea, cuando el debate se plantea para la

tutela de intereses o derechos particulares, a efecto de determinar quién tiene mejor derecho, y para hacer respetar un derecho subjetivo de propiedad exclusivo al uso y goce de una marca derecho sustancial y preciso que emana de la titularidad procedente del registro de la marca, que confiere al beneficiario el derecho de uso y goce de una especie de propiedad, la llamada industrial y marcaria, que está concebida y reglamentada por nuestras leyes, y como de esta naturaleza participan las acciones de cancelación de marcas, como la que aquí se ha instaurado, no cabe duda que radica en la jurisdicción civil la competencia para conocer y decidir sobre ella (art. 414, numeral 17 C. de P. C.)".

Y más adelante agrega el fallador:

"El mismo Tribunal Disciplinario, con base en el nuevo Código de Comercio, precisó las acciones y la correspondiente competencia para conocer de ellas, cuando expresó que radica en el Consejo de Estado el conocimiento de las siguientes acciones:

a) Acciones de simple nulidad del certificado de una marca o del certificado de depósito de un nombre por infracción de las disposiciones de los artículos 585 y 586, cuando sean ejercitadas por cualquier persona, o sea, cuando la pretensión se limita a la simple tutela de la legalidad, la cual cuando se propone por infracción de alguna de las prohibiciones del artículo 586, caduca dentro de los cinco años, contados a partir de la fecha del registro cuya cancelación se solicita;

b) La acción de simple nulidad del certificado de marca colectiva, por violación del artículo 601 del Código de Comercio;

c) Acción de nulidad contra la resolución que deniega la cancelación de una marca por caducidad de la misma, que podía intentar cualquier persona, y la de plena jurisdicción contra la resolución administrativa que decrete la cancelación por caducidad, propuesta por el titular del registro;

d) El trámite administrativo para la oposición que cualquier persona puede formular contra el registro de marca, siendo éste un trámite puramente administrativo, solamente en interés de la ley. Además, encontramos de acuerdo con esta jurisprudencia las oposiciones que se formulan para tutelar un simple interés o derecho particular, no consideradas por los artículos 590 y 591 del Código de Comercio, reguladas en el numeral 17 del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil, y las de *cancelación* del registro de marcas o el depósito de patente, en cuyo caso alega el demandante la tutela de un derecho particular, acción ésta que no está contemplada en las susodichas disposiciones del Código de Comercio y que son de competencia de esta misma categoría de funcionarios";

e) En cuanto toca con la capacidad procesal, advierte el Tribunal que este punto fue decidido al fallar la excepción previa de indebida representación del demandante, en el sentido de que esa representación estaba "suficientemente acreditada", a lo cual cabe agregar que ese vicio procesal sólo puede ser alegado por la "persona afectada", no por la parte contraria, como está dispuesto por el inciso tercero del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil.

3. En seguida se ocupa el sentenciador de la acción intentada por la sociedad demandante, que es la examinada a obtener la cancelación de la marca Cerezano.

A este propósito, encuentra que, en primer lugar, la marca Cinzano era registrable, por no estar dentro de las denominaciones que son del dominio público, y que entre esta marca y la de Cerezano, aun cuando no hay identidad, puede sin embargo afirmarse que tienen tal parecido como para crear confusión en el público consumidor colombiano, poco experto por lo general en cuanto a vinos se refiere; conclusión que confirma el dictamen de los peritos Germán Calvo Villegas y Eduardo Ospina Palma.

4. Finalmente, estudia las excepciones de fondo alegadas por la sociedad demandada, o sea las de "ausencia de los presupuestos de hecho en que se fundan las peticiones de la demanda" y "abuso del pretendido derecho de la parte demandante", medios de defensa que encuentra sin asidero jurídico alguno.

III

La demanda de casación

Dos cargos formula la parte recurrente, el primero por la quinta causal y el segundo por la primera.

La Corte se limitará al estudio y al despacho del primero, que encuentra demostrado.

Primer cargo

En su planteamiento, expresa el impugnador: "lo formulo por el quinto de los motivos de casación contemplados en el artículo 368 del Có-

digo de Procedimiento Civil, esto es, por 'haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 152, siempre que no se hubiere saneado'. La causal de nulidad que invoco para efectos de este cargo es la primera de las señaladas en el citado artículo 152, y consiste en que el conocimiento del presente proceso no corresponde a la jurisdicción ordinaria, sino a la jurisdicción contencioso-administrativa. Sobra advertir que se trata de una causal de nulidad no susceptible de ser saneada, conforme a lo que expresamente reza sobre el particular el inciso final del artículo 156 del Código de Procedimiento Civil".

Para sustentar su acusación, el recurrente comienza poniendo de manifiesto que la acción de nulidad del acto administrativo que concede el registro de una marca equivale a la acción de cancelación de ese registro, pues ambas persiguen eliminar de la vida jurídica un título que confiere un derecho, advirtiendo que hoy no consagra la ley ninguna acción específica de cancelación diversa de la nulidad.

El artículo 20 del Decreto 528 de 1964, agrega, establece una cláusula general de competencia, cuando prescribe que "La jurisdicción contencioso-administrativa está instituída para definir los negocios originarios en las decisiones que tome la administración...". Esto significa que cualquier litigio que surja "por razón de una actuación de la administración pública, mediante decisión formal (decreto, resolución o providencia escrita de cualquier clase), o por virtud de operación que ejecute o hecho que materialice una actividad suya, debe ser desatada por los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa; y que correlativamente, esos litigios son enteramente extraños a las funciones propias de los jueces que ejercitan la jurisdicción ordinaria civil". En armonía con esta cláusula general de competencia sobre los actos de la administración, y como complemento de ella, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil establece que "Corresponde a la jurisdicción civil todo asunto que no esté atribuído por la ley a otra jurisdicción".

Conforme al artículo 596 del Código de Comercio, que entró a regir el 1º de enero de 1972, el Consejo de Estado conoce de la acción de nulidad, y con ella de la de cancelación, del registro de marca que se haya concedido o expedido con infracción de los artículos 585 y 586 del mismo Código. Por lo tanto, a la justicia ordinaria le quitó el Código de Comercio el conocimiento de asuntos relativos a nulidad o cancelación de títulos de propiedad industrial, dejándole exclusivamente aquéllos en que se controviertan cuestiones de derecho privado y no se hayan originado en una actividad de la administración pública, como son por ejemplo los previstos por los artículos 539, 540, 541, 554, 558, 560, 561, 597, 571, 581 y 609 del mismo Código, con lo cual dejó éste sin efecto, por imposibilidad de ser aplicados, los artículos 17, 366, 411 17 y 441 del Código de Procedimiento Civil.

En apoyo de esta conclusión, cita el recurrente a los expositores Hernando Morales y Hernando Devis Echandía, como también una providencia dictada el 11 de septiembre de 1975 por el Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Alvaro Pérez Vives.

Finalmente, se ocupa el censor en refutar la doctrina sostenida por el hoy extinguido Tribunal Disciplinario, actuando como Tribunal de conflictos de jurisdicción y competencia, citada en sentencia del 1º de febrero de 1979 de la Sala de Casación Civil de la Corte en el proceso de cancelación de la marca Gestamín, promovido por N. V. Organón contra Ignacio Espinel Múnera, doctrina consistente en la tesis de que la acción de nulidad prevista por el artículo 596 del Código de Comercio es de simple legalidad y por ello de competencia del Consejo de Estado, cuando la ejercita cualquier persona, en tanto que cuando quien la ejercita es el titular de una marca, que actúa en su interés personal, el caso se gobierna por el artículo 614 del mismo Código, por tratarse de una cuestión puramente civil, cuyo conocimiento compete a la justicia ordinaria, por medio de los jueces civiles del Circuito de Bogotá.

Examinando cada argumento del Tribunal Disciplinario por separado, expresa en síntesis el censor:

a) Que no es cierto que la controversia suscitada entre dos propietarios de marcas, a uno de los cuales le ha sido concedida la suya con anterioridad a la del otro, sea de índole exclusivamente civil, como lo afirma el Tribunal, pues antes de discutirse sobre un derecho subjetivo de cada uno de ellos, está en tela de juicio la legalidad de la resolución administrativa mediante la cual se registró la marca a favor del segundo, asunto que compete privativamente a la jurisdicción contencioso-administrativa. A más de que lo que en tales controversias se debate no consiste en que el titular de la segunda patente haya observado en frente del otro una conducta antijurídica, sino en que a dicho titular se le ha

"adjudicando o reconocido por la administración, mediante un acto administrativo que debe respetarse y acatarse mientras no sea anulado por la autoridad competente, el derecho al uso de una marca que el primero considera lesiva, primero de la ley, y luégo de sus particulares intereses".

b) Que tampoco es verdad, como lo sostiene el Tribunal con apoyo en el fallo del Consejo de Estado, en el cual se hace enumeración de las acciones que en materia marcaria adscribe el Código de Comercio a dicha corporación, que a ésta sólo compete "la acción pública de cancelación consagrada en el artículo 596, pues si quien demanda es el titular de la marca anterior, se trata de conflicto privado que decide la justicia ordinaria". La acción pública prevista en esa norma es una misma, así sea promovida por "cualquier persona" o por el titular de la marca registrada primero. La finalidad es siempre igual: que se invalide el acto administrativo que concedió por segunda vez la marca. La enunciación colectiva ilimitada relativa a los posibles demandantes comprende, desde luego, al titular del más antiguo registro.

c) Que es preciso distinguir, como lo hace el Consejo de Estado en otra sentencia citada por el Tribunal, los casos en que se debate quien tiene derecho a la marca, o quien la usó primero, los cuales competen a la justicia ordinaria, de los casos en que el *thema decidendum* es si el acto administrativo acusado fue o no fue legalmente expedido, que competen al Consejo de Estado. Pero esta conclusión, advierte el recurrente, "traiciona la filosofía que inspira la de ese mismo Tribunal, y por ello, si hubiere reparado en su sentido y alcance, o habría dejado de invocarla como apoyo de su tesis, o lo habría llevado a sostener la tesis precisamente opuesta, que es la que en esta oportunidad se defiende".

d) Que es infundada la distinción que hace el Tribunal Disciplinario entre la acción de nulidad y la acción de cancelación, atribuyendo la primera al conocimiento del Consejo de Estado, y la segunda, al de la justicia ordinaria. Se trata de una misma acción, como lo demuestra el texto del artículo 596 del Código de Comercio.

Consideraciones de la Corte

1. *La Ley 31 de 1925 y la 94 de 1931, que regulaban la propiedad industrial en lo concerniente a patentes, marcas, dibujos, nombres y modelos industriales, establecían que la jurisdicción en punto de oposiciones, cancelación de patentes o marcas, nulidad, competencia desleal y usurpación, correspondía a los jueces civiles del Circuito de Bogotá (artículos 15, 22, 37, 38, 40, 13, 66 y 73 de la primera de las citadas leyes, y 5 a 11 de la segunda).*

A raíz de la reforma judicial de 1964, la competencia de tales asuntos se atribuyó a los jueces civiles Municipales de Bogotá, y más tarde, en 1965, volvió a los jueces del Circuito de la capital.

La Ley 16 de 1968 conservó este régimen, que posteriormente fue reproducido en el Código de Procedimiento Civil, que entró a regir el 1º de julio de 1971 (artículos 17, numeral 4º del 366, numeral 17 del 414 y 444).

2. *El Código de Comercio, cuya vigencia comenzó el 1º de enero de 1972, reglamentó íntegramente, en el título II del libro 3º, artículos 534 a 618, lo concerniente a la jurisdicción en materia de asuntos relativos a la propiedad industrial, derogando toda la legislación anterior contraria.*

En dicho título II, el Código distingue claramente dos jurisdicciones opuestas: la del Consejo de Estado y la de los jueces civiles del Circuito de Bogotá, adscribiendo al uno y a los otros los correspondientes asuntos que les competen.

El artículo 567 de esa obra dispone: "La patente será nula si la invención no era patentable conforme a lo dispuesto en los artículos 534 a 538 o si la descripción no reunía el requisito del artículo 545. Si la patente se anula parcialmente, la nulidad se pronunciará en forma de limitación a las reivindicaciones. La demanda podrá instaurarse por el Ministerio Público, o por cualquier persona. En firme la sentencia, se comunicará a la Oficina de Propiedad Industrial. La competencia para conocer de la acción de nulidad corresponderá al Consejo de Estado".

Conforme al 580, "La Oficina de Propiedad Industrial, el Ministerio Público o cualquier persona podrá solicitar la nulidad del certificado de registro de un dibujo o modelo, si no son nuevos o si se refieren a alguna ventaja técnica. La competencia para conocer de esta acción corresponderá al Consejo de Estado".

Y el 596 establece: "El certificado de una marca podrá anularse a petición de cualquier persona si al expedirse se infringieron las disposiciones de los artículos 585 a 586; pero en este último caso la solicitud deberá intentarse dentro de los cinco años, contados a partir de la fecha de registro de la marca cuya cancelación se solicite. De esta acción conocerá el Consejo de Estado". (Subrayas de la Corte).

b) *Varios artículos del mismo Código asignan "al juez" la competencia para conocer de determinados asuntos relativos a la propiedad industrial.*

Así, el 539 atribuye al juez fijar el monto de una compensación a favor del trabajador que ha realizado una invención; el 543 le asigna la competencia en determinado caso de reivindicación de una invención; el 554, en caso de comunidad sobre una solicitud de patente, para fijar el precio de las cuotas; el 558, para impetrar el otorgamiento de una licencia para explotar una patente; el 560, para someter a licencia una patente en determinado caso; el 561, para fijar el monto de ciertas compensaciones relativas a patentes; el 563, para decidir sobre la terminación de ésta; el 568, para decretar ciertas medidas cautelares; el 570, para levantar tales medidas, y el 609, para impedir el uso de un nombre comercial y decretar indemnización de perjuicios.

Y por el artículo 614 ibídem se aclara que "Serán jueces competentes para los efectos de este Título, los civiles del Circuito de Bogotá, y entre éstos, aquél o aquéllos que el Tribunal Superior de Bogotá deberá designar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 16 de 1968".

3. *El artículo 596 del Código de Comercio otorga, pues, al Consejo de Estado, la competencia para conocer de los procesos sobre anulación del "certificado de una marca" expedida con infracción de las disposiciones de los artículos 585 o 586. En estas disposiciones se enumeran los casos en que una marca no puede registrarse, y entre tales casos está el de que ésta se asemeja, en forma que pueda inducir al público a error, a una registrada con anterioridad, que es precisamente el caso de este proceso abreviado.*

Pero en la demanda originaria del litigio no se pidió la anulación de la marca Cerezana, sino "Que se cancele el acto de concesión, el subsiguiente registro y el consiguiente certificado de registro de la marca número 80911 del 29 de agosto de 1973, expedidos a favor de Distribuidora Nacional de Vinos, Limitada, DIVINOR, y correspondiente a la marca que consiste en la expresión Cerezano, para distinguir Vinos, vinos espirituosos, licores, champaña, aguardientes whisky, brandy, cócteles, productos comprendidos en la clase 33 del artículo 2º del Decreto 753 de 1973". La acción de nulidad, prevista por el artículo 596, difiere de la cancelación de la marca, en forma que puede afirmarse que la primera compete al Consejo de Estado, en tanto que la segunda está adscrita a la jurisdicción ordinaria civil.

4. *El propio artículo 596 da la pauta para concluir que se trata de una sola y misma acción. Ese texto legal se refiere primeramente a la Nulidad del certificado de una marca y en seguida a la Cancelación del registro de la misma. Ocurre en esta materia lo mismo que sucede en materia civil: la nulidad se predica de los actos jurídicos y, una vez judicialmente pronunciada, impone como consecuencia la cancelación de la escritura y su registro. Los actos jurídicos no se cancelan, sino se anulan, y el instrumento que los contiene se cancela, porque ya no ampara una declaración de voluntad jurídicamente eficaz.*

En materia administrativa ocurre lo propio. Lo que es objeto de nulidad es el acto administrativo que otorgó la propiedad industrial sobre la marca, y lo que se cancela es el certificado de la misma y su registro. La acción, por lo tanto, es la misma, ya se la califique de anulación o de cancelación. En realidad, se trata de dos pretensiones complementarias.

5. *A juicio de la Corte, no cabe duda de que la acción de nulidad de la resolución que otorga el derecho a una marca y la acción de cancelación del certificado de éste y su registro, son de la competencia del Consejo de Estado y no de la jurisdicción ordinaria civil. Cuandoquiera que el actor pretenda que se invalide el acto administrativo que concedió la marca, aunque invoque derechos subjetivos que le han sido violados por el uso ilegítimo de la misma, forzosamente debe proponer su acción ante el Consejo de Estado, porque lo que está en tela de juicio es la legalidad de la resolución que concedió la marca, por ser violatoria del artículo 586 del Código de Comercio.*

De aquí que el artículo 612 de la misma obra prevea la intervención en el proceso administrativo del titular de la marca cuya anulación o cancelación se pide: "Los procesos relativos a la propiedad industrial que sean de competencia del Consejo de Estado se tramitarán mediante el procedimiento ordinario de lo contencioso administrativo. Si se demandare la nulidad de un acto generador de una situación individual y concreta, se notificará personalmente al titular de aquélla antes de la fijación en lista. Si alguna de las partes lo pide se celebrará audiencia pública".

Y el hecho de que la acción de nulidad o cancelación de una marca, prevista por el artículo 596 del Código, pueda intentarse por "cualquier

persona", no significa en manera alguna que si es intentada por el titular de la marca concedida anteriormente ya no se trata de cualquier persona, pues es evidente que en esa denominación genérica e impersonal está comprendido dicho titular. La acción no varía, sea quien fuere el que la intente.

6. En este proceso abreviado se ha pedido la cancelación, esto es, la anulación, invalidación o aniquilamiento del acto administrativo que concedió el derecho a la marca Cerezano, por asemejarse a la marca Cinzano en forma que puede inducir al público a error. La justicia civil no es competente para conocer de esta acción. La competencia la tiene privativamente el Consejo de Estado, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 596 del Código de Comercio. Por lo tanto, se configura la causal de nulidad procesal prevista por el numeral 1º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, la cual no es saneable, según el inciso final del 156 ibidem, y constituye el quinto de los motivos de casación previstos por el artículo 368.

El cargo, por lo tanto, prospera.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia objeto del recurso extraordinario, proferido en este proceso abreviado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y en su lugar DECLARA NULA toda la actuación surtida en el proceso a partir del auto admisorio de la demanda.

Costas ambas instancias son de cargo de la parte demandante.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Luis W. Mora Benavides
Secretario.

CONTRATO DE REASEGURO

El reasegurador que paga al asegurador, al producirse el siniestro asegurado, lo que está obligado a pagarle conforme al contrato de reaseguro, está pagando su propia deuda sin que nada tenga que ver, por su calidad de tercero, en el contrato celebrado entre el asegurador y el asegurado.

Por consiguiente, el reasegurador no se subroga legalmente en los derechos del asegurador frente al responsable del siniestro; ni el asegurador al recibir el pago queda privado del derecho que le otorga el artículo 1096 del Código de Comercio.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
José María Esguerra Samper.

Bogotá, D. E., marzo 31 de 1981.

Antecedentes

Daniel Gómez Quiroga adquirió en los Estados Unidos de Norteamérica unas mercancías, consistentes en repuestos o partes para vehículos automotores por valor de 19.614,88 dólares y las confió para su transporte desde Nueva York hasta Santa Marta a la Flota Mercante Grancolombiana, como aparece de la factura comercial número L-342 y el conocimiento de embarque número 13603.

Las mercancías de que se trata no llegaron a Santa Marta, según se hizo constar en el certificado de pérdida definitiva número ST-3655 del 10 de agosto de 1976 y en los documentos expedidos por la Empresa Puertos de Colombia y por el Administrador de la Aduana Interior de Bucaramanga, ciudad ésta que era el destino final de las mercancías objeto del contrato de transporte. Sin embargo, como Gómez Quiroga las había asegurado con "La Libertad", "Compañía de Seguros Generales S. A.", solicitó y obtuvo de ésta el pago del siniestro el 5 de octubre de 1976, por un total de $ 726.000.00.

Por consiguiente, al tenor del artículo 1096 del Código de Comercio, la compañía aseguradora se subrogó en el derecho de Gómez Quiroga a reclamar de la Flota el valor de las mercancías perdidas y que ésta se había obligado a transportar y a entregar a su dueño en el puerto de destino.

Con apoyo en estos hechos, "La Libertad" demandó a la "Flota Mercante" para que, como responsable del incumplimiento de sus obligaciones de transportadora, fuese condenada al pago del valor de las mercancías perdidas que aquélla a su vez había pagado a Gómez Quiroga, junto con sus intereses comerciales a la tasa del tres por ciento mensual a partir del 5 de octubre de 1976 y las costas del proceso.

Como anexos a la demanda se acompañaron pruebas que acreditan la existencia y la representación legales de las sociedades demandante y demandada, el embarque en Nueva York de las mercancías en el vapor "Ciudad de Cúcuta" de Flota, la pérdida o no arribo de éstas a Santa Marta y el pago efectuado por la Libertad a Gómez Quiroga como indemnización del siniestro asegurado.

La empresa demandada dio respuesta al libelo oponiéndose a las súplicas de la parte actora, negó que fuese responsable de la pérdida de los bienes objeto del transporte y manifestó que el "dueño de la mercancía recibió su valor expresado en el quantum del seguro" y que además, "la compañía aseguradora fue reembolsada a su turno por la compañía reaseguradora, quien no es propiamente aquí la actora". Finalmente agregó que no era cierto "que haya sido Bucaramanga la ciudad destinataria de la mercancía sino el puerto de Santa Marta, por cuanto la Flota nunca se compromete a transporte de mercancías por vía terrestre".

Culminó la primera instancia con el fallo proferido por el juzgado de conocimiento el 29 de noviembre de 1978, en el que se despacharon favorablemente todas las súplicas de la demanda. La apelación que contra esa decisión interpuso la Flota, fue resuelta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en su sentencia del 22 de enero de 1980, confirmatoria de la de primer grado.

Corresponde ahora a la Corte decidir el recurso de casación que interpuso la sociedad demandada contra la sentencia del Tribunal.

Motivación del fallo impugnado

Luego de compendiar la actuación y de considerar que ésta se halla libre de vicios y además que cabía proferir fallo estimatorio, dice el sentenciador que la acción propuesta por la parte actora "se encuentra consagrada en el Libro 5º, la parte, Capítulo 3º del Título 9º del Código de Comercio actualmente en vigencia, más concretamente en los artículos 1597 y siguientes de tal obra".

Hace en seguida breve recuento de los principios a que está sujeto el contrato de transporte de mercancías y a la responsabilidad que cabe al transportador, la que abarca hasta la culpa leve, que se presume "en determinadas circunstancias", y a los casos en que puede exonerarse de ella. "En este orden de ideas —afirma el Tribunal—, se debe llegar a la siguiente conclusión:

"Según lo dispuesto por el Código de Comercio debe deducirse que el transportador se obliga para con el destinatario a entregar las cosas transportadas o a cubrir la indemnización correspondiente.

"Pero, aún más, el transportador puede llegar a ser responsable ante el asegurador, cuando el contrato de transporte, legalmente celebrado, se desarrolla amparada la conducción con un seguro de transporte".

A renglón seguido expresa que esa responsabilidad se presenta cuando el asegurador paga al asegurado la indemnización correspondiente, "ya sea por cesión del derecho o sin necesidad de ella, en virtud del ordenamiento legal que así lo impone (artículo 1096 del Código de Comercio), para exigir a los terceros autores del siniestro el pago de tal indemnización, mediante la subrogación en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro".

Sobre las bases expuestas y de acuerdo con las pruebas que obran en los autos, el Tribunal concluye que la Flota Mercante Grancolombiana es responsable de la pérdida de la mercancía importada por Daniel Gómez Quiroga, y que por tanto, "La Libertad", al haber pagado el seguro correspondiente, se subrogó por ministerio de la ley en los derechos del asegurado para con la Flota.

Respecto de las excepciones propuestas por la parte demandada, dice el fallador que la de prescripción debe rechazarse por haber sido alegada extemporáneamente. En cuanto a la falta de legitimación en causa que, apoyada en el hecho de haber recibido la compañía aseguradora de la reaseguradora el valor que aquélla pagó al asegurado, agrega que aunque esa circunstancia ha debido ser alegada como medio de defensa dentro del traslado de la demanda, sin embargo, cabe estudiarla, por tratarse de excepción de fondo "que conforme al artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, debe ser reconocida oficiosamente cuando el juzgador halle demostrados los hechos que la sustentan".

Pasa en seguida a hacer algunos comentarios sobre la subrogación legal que se produce en estos casos y dice que "los derechos contra las personas responsables del siniestro se traspasen a su favor en el *momento del pago* (subraya el fallador) por ser el tercero que efectúa la prestación del acreedor. Si el reasegurador le reembolsa el valor de la indemnización, por tal hecho no pierde el asegurador la titularidad de la acción, puesto que a éste no se extienden los efectos de la subrogación, ya que en tratándose de consagración expresa en el texto de la ley, no es viable la analogía".

Agrega en seguida que son "principios universales, propios del contrato de reaseguro, que la reaseguradora corra la suerte del asegurador, como que sus relaciones son de buena fe; por ello, la aseguradora recibe el valor de la indemnización de manos del reasegurador en la proporción del riesgo que a ésta corresponde y le reintegra los recobros que obtenga en la misma proporción.

"Naturalmente, el reembolso que el reasegurador hace al asegurador produce efectos que están regulados por el contrato respectivo, pero ellos vinculan, exclusivamente a las partes, dada la naturaleza misma de este negocio jurídico. El reasegurador corre por su cuenta la parte convenida del riesgo y si éste acaece debe pagar la proporción a su cedente en cumplimiento de

la obligación principal. En reciprocidad, aparte de la prima correspondiente, en todos los casos la cedente (aseguradora que cede el riesgo) debe ejercitar las acciones contra los responsables del siniestro y abonarle en cuenta a aquélla la proporción que le corresponda según la liquidación del siniestro, descontando los gastos judiciales y otros costos del salvamento que así mismo corran por cuenta del reasegurador en la proporción que radica en su cabeza".

De lo anterior concluye el Tribunal que "el que exista o no reaseguro para un riesgo determinado, sólo importa a las partes de tal contrato, porque como dispone el artículo 1135 del Código de Comercio, el reaseguro no es un contrato a favor de terceros, por lo cual inclusive el asegurado carece de acción directa. De lo anterior se infiere que mal podría una compañía aseguradora abstenerse de pagar los siniestros a su cargo alegando carencia de reaseguro para determinado caso y, por lo tanto, la subrogación a favor del asegurador quedó extinguida.

"La regulación de estas relaciones —prosigue el fallador— son (sic) completamente independientes de las características típicas de la subrogación atrás comentadas. Corresponde al asegurador que efectúa el pago el ejercicio de las acciones contra los responsables de la ocurrencia del siniestro, porque él es el subrogatario desde el momento mismo en que efectúa el pago y sólo a él por ministerio de la ley, de lo cual se deduce que la defensa planteada debe declararse no demostrada y por ende ha de desecharse también.

"Aplicación del artículo 1031 del Código de Comercio: norma esta de carácter general dentro del contrato de transporte. En el caso de autos rige el artículo 1096 del Código de Comercio, que determina que el asegurador se subroga hasta el importe pagado al indemnizar al asegurado, suma esta que es precisamente por la cual se ha demandado, sin que por otro lado la sentencia recurrida haya violado el precepto invocado por el recurrente, pues se condenó a pagar como perjuicios la suma producida por el capital, como intereses, que conforme al Código Civil es la indemnización, cuando lo debido es una suma de dinero".

El recurso de casación

Ocho cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los siete primeros por la causal primera y, el último, por la segunda, el que por lógica debe despacharse antes que los restantes.

Octavo cargo

La censura estima que el fallo impugnado adolece de incongruencia, por cuanto omitió hacer pronunciamiento en cuanto a la "primera declaración solicitada en la demanda, y de una vez condena a la Flota, sin haber declarado previamente su responsabilidad, a reembolsar en favor de la 'Libertad de Seguros'... lo que ésta pagó a Daniel Gómez Quiroga. Con lo cual queda sin soporte la condena".

A renglón seguido afirma, para fundamentar su acusación, que el Tribunal condenó a la Flota a pagar una cantidad de dinero por concepto de una indemnización, sin que previamente se la hubiera declarado responsable del daño de cuya indemnización se trata, lo cual significa "reconocer la categoría de acreedor de la Libertad de Seguros para legitimarla en la acción al reembolso del siniestro pagado, sin previa declaración de quién era la persona del deudor, por habérsela hallado responsable del siniestro".

Se considera

Es cierto que en la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, confirmada totalmente por el Tribunal, no se hizo expresamente la declaración pedida en la primera súplica de la demanda, tendiente a que se reconociera la responsabilidad contractual de la Flota por la pérdida de la mercancía que Daniel Gómez Quiroga le confió para su transporte de Nueva York a Santa Marta. Y es verdad también que no obstante esa omisión, a Flota fue condenada al pago a favor de la Libertad del valor del siniestro asegurado que ésta a su turno satisfizo al asegurado.

Sin embargo, el cargo en estudio no puede prosperar porque, "en el supuesto de que la sentencia del Tribunal fuera incongruente por el motivo apuntado —ha dicho la Corte— es lo cierto que el demandado carece de interés jurídico para impugnarla en casación, con fundamento en que al demandante no se le decidieron todas sus peticiones, y esa falta de interés hace necesariamente imprósperа la censura. 'Es vano el cargo por incongruencia —tiene dicho la Corte— cuando la sentencia está acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, si quien convoca la causal segunda por tal motivo no es esta parte sino el demandado, a quien no perjudica esa incon-

sonancia' (LXXXIX, 855; LXXXIV, 400)". (CXXXVII, página 37, casación civil 21 de enero de 1971. En idéntico sentido, casación civil, 8 de febrero de 1963, CI, página 59).

Tal es exactamente la situación que aquí se presenta. El recurrente carece por completo de interés jurídico para alegar la incongruencia a que se refiere el cargo, la que sólo habría podido plantear la parte demandante que formuló la súplica sobre la que los sentenciadores de instancia dejaron de proveer.

No prospera la acusación.

Primer cargo

Se acusa la sentencia de violación indirecta de los artículos 981, 1578, 1019, 1021, 1550, 1638 y 1642 del Código de Comercio, por falta de aplicación, y 982, 1030, 1600, 1606 y 1643 *ibidem*, por aplicación indebida, a consecuencia del error de derecho en que incurrió el Tribunal "en la apreciación de la prueba de la celebración del contrato de transporte, consistente en la copia del conocimiento de embarque presentado por el demandante con su libelo de demanda y traducido durante la segunda instancia".

Dice el recurrente que al apreciar esa prueba, el sentenciador violó el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, que señala los únicos casos en que una prueba documental puede allegarse en copia, casos que no se dieron en este proceso. Afirma, así mismo, que esa prueba que ataca por el motivo indicado tiene el carácter de trascendental, como que según el artículo 1578 del Código de Comercio exige que el contrato de transporte se haga constar por escrito.

"No pudiéndose apreciar como prueba escrita del contrato de transporte la copia del conocimiento de embarque presentada por el demandante agrega la censura— ni pudiendo, en su ausencia, sustituirse por otras pruebas, ni siquiera por la confesión, por así prescribirlo el ordinal tercero del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, no podía tenerse por demostrado dicho contrato".

Y más adelante agrega: "Tal error de derecho llevó al Tribunal a violar las antes citadas disposiciones de carácter sustancial sobre la celebración, la prueba, los efectos y las consecuencias por incumplimiento de un contrato de transporte, así: No aplicó el artículo 981... que, aunque define el contrato de transporte como de carácter consensual, requiere que su prueba se ajuste a lo dispuesto por las reglas legales, y por lo tanto, el artículo 1578... que en consonancia con aquél exige que el contrato de transporte marítimo se pruebe por escrito; y el 1019 que prevé la expedición de un original negociable de la carta de porte o conocimiento de embarque o póliza de embarque que el transportador entregará al remitente, dejando para sí, si lo desea, un duplicado no negociable de dicho documento; y el artículo 1021, que preceptúa que la carta de porte o conocimiento de embarque hace fe de la celebración del contrato... Y violó, por último, inaplicándolo, el artículo 1642... que establece que solamente el tenedor en legal forma del original del conocimiento de embarque firmado tiene derecho para solicitar la entrega de las mercaderías transportadas o la indemnización por el equivalente en caso de pérdida".

Segundo cargo

Según el recurrente, el sentenciador violó, por falta de aplicación, los artículos 981, 1578, 1019, 1021, 1603, 1630, 1650, 1638 y 1642 del Código de Comercio, y 982, 1600 y 1643 del mismo código, por haberlos aplicado indebidamente, y que tal quebranto obedeció a error de hecho en la apreciación de las siguientes pruebas:

a) Las facturas de compraventa de los repuestos de automóvil;

b) El documento de conocimiento de embarque;

c) El manifiesto de importación;

d) Los registros de Incomex;

e) Los certificados de la Aduana de Bucaramanga;

f) El certificado de Puertos de Colombia, y

g) "El recibo de consignación o cuenta F'235716-1, que obra a folios 11 del cuaderno número 1 y 20 del cuaderno número 2".

A su juicio, tales documentos no constituyen prueba de la celebración del contrato de transporte objeto del debate ni tampoco demuestran que a la demandada se le hubiesen entregado para su embarque y transporte las mercancías que en algunos de aquéllos aparecen detalladas.

Tercer cargo

Se acusa la sentencia por "violación indirecta de la ley sustancial contenida en los artículos

1030 y 1643 del Código de Comercio, por error de derecho en la apreciación de la prueba consistente en el certificado de pérdida definitiva atribuido a la sociedad denominada Transportadora Grancolombiana Ltda.... y error de hecho en la apreciación de los certificados de la aduana... y de Puertos de Colombia...".

La violación denunciada se hace consistir en la aplicación indebida de las mencionadas normas.

El error de derecho consiste, opina la censura, en que el Tribunal apreció como prueba el certificado de las mercancías, emanado de un tercero, sin que se hubieran cumplido los requisitos que al efecto establece el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil. Al efecto, pone de presente que el documento en cuestión no fue reconocido por su otorgante, ni se ordenó tenerlo por reconocido, ni su autenticidad fue establecida por otros medios y, así mismo, que tampoco fue ratificado con las formalidades propias del testimonio.

to... (sic) del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas". (LXXXIII, página 76). (En igual sentido, entre muchas otras, casación civil 7 de julio de 1971, CXXXIX, página 38; CXIII, página 186.)

De otro lado, en lo que respecta al primer cargo, conviene observar que si bien el conocimiento de embarque que aparece a folio 14 del cuaderno número 1, es una fotocopia, como lo asevera el recurrente, a folio 19 vuelto, obra una constancia del secretario del Tribunal que la autenticó, junto con otros documentos originales que fueron remitidos oficiosamente por el juez *ad quem* al Ministerio de Relaciones Exteriores para ser traducidos oficialmente, y además, que a folio 11 del cuaderno del Tribunal aparece el original del documento en cuestión debidamente firmado por la Grancolombiana, junto con su traducción.

Finalmente, el fundamento del ataque formulado en el tercer cargo, como ocurre con los dos anteriormente estudiados, es también un típico medio nuevo de casación. En las instancias la parte demandada jamás puso en duda que la Flota hubiera recibido para su transporte las mercancías que le fueron entregadas al efecto ni la pérdida que éstas sufrieron, ni menos aún que tales hechos no estuvieron demostrados en el proceso.

Se rechaza la acusación.

Cuarto cargo

Viene formulado por violación directa de los artículos 1625, 1626, 1666, 1667, 1668 y 1670 del Código Civil; 2º, 822, 1134, 1136 y 1083 del Código de Comercio, por falta de aplicación, y 1096 *ibidem* por interpretación errónea.

Según el recurrente, es un hecho indiscutido en el proceso que La Libertad tenía un reaseguro con otra compañía y que ésta pagó a aquélla el valor de la indemnización correspondiente a la pérdida de las mercancías transportadas por la Flota, pago por subrogación que, según los artículos 1625, 1626 y 1666 del Código Civil, "extinguió la obligación frente a la aseguradora". Afirma en seguida que como en ese caso tuvo lugar la subrogación legal, el sentenciador le recortó erróneamente su verdadero sentido al artículo 1096 del Código de Comercio, al tenor del cual "el asegurador (y el reasegurador lo es del asegurador)", que pague una indemnización se subrogará legalmente en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro".

De lo que en resumen se deja expuesto, concluye el recurrente que "si la compañía reaseguradora pagó el valor del siniestro en su integridad a la compañía aseguradora, se subrogó no sólo en la totalidad del crédito que le canceló a la aseguradora, sino en las 'acciones'... y si a la compañía aseguradora le fue pagado todo por la reaseguradora, como aquella misma lo confiesa, no le quedaba ningún resto por el cual accionar contra la persona señalada como responsable del siniestro".

Luego de hacer algunos comentarios sobre la naturaleza del reaseguro y de insistir en que cuando al reasegurador paga al asegurado el valor del siniestro que aquél, a su turno pagó al asegurado, se subroga por ministerio de la ley en todos los derechos de éste, asevera que como el asegurador pierde el derecho a reclamar dicho pago el responsable correspondiente, el Tribunal, al haber accedido a las súplicas de la demanda formulada por la aseguradora, desconoció las normas legales cuyo quebranto señala.

Se observa

Se echa de menos en este cargo la acusación del artículo 1135 del Código de Comercio, que fue el principal apoyo legal que adujo el sentenciador para negar el efecto liberatorio respecto de la demandada que, según ésta, produjo el pago que hizo la compañía reaseguradora a

la demandante. Muy claramente dijo a este respecto el Tribunal:

"Por otra parte, el que exista o no reaseguro para un riesgo determinado, sólo importa a las partes de tal contrato, porque como dispone el artículo 1135 del Código de Comercio, el reaseguro no es un contrato a favor de terceros, por lo cual inclusive el asegurado carece de acción directa. De lo anterior se infiere que mal podría una compañía aseguradora abstenerse de pagar los siniestros a su cargo, alegando carencia de reaseguro para determinado caso y, por lo tanto, la subrogación quedó excluida".

Haciendo caso omiso de ese defecto, se procede a estudiar la acusación.

El artículo 1096 del Código de Comercio dispone en su primer inciso que "el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieron hacer valer contra el damnificado".

Los artículos 1134 y 1135, referentes al reaseguro, preceptúan, en su orden, que el "reasegurador contrae para con el asegurador directo, en la proporción convenida, las mismas obligaciones que éste contrae para con el asegurado, y comparte la suerte de él en el desarrollo del contrato principal. Este principio no surtirá ningún efecto si se acredita la mala fe del asegurador". "El reaseguro no es un contrato a favor de tercero. El asegurado carece, en tal virtud, de acción directa contra el reasegurador, y éste de obligaciones para con aquél".

Debe destacarse que no hay norma legal alguna que disponga expresamente que el reasegurador que paga al asegurador se subroga en los derechos a que ésta le confiere el citado artículo 1096. En cambio, cuando hay pluralidad de aseguradores o coseguros, esa subrogación, sí se produce, como se verá más adelante, pero esos casos son enteramente distintos al del que aquí se trata. En éstos, hay un solo contrato: el de seguro. En cambio, cuando hay reaseguro, se presentan dos contratos diferentes, aunque estrechamente vinculados entre sí; el uno, es accesorio del otro, porque no se concibe un reaseguro sin un seguro previo o, al menos, concomitante.

Como conclusión de lo anterior, es claro que el Tribunal no interpretó erróneamente el artículo 1096 del Código de Comercio, al haberlo considerado inaplicable al caso de que el reasegurador cumpla con la obligación que le impone el contrato de reaseguro para con el asegurador.

Es sabido que hay dos clases de subrogación: la convencional y la legal, y que esta última sólo tiene lugar cuando existe un texto expreso que la consagre, sin que sea dado aplicarla por analogía a otros casos, como lo ha dicho la Corte (IX, página 234) y lo exponen Ospina Fernández (Régimen general de las obligaciones, Ed. Temis, Bogotá, 1976, página 470), Alessandri y Somarriva (Derecho civil, Ed. Nascimiento, Santiago, 1941, Tomo III, página 337) y Josserand (Cours de Droit Civil Positif Francois, Ilce. Sirey Paris, 1933, Tomo II, número 877, página 473). Esa figura jurídica, consagrada por ejemplo en los artículos 1096 del Código de Comercio y 1668 del Código Civil, está definida por el artículo 1976 de este último de la siguiente manera: "La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga". El pago efectuado en esa forma no extingue la obligación sino que se limita a traspasar a favor del solvens todos los derechos del acreedor, quedando en todo caso a cargo del deudor el deber de ejecutar la prestación a su cargo.

El artículo 1668 ibidem enumera ciertos eventos en que la subrogación se efectúa por ministerio de la ley y aun contra la voluntad del acreedor, señalados en sus seis numerales; casi todos los cuales tienen en común la existencia de un vínculo jurídico previo, directo o indirecto, entre el acreedor y el tercero que paga. Tales son los casos del que paga a un acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca; del que compra un inmueble y se obliga a pagar a los acreedores con garantía hipotecaria sobre el mismo; del que satisface una deuda a que se halla obligado como deudor solidario o como fiador; del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia; y del "que ha prestado dinero al deudor para el pago, constando así en escritura pública del préstamo, y constando además en escritura pública del pago haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero". En todos estos eventos la existencia de la expresada relación jurídica previa es indudable, como se deduce de su simple enunciación. En algunos de ellos, el que paga está obligado personalmente a efectuar el pago, en otros, si no lo está, al menos sus bienes se encuentran afectos a ese pago y de ahí su interés en hacerlo.

En cambio, la situación a que se refiere el numeral 5º del artículo que se comenta, es diferente; en ella no existe relación jurídica alguna entre el deudor y quien paga la deuda a cargo del mismo. El mencionado numeral dice así: "Del que paga una deuda ajena (se subraya), consistiéndolo expresa o tácitamente el deudor". En este caso, quien hace el pago no tiene obligación alguna de efectuarlo, precisamente por ser deuda ajena a cuya satisfacción no está ligado en forma alguna. La subrogación en este evento la establece la ley con el fin de evitar un enriquecimiento sin causa de parte del acreedor, puesto que de no haberla, éste habría obtenido la satisfacción de su derecho crediticio y conservaría la facultad de cobrárselo al deudor.

No sobra repetir que el pago por subrogación deja vigente la obligación a cargo del deudor para extinguir los derechos crediticios del primitivo acreedor, los cuales pasan, junto con sus privilegios e hipotecas, a quien efectuó el pago. El deudor, por consiguiente, no queda libre de su obligación cuando el pago se efectúa en esa forma; para él, lo que ha ocurrido es simplemente un cambio de acreedor. Tampoco sobra decir de nuevo que el solvens de la deuda ajena no tiene obligación alguna de efectuar el pago, ni para con el acreedor, ni para con el deudor de la misma.

En el caso sub judice el recurrente afirma que por razón del pago que pudo haber efectuado la reaseguradora al asegurador cuando se produjo el siniestro (pérdida total de las mercancías aseguradas y que habían sido objeto del contrato de seguro), el derecho a cobrar la indemnización correspondiente se desplazó del asegurador a la reaseguradora, y que por consiguiente es ésta y no aquélla quien tiene derecho a cobrarla al responsable, es decir, a la compañía transportadora.

Las expresiones del numeral 5º que se comenta, acerca de que la subrogación legal se efectúa en favor de un tercero, paga una deuda ajena, ponen de presente en forma muy clara que el "solvens" no tiene ninguna vinculación jurídica previa ni directa ni indirecta con el acreedor; que no está obligado a satisfacer la prestación a cargo del deudor y que sin embargo, éste consiente expresa o tácitamente en que el tercero haga el pago. Tal consentimiento debe demostrarse, por un acto que lo revele, en el primer caso, o por circunstancias que permitan inferirlo, en el segundo. En todo caso, el pago debe hacerlo el tercero con su propio dinero, puesto que si al efecto lo ha recibido del deudor, lo que ocurre es que está cumpliendo un mandato conferido por éste (XCIV, página 75).

Cuando el tercero paga la deuda contra la voluntad del deudor, ésta se extingue y el que ha efectuado el pago "no tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado" (artículo 1632), lo que descarta por completo la subrogación legal. No obstante, el acreedor está facultado para cederle voluntariamente su acción contra el deudor, lo que comporta una subrogación convencional.

En el caso concreto del reaseguro, la situación es del todo diferente, pues si bien el reasegurador es un tercero en el contrato celebrado entre el asegurador y el asegurado, cuando se produce el siniestro y a consecuencia de ello paga el asegurador lo que según el contrato de reaseguro está obligado a pagarle, está pagando deuda propia, *en este caso el reasegurador sí está obligado a pagar la prestación a su cargo derivada del contrato de reaseguro y por consiguiente no está satisfaciendo una deuda ajena, aunque para él lo sea la del asegurador para con el asegurado.*

En consecuencia, el pago hecho por el reasegurador al asegurador por razón del reaseguro, en caso de siniestro, no priva al asegurador del derecho que le otorga el artículo 1096 del Código de Comercio.

Es apenas natural y consecuencia propia de que a la ley repugna el enriquecimiento sin causa, que si el asegurador obtiene el reconocimiento total o parcial de la indemnización que ha tenido que pagar el asegurado, por razón de la ocurrencia del siniestro, en una misma proporción o en la pactada en el contrato de reaseguro, tendrá que hacer el correspondiente reembolso a la reaseguradora de lo que haya recibido de éste por aquel concepto. No en otra forma puede entenderse la expresión del artículo 1134 del Código de Comercio de que el reasegurador comparte la suerte del asegurador.

Para mayor claridad conviene repetir que la obligación del asegurador para con el asegurado es distinta de la del reasegurador para con aquél y que ambas tienen su fuente en contratos diferentes. De consiguiente, si el reasegurador paga, no está extinguiendo la obligación a cargo del asegurador, sino la que existe a su propio cargo. Ese pago no extingue, pues, la obligación derivada del contrato de seguro ni lo subroga, como atrás quedó dicho, en los derechos de éste en frente del responsable del siniestro

como ocurre en la hipótesis prevista en el artículo 1096 del Código de Comercio.

En consecuencia, el sentenciador hizo bien en dejar de aplicar al caso *sub judice* las normas del Código Civil que indica la censura, con lo cual no las quebrantó.

No prospera el cargo.

Quinto cargo

Está formulado así: "Violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea de los artículos 1134, 1135, 1136 y 1096 del Código de Comercio, interpretación errónea que llevó a dejar de aplicar los artículos 1097 y 1098 del mismo código".

Según el recurrente, el Tribunal malinterpretó esas normas legales "que tratan del reaseguro y de la subrogación legal del reasegurador y que se encuentran incluidas todas ellas en el capítulo denominado 'Seguros de Daños' ", por no haber tenido en cuenta que el prefijo re-indica la repetición de la acción, y que "por tanto, antepuesto a la palabra 'asegurar', significa el contrato mediante el cual se asegura de nuevo lo ya asegurado". Y agrega que esa mala interpretación comporta el desconocimiento o falta de aplicación del artículo 28 del Código Civil en cuanto al significado que tienen las palabras, que es el que debe dárseles.

Para no traicionar el pensamiento un tanto confuso del recurrente, la Sala se ve precisada a transcribir en seguida los principales apartes de la fundamentación del cargo.

"Interpretación desde todo punto de vista equivocada, que el propio artículo 1136, leído también con algún cuidado, se encarga de dejar sin piso, cuando dice que los preceptos contenidos bajo el título "Reaseguro", son supletivos frente a las convenciones acabadas entre la compañía de seguros y sus reaseguradoras, "*salvo los de orden público y los que dicen relación a la esencia del contrato de seguro*", como quien dice los que consagran principios que hacen parte de la esencia del contrato de seguro y de su desarrollo y aquéllos que de no tenerlos en cuenta repugnaría al interés social.

"Es de la esencia del contrato de seguro que el asegurador adquiera por el mismo hecho de contratar la facultad de la subrogación legal de que habla el artículo 1096 en los derechos y acciones del beneficiario de un seguro, en el evento de que ocurra el siniestro y se asuma la indemnización contra los responsables del mismo; derecho consagrado por el artículo 1096 del Código de Comercio, en favor de todo asegurador, sin distinciones, que no puede hacer el intérprete y pretender hacerle esa distinción es interpretarlo erróneamente, yerro de análisis cometido por el Tribunal, cuando dijo: 'Corresponde al asegurador que efectúe el pago al ejercicio de las acciones contra los responsables de la ocurrencia del siniestro, porque él es el subrogatorio desde el momento mismo que efectúe el pago y *sólo a él por ministerio de la ley*' (subrayo). Párrafo que, sin mencionarlas, sugiere que el reasegurador de que tratan los artículos 1031 del Código de Comercio, no es subrogatorio de la acción del 1096, mal interpretando estas tres normas.

"Por lo tanto, y por obra de la desviada interpretación que hizo el fallador de segunda instancia de las normas del Código de Comercio que regulan el contrato de reaseguro como un seguro de daños, en el que existe una mayor libertad contractual para las partes, pero en el que el reasegurador no deja de ser asegurador y como tal titular de la facultad subrogatoria (1096); interpretó también erróneamente el artículo 1135 del Código de Comercio, que priva al asegurado o beneficiario de acción directa contra el reasegurador y que indica que éste no adquiere obligación frente a aquél, cuando sugiere, al no revisar el *a quo* (folio 57, *in fine*, cuaderno número 1) que de este principio se infiere también que en ningún caso el reasegurador podría accionar contra el causante del daño, lo cual es inexacto, tratándose de recobro del siniestro, recobro que en ningún caso podría prohibir la ley al reasegurador cuando él es en últimas quien asume la indemnización del siniestro ocasionado por el responsable. En efecto, entiende bien el Tribunal cuando explica que por virtud del artículo 1135 un asegurador no se puede negar a pagar un seguro alegando falta de reaseguro. Es también cierto afirmar que nunca el beneficiario de un seguro puede demandar directamente al reasegurador. Pero yerra al deducir que, como ya lo dije, el reasegurador que haya pagado un siniestro no puede demandar a la persona responsable del mismo; y, por consiguiente, si lo desea, *comisionar o cederle su acción de recobro* a la propia compañía aseguradora o a un tercero, debiendo estos últimos, al demandar, anunciar su calidad de tal y probarla".

A continuación agrega que tales errores de interpretación llevaron al Tribunal a no tener

en cuenta lo que dispone el artículo 1097 del Código de Comercio que protege a la reaseguradora de la posibilidad de que la aseguradora renuncie a reclamar al responsable del siniestro el valor de la indemnización que tuvo que pagar el asegurado, ni tampoco lo que estatuye el artículo 1096 *ibidem* "que obliga a la aseguradora que haya trasladado el riesgo a la reaseguradora a poner todo cuanto esté a su alcance para facilitarle el ejercicio de los derechos derivados de la subrogación; incluso en constituirse en su cesionaria o mandataria para el recobro".

"En cambio sí es violatorio del orden público —asevera el impugnante—, para los efectos del artículo 1136 del Código de Comercio, dejar la puerta abierta para que al responsable de un siniestro lo demande la aseguradora, aunque ya haya sido indemnizada, alegando 'un contrato de buena fe' con la reaseguradora que la indemnizó, y lo demande posteriormente también la reaseguradora, alegando que el primer pago fue mal hecho al responsable del siniestro, ya le constaba quién era el actual acreedor por subrogación, y alegando también que la compañía aseguradora no le cumplió el contrato de reaseguro del cual, entre otras, el responsable es un tercero".

Considera la Corte

Este cargo, en esencia, acusa el fallo del Tribunal por haber interpretado erróneamente los artículos 1136 y 1096 del Código de Comercio, los cuales disponen, en su orden, lo siguiente:

Que los preceptos del código relativos al contrato de seguro en general, se aplican al contrato de reaseguro en defecto de estipulación contractual que no afecte el orden público ni la esencia del contrato de seguro, y que el asegurador que paga una indemnización se subroga legalmente en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro.

Se trata, pues, de saber si la disposición del artículo 1096 debe o no aplicarse al contrato de reaseguro que celebraron La Libertad y "Unione Italiana di Riassicurazioni" (cuaderno número 3, folios 13 y siguientes). En caso afirmativo, la reclamación al responsable del siniestro tendría que hacerla la compañía reaseguradora; en caso negativo, solamente la compañía aseguradora puede efectuar esa reclamación.

Para resolver la cuestión, es preciso examinar si hubo "defecto de estipulación contractual" en el contrato de reaseguro, respecto de la subrogación legal de que trata el artículo 1096, o dicho con otras palabras, si lo dispuesto en ese artículo fue descartado por las partes reaseguradora y aseguradora; pues de haber sido así, el artículo 1096 *no* sería aplicable al reasegurador, según disposición expresa del artículo 1136.

A folios 14 y 16 del cuaderno número 3 obra el contrato de reaseguro celebrado entre las dos compañías arriba citadas. En el artículo III, número 2, se lee: "La responsabilidad del *reasegurador* respecto a las operaciones que entran en el contrato comienza y expira al mismo tiempo que la de la *cedente*. El *reasegurador* comparte la suerte de la *cedente* en todas las clases del seguro *en proporción de la parte reasegurada*" (se subraya). Y en el artículo VII, números 2 y 3, está estipulado: "La cedente efectuará la liquidación de las pérdidas, la cual obligará al *reasegurador en la proporción de la parte reasegurada* (se subraya). La *cedente* estará facultada para tomar cualesquiera medidas, sean judiciales o extrajudiciales, que en el *interés común* (se subraya) estime conveniente adoptar para liquidar los siniestros.

"El *reasegurador* tendrá que tomar a su cargo, *en la proporción de su participación* (se subraya), los gastos de ajuste de siniestros (con excepción de los sueldos fijados de empleados de la *cedente*), de procesos judiciales o de otra naturaleza; en la misma medida participarán los reembolsos por cobros u otros conceptos".

Quedó, pues, convenido entre la aseguradora y la reaseguradora que, cuando aquélla recibiera de la persona responsable el monto de la indemnización por el daño causado al asegurado, la aseguradora quedaba obligada a reembolsar, en la correspondiente proporción, a la reaseguradora la cantidad pagada por el responsable del siniestro. Obligación ésta que excluye de suyo la subrogación de que trata el artículo 1096 del Código de Comercio, pues si el reasegurador tuviera derecho al mencionado reembolso por parte de la aseguradora y, simultáneamente, al cobro de la indemnización total como efecto de la subrogación legal de que trata el artículo 1096, habría un evidente enriquecimiento injusto para la reaseguradora. Lo cual demuestra, sin lugar a la menor duda, que el artículo 1096 no era aplicable al caso del proceso y que, por lo tanto, no pudo ser malinterpretado por el Tribunal, quien se negó a aplicarlo.

Lo dicho pone de manifiesto que el cargo que se estudia debió ser propuesto, no por la vía directa, sino por la indirecta, fundándolo en que el Tribunal habría interpretado mal las cláusulas transcritas del contrato de reaseguro, con violación, no ya por interpretación errónea, sino por falta de aplicación, de los artículos 1096 y 1136 del Código de Comercio. Razón esta adicional para que la acusación en estudio no pueda prosperar.

Se rechaza en consecuencia el cargo.

Sexto cargo

"Violación indirecta de los artículos 1643 y 1644 del Código de Comercio, por error de hecho en la apreciación del documento de conocimiento de embarque y del texto de la ley de Transporte de Mercancías por Mar de los Estados Unidos de América de 1936, incorporada al clausulado de dicho conocimiento por voluntad del transportador y el remitente al momento de celebrarse el contrato de transporte en Nueva York, y violación directa del artículo 1096 del citado código por errónea interpretación". La violación de las primeramente citadas consiste, según el recurrente, en que no fueron aplicadas, debiendo haberlo sido.

"La ley norteamericana incorporada al conocimiento de embarque dispone que los transportadores pueden establecer limitaciones a su responsabilidad y que entre ellas se encuentra la de pagar únicamente quinientos dólares por cada bulto de las mercancías transportadas, a menos que la naturaleza y el valor de dichas mercancías hayan sido declarados por el expedidor antes del envío y se hayan insertado en el conocimiento del embarque".

El error de hecho que el recurrente achaca al Tribunal estriba en no haber tenido en cuenta esa estipulación contractual, como que la ley en referencia está incorporada al texto del contrato de transporte y del conocimiento de embarque que lo regula, y en haber ignorado también que en este último documento no aparece el valor de las mercancías objeto del transporte, sino apenas el número de los bultos que las contenían, es decir, en haber supuesto la prueba de ese valor.

De consiguiente, dice la censura, de haber aplicado el sentenciador los citados artículos 1643 y 1644, la condena se habría limitado a $ 450.000.00.

En cuanto a la interpretación errónea del artículo 1096 del Código de Comercio, afirma el recurrente que la subrogación que dicho texto consagra en favor del asegurador que paga el valor del siniestro, debe circunscribirse a lo que estaba obligado a pagar en casos de limitación de la responsabilidad del transportador, como aquí ocurre, y que por tanto, tal subrogación no puede acrecentar dicho valor, como lo hizo el Tribunal al haber proferido su condena por la cantidad de $ 726.000.00.

Se tiene en cuenta

No es cierto que en el presente caso fuera aplicable la limitación de responsabilidad a que se refiere el recurrente. En efecto, como anexo al conocimiento de embarque y expresamente mencionado por su número en el texto del mismo, figura bajo el mote de "modificación número 000873, la factura (invoice) número L-312 del 19 de noviembre de 1975, expedida por 'International Motors Co.'", en la cual se relacionan detalladamente las mercancías o repuestos para automotores importados por Gómez Quiroga y confiados por éste para su transporte a la Flota Mercante, con indicación pormenorizada de los precios unitarios y globales correspondientes. No hubo, pues, error de hecho alguno de parte del Tribunal, ni por violación de las normas que señala la censura, porque el remitente no se abstuvo de indicar el valor de los bultos materia del transporte marítimo y por tanto no era aplicable la limitación de la responsabilidad del transportador a quinientos dólares por unidad, como se pretende. La condena solicitada en la demanda comprende el mismo valor que la aseguradora pagó al asegurado.

En estas condiciones, el cargo no puede prosperar.

Séptimo cargo

"Violación directa del derecho sustancial contenido en el artículo 1031 del Código de Comercio, por no haberlo aplicado, debiendo hacerlo, violación que entrañó la del artículo 5º, regla 1ª de la Ley 57 de 1887, por no tenerla presente, y la de los artículos 1617 del Código Civil y 883, 884 y 1096, que interpretó mal, del Código de Comercio, por haberlos aplicado indebidamente".

"Concepto de violación

"Dice el Tribunal en el punto 3 (folio 50, vuelto, cuaderno número 4) de su sentencia,

que por ser el artículo 1031 del Código de Comercio una norma general dentro del contrato de transporte, no es aplicable al caso discutido de los perjuicios derivados de incumplimiento de dicho contrato, sino que la que rige es la del 1096 sobre subrogación del asegurador y que si se ha condenado a pagar intereses, como perjuicios por el capital, es porque así lo dispone el Código Civil.

"Es cierto que el perjuicio que sufre el acreedor de una suma de dinero cuando no se le cancela a tiempo, se tasa liquidando sobre ella un interés moratorio.

"Pero ésta es justamente la regla general en tratándose de incumplimiento o retardo de obligaciones de dinero que está contenida en los artículos 1617 del Código Civil y 884 del Código de Comercio. Pero tratándose, como en este caso, del contrato de transporte, hay una norma especial que, conforme a la Ley 57 de 1887, artículo 5º, debe ser aplicada de preferencia, y es el artículo 1031 del Código de Comercio que sanciona al transportador incumplido con una pena equivalente al 25% del valor de las mercancías, o a la suma mayor que se pruebe haber sido el perjuicio. Aplicar la norma general es violarla por impertinente, y dejar de aplicar la especial es violarla por no haberlo hecho actuar siendo la adecuada, decisión judicial que, así procediendo, viola también por desconocerlo, el mandato de la 1ª regla del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, que rige para casos como estos, de incompatibilidad de leyes coexistentes en el mismo y en distintos códigos. Pero fue todavía peor haber aplicado para resolver un asunto acerca de los perjuicios del *contrato de transporte* la norma que contiene la subrogación legal en el *contrato de seguros*, que es el artículo 1096 del Código de Comercio, con erradísima interpretación del mismo.

"Tales errores jurídicos recaídos sobre las citadas normas sustantivas, llevaron al *ad quem* a confirmar la sentencia del *a quo*, condenando a la presunta responsable de un siniestro por incumplir un contrato de transporte a pagar unos perjuicios distintos a los que, en caso de haberse solicitado en la demanda, hubieran sido los procedentes, es decir, los señalados por el dicho artículo 1031 del Código de Comercio".

Consideraciones de la Corte

La Corte ha dicho insistentemente que "no es de recibo atacar simultáneamente por aplicación indebida e interpretación errónea de una misma norma, ya que la primera noción significa que aquélla no ha debido hacerse operar sobre la cuestión litigiosa, por ser ajena a ésta, mientras que la segunda consiste en hacer actuar la norma que corresponde al caso controvertido, pero en un sentido diverso del que ella tiene. En otros términos: la indebida aplicación se presenta cuando entendida rectamente una norma, se aplica a un hecho o a una situación no prevista o regulada por ella, al paso que la errónea interpretación se produce cuando el juzgador acierta en la norma que debe aplicar, pero yerra en su verdadero significado" (XC, página 525).

"Cuando con apoyo en la causal primera de casación se acusa una sentencia por violación de ley sustancial, no es correcto que respecto de una misma norma se aduzcan a un mismo tiempo las tres formas de violación, por falta de aplicación, por interpretación errónea y por aplicación indebida.

"La falta de aplicación tiene lugar cuando no se hace obrar un precepto que ha debido ser aplicado en el fallo; la interpretación errónea consistente en aplicar la disposición correspondiente al caso, pero dándole un sentido y alcance distintos del que tiene; y la aplicación indebida ocurre cuando se aplica una norma que es ajena al asunto materia de decisión" (CXVI, página 11f).

Y más recientemente dijo: "Dada la naturaleza distinta de estos tres conceptos de violación de la ley sustancial, resulta inadmisible, por contradictorio, el cargo en que se le enrostra al sentenciador quebranto de una norma por dos de tales aspectos, simultáneamente, pues mal puede haberse aplicado y dejado de aplicar al mismo tiempo un mismo precepto, o interpretada equivocadamente una norma que no fue aplicada, o aplicada indebidamente una disposición que, aunque no fue rectamente entendida, sí regula el caso litigado" (no publicada en la *Gaceta Judicial*. En el mismo sentido, sentencia del 26 del corriente mes, también sin publicar).

Tal es lo que ocurre en el caso que se estudia, pues el recurrente acusa la violación de los artículos 1617 del Código Civil y 888, 884 y 1096 del Código de Comercio, por dos formas diferentes: aplicación indebida e interpretación errónea. En virtud de lo claramente expuesto en las doctrinas transcritas, es obvio que el cargo no puede prosperar.

En consecuencia, 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 objeto del recurso de casación y condena en costas a la parte que lo interpuso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Luis H. Mera Benavides
Secretario.

DEPOSITO EN CUENTA CORRIENTE BANCARIA

Es un contrato autónomo diferente del de depósito y del de cuenta corriente, reglamentados en los títulos VII y XII del libro 4º del Código de Comercio, respectivamente. Sus características. El movimiento de los depósitos no sólo se realiza por medio de cheques sino disponiendo el titular de sus saldos a través de cartas, órdenes, etc., en la forma previamente convenida con el Banco.

El acuerdo entre el Banco y el cuentacorrentista no requiere solemnidades, es consensual y puede probarse por vía de inferencia, acreditando que en ocasiones anteriores éste dispuso de saldos por medio distinto del giro de cheques, con la aceptación del Banco.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Germán Giraldo Zuluaga.

Bogotá, D. E., 31 de marzo de 1981.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia del 25 de febrero del año pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario suscitado por la sociedad anónima Mogollón y Cía. frente al Banco Nacional.

1

El litigio

1. En demanda que fue admitida por auto del 23 de febrero de 1977, la sociedad anónima que gira bajo la razón social de Mogollón y Cía., demandó al Banco Nacional para que se declarase que éste incumplió el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria que entre ellos se había ajustado, por lo cual debe reintegrarle la suma de $ 499.999.40 que debitó de su cuenta número 00-0035-7 sin estar facultado para ello y debe pagarle, también, el daño emergente y el lucro cesante, o, subsidiariamente, los intereses bancarios de aquella cantidad, desde cuando se efectuó el débito hasta que se haga el reintegro demandado.

2. Como hechos de la *causa petendi* manifestó que las partes suscribieron contrato de depósito en cuenta corriente número 00-0035-7, sobre el modelo escrito que el Banco impone a todos sus clientes; que, según el contrato, "toda orden o autorización dada sobre esta cuenta debía llevar dos de las firmas registradas, sello y protector"; que el 10 de marzo de 1976, Jorge Zuleta, gerente de la sociedad demandante, solicitó al Banco, por medio de telex, el traslado de $ 499.999.40 de la cuenta corriente de Mogollón y Cía. S. A. a la de Pedro Rojas, "quien en este momento era miembro de la junta directiva de Mogollón y, al mismo tiempo, presidente del Banco Nacional"; que el banco demandado, no obstante que la orden sólo había sido dada por una sola persona y no en la forma convenida por escrito al suscribir el contrato de depósito en cuenta corriente, el 12 del mismo mes de marzo hizo el débito correspondiente.

3. Al dar respuesta al libelo, el Banco Nacional manifestó que no es cierto que Pedro Rojas, para entonces, fuera su presidente; que fue la junta directiva de Mogollón y Cía., la que ordenó al gerente pagar a Rojas la suma de $ 499.999.40, como consta en los libros de contabilidad de esta sociedad y en las actas de la misma junta y de la asamblea; que el sistema de hacer traslados de la cuenta corriente mediante simple telex había sido acordado por las partes, ya que por este medio se efectuaron los siguientes:

"A) El 3 de diciembre de 1973 se ordenó cargar $ 800.000.00, moneda corriente, a la cuenta de Mogollón y Cía. S. A., y situarlos en la cuenta número 002-60302-5 del Banco

Francolombiano; en telex del 4 de diciembre de 1973 se ratificó dicha operación;

"B) En enero 8 de 1974, la cuenta se debitó por $ 33.894,68, por orden recibida en esa fecha con firma del señor Ignacio Vélez;

"C) En marzo 12 de 1975, se debitó la cuenta en $ 55.000.00, moneda corriente, por orden también de Ignacio Vélez;

"D) En febrero 17 de 1976, se debitó la cuenta en $ 151.377.00, moneda corriente, por orden de Jorge Zuleta;

"E) En febrero 25 de 1976, se debitó la cuenta antes mencionada en la suma de $ 82.919.00, moneda corriente, según telex recibido en la fecha y firmado por el doctor Jorge Zuleta".

4. La primera instancia terminó con sentencia desestimatoria de las pretensiones de la sociedad demandante. Entonces, ésta apeló de esa decisión y, al desatar la segunda instancia, el Tribunal *ad quem* la revocó por medio de su fallo del 25 de febrero de 1980, que es ahora materia del recurso de casación que contra él interpuso el Banco Nacional, fallo en que se acogieron todas las peticiones de la demanda.

II

La sentencia del tribunal

El sentenciador de segundo grado, después de relacionar 14 de las pruebas practicadas, expresa que no hay duda que entre las partes existió el mencionado contrato de depósito en cuenta corriente; que "en el caso de este litigio, el contrato de cuenta corriente celebrado entre 'Mogollón & Cía. S. A.' y el Banco Nacional, establecía, según se desprende de la copia del mismo que obra en el proceso, que el cuentacorrentista sólo podía disponer de sus saldos mediante el giro de cheques, y que todo cheque girado por 'Mogollón & Cía.', para que pudiera ser pagado por el Banco Nacional, debía llevar dos firmas registradas, protector y sello.

"La forma como podía disponer 'Mogollón & Cía. S. A., de sus saldos en el Banco Nacional, esto es, mediante el giro de cheques, en las condiciones ya dichas, era de imperiosa obligatoriedad para las partes contratantes, porque al fin y a la postre, se trata de una de las cláusulas del contrato de cuenta corriente bancaria, el cual, por haber sido celebrado legalmente, es una verdadera ley para las partes, como lo enseña el artículo 1602 del Código Civil, y de ahí que el sistema de telex empleado por 'Mogollón & Cía. S. A.' y aceptado por el Banco Nacional, para disponer de los saldos que la primera tenía en poder del segundo, y que fue repetido varias veces, según lo evidencian los medios de pruebas reseñados, entre otras, para pagarle al señor Pedro Rojas Gutiérrez la suma de $ 499.999.40, sea abiertamente contrario a lo estipulado en el contrato de cuenta corriente bancario, celebrado entre las partes de este proceso, por cuya razón el Banco demandado resulta responsable, ante el cuentacorrentista, por haber pagado la suma antes dicha, en una forma que no estaba autorizada en el respectivo contrato de cuenta corriente".

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Cuatro cargos formula el Banco recurrente contra la sentencia del tribunal, los cuales sólo se despacharán el inicial que se encuentra fundado.

Cargo primero

Expresa el recurrente que, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas, el tribunal quebrantó, "por la vía indirecta, los artículos 1º, 2º, 822, 824, 826, 829 y 1259 del Código de Comercio; 1618, 2149, 2150 y 2181 del Código Civil, así como el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación; también los artículos 1602, 1613, 2313 y 2315 del Código Civil, por aplicación indebida".

Expresa, en síntesis, el recurrente, que aunque el tribunal vio las pruebas, no observó que en la diligencia de inspección judicial' (folios 10 y siguientes del cuaderno 3º) se constató que la cuenta corriente de la sociedad demandante "no solamente se afectaba con cheques girados por ésta con dos firmas y protector, sino también por carta o a través del sistema de telex, firmados por su representante, como ocurrió en las 4 ocasiones allí detalladas; que tampoco se percató de que en el extracto de la cuenta corriente (folios 28, 29 y 74) de febrero de 1976, sin que hubiera existido protesta de su parte, aparecen cargadas a su cuenta las dos primeras de las cuatro partidas antes mencionadas, todo lo cual es indicativo de que "ambas partes habían convenido, con anterioridad", el pago que se hizo a Pedro Rojas;

que Mogollón S. A. "podía disponer también de los fondos depositados en su cuenta corriente en el Banco Nacional de manera diferente al registro de cheques con dos firmas y protector".

Alega el censor que el contrato de cuenta corriente puede celebrarse "por cualquier modo inequívoco", pues no requiere de solemnidad, ni siquiera de escrito, por lo cual del mismo modo pueden introducírle modificaciones las partes.

Que el tribunal, al recontar el alcance de las pruebas señaladas, dedujo incumplimiento del Banco, cuando éste no hizo otra cosa que ceñirse a un acuerdo previamente pactado, relativo a que los depósitos podían afectarse por medio de carta o de telex, con el solo respaldo de la firma del representante legal del cuentacorrentista.

Que el Tribunal cometió otros errores de hecho, pues dejó de ver que tanto en el contrato escrito de cuenta corriente, como en el reglamento de la misma, así como en los extractos que se ven a los folios 23, 33 y 67 a 78, la circunstancia de que Mogollón no reclamara sobre el corte de cuentas dentro de los 30 días siguientes al recibo del extracto, comportaba aprobación de las cuentas; que el traslado de fondos para pagar la deuda a Pedro Rojas hecho en marzo de 1976, sólo fue objetado el 7 de julio siguiente, fecha de la carta de reclamo número 132 que, en fotocopia, se adujo con la demanda.

Para resolver, la Corte considera

1. *El contrato de depósito en cuenta corriente bancaria, que describe el artículo 1382 del Código de Comercio, difiere notoriamente del de depósito, regulado en el título VII del libro 4º de la misma obra, y del de cuenta corriente que reglamenta el título XII del mismo libro antecitado. Aquél es, pues, contrato autónomo, con perfiles propios que le otorgan identidad. Una de las partes en este contrato de depósito en cuenta corriente necesariamente tiene que ser un establecimiento bancario, que es quien recibe los depósitos hechos, en dinero o en cheque, por el cuentacorrentista y que, en virtud del contrato, contrae la obligación de pagar los cheques que éste gire contra sus depósitos. Pero resulta, al tenor de lo consagrado en el artículo 1382 mencionado, que el cuentacorrentista puede disponer de sus depósitos, total o parcialmente, no exclusivamente mediante el giro de cheques, sino que le está permitido disponer también de sus saldos de cualquier otra manera, siempre que ésta haya sido "previamente convenida con el Banco", como textualmente lo expresa la parte final del primer inciso de la norma citada.*

2. *El movimiento común de los depósitos en cuenta bancaria, el que de ordinario se advierte, es el que se hace por medio de cheques que el banco suministra a su clientela. La gran mayoría de las cuentas se mueven por este sistema. Pero en nada atenta contra la naturaleza de este contrato el que se pueda disponer de los saldos, total o parcialmente, a través de cartas o, en general, de órdenes emanadas del cuentacorrentista, siempre que el modo haya sido previamente convenido con el banco.*

3. *Celebrado el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria, que se perfecciona por el simple consentimiento del cuentacorrentista y del banco, surgen para aquél, sin previa solemnidad, las facultades de hacer depósitos a su nombre, en dinero o en cheques, y de disponer de los saldos mediante el giro de cheques que ha de suministrar el banco. Este medio de disponer de sus fondos es una consecuencia de la celebración del dicho contrato de depósito en cuenta corriente bancaria. Pero si el cuentacorrentista quiere disponer de sus saldos de una manera distinta al giro de cheques, sólo podrá hacerlo cuando obtenga la previa aceptación del banco.*

La forma normal o común de disponer de los depósitos en cuenta corriente bancaria es, pues, el giro de cheques hecho por el cuentacorrentista, quien podrá hacerlo también en otra forma, si ésta ha sido "previamente convenida con el banco".

4. *¿El acuerdo de voluntades para poder disponer de los saldos bancarios de modo distinto al giro de cheques requerirá de solemnidades o podrá acordarse libremente? No existe restricción legislativa al respecto, ni especial forma legal para ajustar ese pacto. Por tanto, el acuerdo puede llegarse de manera simplemente consensual.*

¿Cómo puede acreditarse que, de manera previa, el cuentacorrentista y el banco llegaron al acuerdo de que aquél, para disponer de sus saldos, podía utilizar una forma distinta al giro de cheques? Pues si no hay manera de acreditar esa convención con prueba de confesión, de tes-

tigos o documental, resulta que es posible hacerlo por la vía de la inferencia, probando que ya en ocasiones anteriores, sin protesta de ninguno de las partes y, antes bien, con su beneplácito, se había dispuesto de saldos por medio distinto al giro de cheques. Así, cuando se comprueba que el cuentacorrentista había obtenido del banco la aceptación anterior para mover su cuenta logrando el traslado de fondos suyos a otras cuentas, queda acreditado ese pacto, mientras no se demuestre por el cuentacorrentista que por orden suya posterior se dio por terminado ese acuerdo para regresar al movimiento de la cuenta sólo a través del giro de cheques. Y es más, un contrato de depósito en cuenta corriente bancaria, celebrado por escrito, puede ser modificado por acuerdo de las partes expresado verbalmente.

Ahora bien, descendiendo al caso litigado en el proceso, se tiene que la sociedad anónima Mogollón y Cía. S. A., por intermedio de su gerente Adolfo Valderrama Torres, solicitó al Banco Nacional, en escrito del 18 de agosto de 1975, la apertura de una cuenta corriente, la que le fue concedida, distinguiéndose con el número 00-0035-7. Convinieron las partes que los cheques llevarían dos firmas, un sello y un protectógrafo. Con todo, se demostró durante la diligencia de inspección judicial practicada en primera instancia, que en el mes de febrero de 1976, por medio de telex calendado el día 25 y suscrito únicamente por Jorge Zuleta, Mogollón solicitó trasladar de su cuenta a la de Propal, para pagarle la factura número 120389, la suma de $ 83.919; y para pagar otra factura a la misma acreedora, solicitó el mismo Jorge Zuleta, sólo el 17 anterior, el traslado de la cantidad de $ 151.377.

Y aunque es verdad que se demostró que no existió entre las partes acuerdo *escrito* para modificar el pacto de que los cheques que serían girados contra la cuenta de Mogollón y Cía. S. A., debían llevar dos de las firmas registradas, un sello y protector, es lo cierto que si el representante de la sociedad cuentacorrentista, con aceptación del banco, dispuso que se trasladaran algunos saldos por medio de telex, ello en nada contradice el pacto inicial que se refería exclusivamente a movimientos que se hicieran a través de cheques y, además, porque si el representante de la empresa fue quien, en ejercicio de sus funciones, dispuso que los cheques que se giraran contra la cuenta de Mogollón debían llevar dos firmas, sello y protector, él mismo podía modificar esas condiciones.

No vio, pues, el tribunal que las condiciones pactadas para disponer de los saldos se referían exclusivamente a la emisión de cheques y que la circunstancia de que por varias ocasiones se hubieran hecho traslados de saldos solicitados por telex, con la sola firma del gerente, comportaba el previo convenio con el banco a que hace referencia el artículo 1382 del Código de Comercio.

Por lo dicho, la sentencia recurrida debe ser casada y para pronunciar la que ha de reemplazarla, la Corte hace las siguientes consideraciones, fuera de las que se expusieron al despachar el cargo.

1. Procede dictar sentencia de mérito, pues están satisfechos los presupuestos procesales.

2. Pretende la sociedad demandante que se declare que el Banco Nacional incumplió obligaciones nacidas del contrato de depósito en cuenta corriente bancaria que con él había celebrado, pues desatendió el pacto de que sólo podía pagar los cheques que ella girara con dos de las firmas registradas, sello y protector, por lo que debe ser condenado a reintegrarle la suma de $ 499.999.40, que sin el lleno de los requisitos pactados debitó del saldo disponible de la sociedad demandante, y a pagarle los perjuicios que le causó con tal proceder.

3. Se demostró que bajo el número 00-0035-7 Mogollón y Cía. S. A., abrió cuenta corriente en el Banco Nacional, como efecto del contrato de depósito en cuenta corriente bancaria que celebraron éste y aquélla. Así mismo se acreditó que se convino que los cheques que el citado contrato faculta girar contra sus saldos al cuentacorrentista debían estar suscritos por dos de las personas que tenían registradas sus firmas y debían llevar, además, sello de Mogollón y protector. Estas condiciones se pactaron sólo para el caso de mover la cuenta por medio de cheques. También se acreditó que con la mera orden de una sola de las personas autorizadas para firmar cheques, el gerente financiero, suplente del gerente general, el Banco debitó, el 10 de marzo de 1976, los saldos de Mogollón, en la suma de $ 499.999.40 para trasladarlos a la cuenta personal de Pedro Rojas; pero se probó plenamente también que la Junta Directiva de Mogollón, como consta en el Acta número 51 de la sesión que llevó a cabo el 30 de enero de 1976, aprobó pagar a Pedro Rojas

la suma de $ 500.000 "por gastos correspondientes a los viajes que hizo al exterior cuando se iniciaron y abrieron los mercados de exportación"; y se acreditó del mismo modo que, en varias ocasiones, sin reparo de Mogollón, se debitaron sus saldos por el Banco con la sola orden impartida por telex por su representante legal.

Frente al conjunto probatorio relacionado, la Corte encuentra que el Banco Nacional, al dar cumplimiento a la orden que, por telex, le transmitió el representante legal de la cuentacorrentista, no desbordó las facultades que le imponía el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria, desde luego que la limitación alegada por la sociedad demandante sólo se contrajo al giro de *cheques* y porque si se demostró que con anterioridad al traslado que se hizo para la cuenta de Pedro Rojas, se hicieron otros *movimientos* por el mismo modo de orden unipersonal comunicada por telex, ello entraña modificación indiscutible del primer pacto, que, de otro lado, se acomoda plenamente a lo que dispone el artículo 1382 citado, relativamente a que el cuentacorrentista puede disponer de sus saldos "mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco". Por tanto, menester será absolver a la entidad demandada, como lo hizo el juez *a quo* en la sentencia que es motivo de apelación, razón por la cual ésta deberá ser confirmada.

IV

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, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, calendada el 25 de febrero de 1980 y, en su lugar, actuando como tribunal de instancia,

Falla

1º Confírmase la sentencia de primer grado proferida el 22 de noviembre de 1978 por el Juez Veintidós Civil del Circuito de Bogotá.

2º Condénase a la sociedad "Mogollón y Cía. S. A.", a pagar las costas de ambas instancias.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Ricardo Uribe-Holguín, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Guillermo Salamanca Molano, Conjuez.

Luis H. Mera Benavides
Secretario interino.

1. REFORMATIO IN PEJUS

El juez no puede modificar la sentencia apelada en perjuicio del recurrente, cuando la contraparte, a su vez, no ha interpuesto el recurso ni adherido a él. Requisitos que la configuran.

2. LESION ENORME

Presupuestos. La cesión de derechos hereditarios o de gananciales no siempre tiene carácter aleatorio, como cuando al tiempo de la cesión se conocían las fuerzas de la herencia o cuando el derecho cedido se hace con relación a un bien determinado de la comunidad universal. En estos casos es procedente la acción rescisoria por lesión enorme.

3. INTERESES

No siendo mercantil el negocio jurídico de que se trata, el demandado no puede ser condenado sino al pago del interés legal de que tratan las disposiciones pertinentes del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Alberto Ospina Botero.

Bogotá, 23 de abril de 1981.

Desídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 22 de mayo de 1980, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por Ananías Garzón Ramos, Edelmira Garzón de Beltrán, Hermelinda Garzón de Carrión, Oliverio, Evangelina, Eliseo, Juan, Ana Bertilda, Isaías, Sagrario y Helena Garzón Martínez contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

El litigio

1. Por demanda que por repartimiento le correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, solicitaron los mencionados demandantes que con audiencia del establecimiento público referido se hicieran los pronunciamientos siguientes:

a) Que los demandantes sufrieron lesión enorme en el contrato de compraventa celebrado con la entidad demandada y contenido en la Escritura pública número 6755 de 5 de diciembre de 1972 de la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá;

b) Que en consecuencia queda rescindido, por causa de lesión enorme, el contrato de que da cuenta la escritura antes citada;

c) Que se declare que la empresa demandada queda con la opción de consentir en la rescisión del contrato o de completar el justo precio, con la deducción consagrada por la ley. Si "optare por la restitución, deberá hacerse previo cumplimiento del artículo 1958 del Código Civil, ordenando la cancelación de la escritura de venta, devolviéndo el bien por los linderos, porque fue vendido y entregando el valor de los frutos que hubieren podido percibirse con mediana inteligencia";

d) Que se condene a la entidad demandada al pago de los intereses comerciales sobre el justo precio, a partir de la demanda y hasta cuando se efectúe el pago;

e) Que se condene a la empresa demandada en las costas del proceso.

II. Los demandantes fundamentan su pretensión en los presupuestos de hecho que seguidamente se compendian:

a) Por Escritura pública número 6755 de 5 de diciembre de 1972 de la Notaría Tercera de Bogotá, registrada el 24 de abril de 1973, los demandantes dieron en venta al establecimiento público "el derecho en común y proindiviso equivalente al veinticinco por ciento (25%)" que aquéllos tenían sobre el bien raíz conocido con el nombre de "Chuza", situado en la zona del páramo de Chingaza, jurisdicción del Municipio de Fómeque y distinguido por los linderos que se relacionan en el hecho primero de la demanda;

b) Del condominio sobre el predio "Chuza" también formaban parte los hermanos Carlos Eduardo, Elisa y Luis Ernesto Castillo de la Parra, así como los herederos de Primo Antonio Pérez Prieto, en la siguiente proporción: "la familia Castillo, el 50% del terreno, y el restante 50% para los Pérez y los Garzón";

c) Es de público conocimiento que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado adelanta un costoso programa de ensanche del acueducto en el páramo de Chingaza, proyecto que comprende las hoyas hidrográficas de los ríos Ranchería y Chuza y, por tal virtud, procedió a enviar a los propietarios de los inmuebles afectados por la obra una carta "modelo" en la que expresa: "'...Con el objeto de adelantar los programas de ensanche de acueducto en su segunda etapa, de vital importancia para la ciudad de Bogotá, esta empresa tiene urgente necesidad de adquirir el predio en referencia de su propiedad. *De conformidad con las leyes vigentes, la Empresa adquirirá este predio de acuerdo a (sic) su avalúo catastral*'";

d) A raíz de la mencionada comunicación, algunos de los demandantes entraron en contacto con la Empresa de Acueducto, la que manifestó "que de no negociar directamente y por las buenas, tendrían que proceder a la expropiación del inmueble", lo que originó que los demandantes se doblegaran ante la entidad compradora y entregaran "el predio por irrito valor";

e) Los condueños Castillo de la Parra, en sus negociaciones con la Empresa de Acueducto corren mejor suerte, pues ésta los compra en dos actos diferentes, así "A) Por medio de la Escritura número 7953 de noviembre nueve (9) de mil novecientos setenta y tres (1973) de la Notaría Tercera de Bogotá, el cincuenta por ciento (50%) de mil doscientas treinta y una (1.231) hectáreas, aproximadamente, dentro del mismo predio de Chuza, por la suma de $ 307.750.00, pagados de contado;

"B) Por medio de la Escritura número 1679 de mayo diez y nueve (19) de mil novecientos setenta y cinco (1975) de la Notaría Décima de Bogotá, el cincuenta por ciento (50%) de dos mil novecientas ochenta y nueve (2.989) hectáreas, aproximadamente, dentro del referido predio Chuza, por la suma de $ 747.250.00, pagados de contado. En esta última escritura, los vendedores se reservan derechos sobre una zona (la número 3), que queda por negociar con la Empresa, y que también forma parte del globo de terreno";

f) Los demandantes, a pesar de ser condueños del 25% del predio con relación a una extensión superficiaria de 4.412¾ hectáreas, sólo reciben $ 290.161.82, suma de la cual la Empresa de Acueducto aún les adeuda una parte;

g) El predio Chuza al 1º de enero de 1972 registraba un avalúo catastral de $ 4.000.000.00;

h) Según otras negociaciones adelantadas por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá se pone de presente su política discriminatoria en materia de adquisición de tierras;

i) Finalmente expresan los demandantes que en razón de los antecedentes narrados, ellos sufrieron lesión enorme en el contrato de compraventa celebrado con la Empresa demandada.

III. El establecimiento público demandado consignó su respuesta en el sentido de admitir unos hechos y de negar otros, por lo que finaliza con oposición a las súplicas de la demanda y con la formulación de las excepciones que denominó "carencia de acción e inexistencia de las obligaciones".

IV. Adelantado el proceso en esas condiciones, la primera instancia terminó con sentencia de 20 de marzo de 1979, aclarada por providencia de 20 de abril, mediante la cual se hicieron los pronunciamientos siguientes:

"*Primero.* Declárase que hubo lesión enorme en el contrato de venta contenido en la Escritura pública número 6755, de fecha cinco de diciembre de mil novecientos setenta y dos, corrida en la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá, D. E., entre la *Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá* como compradora, y los señores *Ananías Garzón Ramos, Edelmira Garzón de Beltrán, Ermelinda Garzón de Carrío, Oliverio Garzón Martínez, Evangelina Garzón Martínez, Elisco Garzón Martínez, Juan Garzón Martínez, Ana Bertilda Garzón Martínez, Isaías Garzón Martínez, Eugenio Garzón Martínez y Elena Garzón Martínez*, como vendedores.

"*Segundo.* Como consecuencia, se condena a la Empresa demandada a completar el justo precio, esto es, a pagar en favor de los demandantes, seis días después de la ejecutoria de esta providencia, la suma de un millón veinticinco mil pesos ($ 1.025.000.00), moneda corriente, deducida la suma de dinero que ya hubieren recibido los vendedores conforme a lo pactado en la escritura de venta.

"*Tercero.* Condénase a la Empresa demandada a pagar en favor de los demandantes, seis días después de la ejecutoria de esta providencia, los intereses comerciales, sobre el saldo insoluto para completar el justo precio de que trata el numeral segundo de esta sentencia, a partir de la contestación de la demanda, hasta cuando el pago se verifique.

"*Cuarto.* Condénase en las costas de este proceso a la Empresa demandada".

"Aclarar que el justo precio de la cosa vendida, deducido el porcentaje de que trata el artículo 1948 del Código Civil, y de que trata el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia, corresponde al de un millón ciento veinticinco mil pesos ($ 1.125.000.00), moneda corriente, y no $ 1.025.000.00, como aparece en el citado numeral".

V. Inconforme la parte demandada con la resolución precedente, interpuso el recurso de apelación, habiendo terminado la segunda instancia con fallo de 22 de mayo de 1980, aclarado por providencia de 17 de julio del mismo año, mediante el cual se resolvió lo siguiente:

"*Primero.* CONFÍRMANSE los numerales 1º, 3º y 4º de la parte resolutiva de. fallo impugnado, o sea, el proferido por el Juzgado Segundo Civil de este Circuito en el presente proceso, con fecha marzo veinte de mil novecientos setenta y nueve.

"*Segundo.* REFÓRMASE el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia anteriormente mencionada, en el sentido de que la suma a pagar por la empresa demandada a los demandantes, para completar el justo precio es la cantidad de un millón treinta y tres mil cuatrocientos dieciocho pesos con dieciocho centavos ($ 1.033.418.82) (sic), moneda corriente, y no la suma que dispuso el *a quo*. Cantidad que deberá cancelarse dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase que dicte el inferior.

"*Tercero.* Costas de esta instancia a cargo del apelante vencido".

"ADICIÓNASE el fallo a que se refiere el numeral anterior en el sentido de que el demandado puede hacer uso del derecho de opción a que se refiere el artículo 1948 del Código Civil, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase que dicte el inferior.

"De no procederse en la forma anteriormente indicada, deberá estarse para los efectos de prestaciones mutuas, a lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 1948 del Código Civil".

VI. Insatisfecha la misma parte con la sentencia anterior, interpuso contra ella el recurso de casación, el que por estar tramitado procede la Corte a decidir.

La sentencia impugnada

Referidos por el Tribunal los antecedentes del litigio, comienza por expresar que procede un pronunciamiento de fondo respecto de la pretensión, como quiera que se encuentran cumplidos los presupuestos procesales.

Luego el *ad quem* sienta las reflexiones siguientes:

a) Que en el caso *sub lite* los demandantes pretenden la rescisión, por lesión enorme, del contrato de compraventa celebrado con la Empresa demandada, contenido en la Escritura pública 6755, de 5 de diciembre de 1972, de la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá, referente al 25% "de los derechos que los vendedores tenían sobre el inmueble rural denominado Chiza, en común y proindiviso con Primo Antonio Pérez, Carlos Eduardo, Elisa y Luis Ernesto Castilla de la Parra";

b) Que la parte demandante incorporó al proceso "copia de la escritura de compraventa celebrada con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá".

c) Que según la prueba pericial practicada en la primera instancia, se tiene que el 25% del inmueble "Chuza" lo avaluaron los peritos en la suma de $ 5.000.024.00;

d) Que según la prueba pericial decretada en la segunda instancia, los peritos llegan "a la conclusión de que el avalúo total del globo de terreno por la fecha en que se celebró la compraventa era igual a cinco millones doscientos noventa y cuatro mil cuatrocientos pesos (sic) ($ 5.294.400.00) y el 25%, igual a la suma de un millón trescientos veintitrés mil seiscientos pesos ($ 1.323.600.00;";

e) Que tanto esta prueba pericial, como la otra, se encuentran debidamente fundadas y permiten concluir "la existencia en este proceso de la rescisión por lesión enorme a favor del demandante y a cargo del demandado";

f) Que los medios excepitivos propuestos por la empresa demandada no se abren paso, a virtud de que no gozan de respaldo probatorio;

g) Que el artículo 7º del Decreto ejecutivo 2895 de 1968, al establecer que las entidades de derecho público en los casos de negociación directa de un inmueble no podrán pagar un precio superior al que figure en las Oficinas de Catastro, hay que entenderlo en el sentido de que "se trata de un decreto ejecutivo dictado con miras a imponer ciertas limitaciones desde el punto de vista administrativo, a los gerentes y directivos en general de las entidades de derecho público, a fin de que, cuando adquieran un bien inmueble para beneficio común, no podrán pagar por éste un precio superior al que se encuentre señalado en el Catastro por la fecha de la compraventa. De acuerdo al (sic) Decreto 3130 de 1968, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá es un organismo descentralizado en el orden municipal, que se rige por los principios de las empresas industriales y comerciales, en los términos de la disposición citada y, en consecuencia, no puede tener el carácter de 'entidad de derecho público', calificativo en el cual quiere colocarla el demandado.

"Las razones anteriores nos llevan a la conclusión que las normas presentadas por el demandado y con las cuales pretende exonerar a su representada de la obligación de responder por la lesión enorme a que se refiere la demanda, no son de recibo en el presente proceso, es decir, no tienen aplicabilidad legal en el litigio";

h) Que "la acción de rescisión por lesión enorme que ejercitan los demandantes frente a la entidad demandada... persigue que los primeros obtengan de la segunda el pago de la diferencia existente entre el avalúo que los peritos dieron al inmueble en la segunda instancia, que fue de un millón trescientos veintitrés mil seiscientos pesos ($ 1.323.600.00), moneda legal colombiana, y el valor recibido por los sujetos activos de la pretensión, que, como se desprende de la escritura de compraventa, fue de doscientos noventa mil ciento ochenta y un pesos con ochenta y dos centavos ($ 290.181.82), moneda legal colombiana, con lo cual se demuestra que el precio dado por el adquirente al tradente fue inferior a la mitad del justo precio, rompiéndose así la equivalencia que debe existir entre el bien o bienes entregados por el vendedor y el dinero que recibe por ella cuando la compraventa se realiza sobre bienes inmuebles";

i) Que así las cosas, entre el precio fijado por los peritos al 25%, o sea, a los derechos vendidos y el precio recibido por los vendedores, "existe una diferencia de un millón treinta y tres mil cuatrocientos dieciocho pesos con dieciocho centavos ($ 1.033.418.82)" (sic).

La impugnación

Siete cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, el primero con fundamento en la causal cuarta y los restantes con apoyo en la primera, los cuales serán despachados en el orden propuesto.

Cargo primero

Lo hace consistir en que la sentencia del Tribunal contiene decisiones que hacen más gravosa la situación de la parte demandada, que fue la única que interpuso el recurso de apelación contra el fallo que ultimó la primera instancia.

En procura de demostrar el cargo, el recurrente sienta las afirmaciones siguientes:

a) En el numeral 2 de la parte resolutiva de la sentencia pronunciada por el sentenciador de primer grado, entendido con la aclaración introducida, se fijó en la suma de $ 1.125.000,00 el justo precio del bien objeto de

la compraventa impugnada y condenó a la entidad demandada a pagar a los demandantes dicha suma, "pero disponiendo que se dedujera de ella, como era apenas lo natural (artículo 1948 del Código Civil), la suma estipulada como precio en el contrato de venta... Haciendo cuentas, pues, lo que de inmediato tendría que pagar la Empresa demandada, conforme a la sentencia del Juzgado, serían $ 1.125.000.00 menos $ 290.181.82, esto es $ 834.818.18";

b) El Tribunal, en el numeral 2 de la parte resolutiva de su sentencia, tras confirmar la declaración de lesión enorme hecha por el juzgado en el fallo apelado, modificó lo dispuesto en este último, a efecto de declarar que "'la suma a pagar por la empresa demandada a los demandantes para completar el justo precio es la cantidad de un millón treinta y tres mil cuatrocientos dieciocho pesos con ochenta y dos centavos ($ 1.033.418.82), moneda corriente, y no la que dispuso el *a quo*. Cantidad que deberá cancelarse dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase que dicte el inferior'. Lo así dispuesto respecto a plazo para el pago, ha de entenderse modificado y ampliado con la adición ordenada por el Tribunal en providencia de 27 de julio de 1980";

c) Que como fácilmente se advierte, la sentencia de segunda instancia "agrava en la suma de $ 198.600.64 la condena proferida en primera contra la entidad demandada y única apelante. Sin que valga decir que es que falta por hacer la deducción de la décima parte del precio justo ordenado en el artículo 1948 del Código Civil, pues aun haciéndola, resultaría todavía agravación, como que quedaría el valor del complemento en $ 901.056.82";

d) Que de acuerdo con la ley (artículo 357 del Código de Procedimiento Civil), la apelación se dirigía a procurar un reexamen de la decisión del *a quo* sobre la existencia de la lesión enorme; y si el *ad quem* decretó un nuevo avalúo, "sus resultados sólo le servían para aquel efecto, o aun para señalar como justo precio uno inferior al fijado por el *a quo*, en ningún caso para aumentarlo y, sobre esa nueva base, deducir el monto del complemento del precio a que se refiere el artículo 1948".

Se considera

1. *Uno de los postulados que rigen la alzada consiste en el denominado por la doctrina "principio prohibitivo de la* reformatio in pejus", *el cual le señala como pauta obligada al superior la de que, al decidir el recurso de apelación, no le puede hacer más desfavorable al recurrente la situación jurídica en que lo colocó la decisión del inferior, pues al efecto establece el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil que "la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y, por tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones".*

2. *La* reformatio in pejus *que, como lo tiene señalado la doctrina de la Corte, se traduce en un principio negativo, por cuanto le prohibe al juez* ad quem *modificar la providencia apelada en perjuicio del recurrente, cuando la contraparte no ha interpuesto la apelación, ni ha adherido a dicho recurso, se configura mediante los requisitos siguientes:*

a) Vencimiento de un litigante;

b) Que sólo una parte apele;

c) Que el sentenciador ad quem *haya empeorado con su decisión al único recurrente, y*

d) Que la reforma no se funde en puntos íntimamente ligados con ella.

3. En la especie de esta *litis*, la realidad del proceso registra lo siguiente:

a) Que en la primera instancia los peritos le fijaron al bien vendido por los demandantes a la Empresa demandada, el valor $ 1.250.000;

d) El juzgador *a quo* en su sentencia y providencia aclaratoria condenó a la parte demandada, como consecuencia de la declaración de rescisión por lesión enorme, a completarle a los demandantes el justo precio con deducción de una décima parte (1.250.000.00 - 125.000.00), o sea la suma de $ 1.125.000.00, cantidad ésta de la cual se debe deducir la suma de dinero recibida por los vendedores conforme a lo pactado en la escritura de venta;

e) En la segunda instancia se dispuso nuevo avalúo del bien negociado entre los litigantes, y los peritos le fijaron la suma de $ 1.323.600;

d) El sentenciador *ad quem*, en su fallo de 13 de mayo de 1980 dispuso reformar lo dispuesto por el *a quo* en el numeral 2, en el sentido de que "la suma a pagar por la empresa

demandada a los demandantes para completar el justo precio es la cantidad de un millón treinta y tres mil cuatrocientos dieciocho pesos con dieciocho centavos (sic) ($ 1.033.418.82)", guarismo éste que resulta de deducirle al valor del bien fijado por los peritos en la segunda instancia el valor acordado como precio al bien en el contrato de compraventa celebrado entre los litigantes (1.323.600.00 - 290.181.82 - 1.033.418.18);

e) El mismo sentenciador *ad quem*, en providencia de 17 de julio de 1980, dispuso adicionar su fallo de 13 de mayo del mismo año, "en el sentido de que el demandado puede hacer uso del derecho de opción a que se refiere el artículo 1948 del Código Civil, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase que dicte el inferior".

4. Al confrontar los fallos de primera y de segunda instancia, en lo que es materia del cargo que se estudia, a manera de resumen se tiene:

a) El *a quo* dispuso que la Empresa demandada pagara a los demandantes el justo precio del bien comprado por aquélla a éstos ($ 1.250.000.00), con deducción de una décima parte y del precio convenido en la escritura de venta (1.250.000 - 125.000.00 - 290.181.82 = 834.818.18);

b) El *ad quem*, en su fallo y providencia aclaratoria dispuso que la Empresa demandada pagaría a los demandantes el justo precio del bien fijado por los peritos en la segunda instancia, con deducción de una décima parte y del valor del precio convenido en la escritura ($ 1.323.600.00 - 132.360.00 - 290.181.82 = 901.058.18).

5. Viene de lo dicho que el *ad quem*, en el fallo que es materia de impugnación, le agravó la situación a la parte recurrente o apelante, lo cual permite concluir que el cargo prospera en ese específico punto, por lo que la Corte debe continuar con el estudio de los restantes cargos.

Cargo segundo

Acusa la sentencia del Tribunal de quebranto de los artículos 1946, 1947 y 1948 del Código Civil, por aplicación indebida; 1602, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

Lo fundamenta así:

a) Que de la Escritura número 6756 de 5 de diciembre de 1972 de la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá, se desprende que lo que fue materia del contrato de compraventa celebrado entre los litigantes consiste en el derecho "a gananciales del vendedor Ananías Garzón Ramos y los derechos hereditarios de Edelmira Garzón de Bernal y sus hermanos, causados por razón de la muerte de Tomasa Lucrecia Martínez Ramos, cónyuge del primero y madre de los demás, vinculados dichos derechos a una cuota proindiviso del 25% sobre el inmueble señalado por su situación y linderos en la cláusula primera de ese mismo instrumento o sea que lo vendido no fue el inmueble mismo sino del derecho abstracto sobre la universalidad;

b) Que es diferente enajenar una cosa corporal mueble o inmueble de enajenar un derecho eventual de gananciales o hereditario que pueda llegar a tenerse sobre la cosa corporal, puesto que en el primer evento el comprador adquiere normalmente el derecho de dominio sobre dicha cosa, y por lo menos el vendedor queda obligado a transferírselo y a responder de ello o de la evicción, en su caso; en la segunda hipótesis el comprador no adquiere derecho de dominio sobre el bien al cual se vinculan los derechos de gananciales o hereditarios enajenados, sino de la calidad de cónyuge o heredero del respectivo causante;

c) Que en síntesis, la venta de gananciales o de derechos hereditarios, no es otra cosa que la enajenación de tales derechos, de suyo aleatoria en el sentido en que lo es la venta de ellos en abstracto y que representa para el comprador un riesgo más, cual es el de que al hacerse la partición se le adjudique el bien al que se vincularon los derechos enajenados;

d) Que, en todo caso, no es lo mismo estimar el precio de una venta de gananciales o de derechos hereditarios vinculados a un cuerpo cierto cuando lo vendido es el cuerpo cierto mismo. Porque por la naturaleza misma de uno y otro contrato, por las circunstancias de incertidumbre que rodean el primero, por el momento de adquisición del dominio, porque en una y otra convención los objetos son diversos, se tiene que la estimación del precio del dominio, porque en una y otra convención de unos derechos de gananciales o hereditarios vinculados a un cuerpo cierto no puede hacerse con el simple avalúo del cuerpo cierto y viceversa, so pena de incurrir en yerro de facto;

e) Que el Tribunal incurrió en error de hecho al tener como justo precio de los derechos de

gananciales y hereditarios materia del contrato de compraventa el valor que entonces tenía el inmueble a que se vincularon dichos derechos. No hay duda de que los dictámenes periciales y el certificado catastral se refieren al valor del inmueble, en ningún caso al valor de los derechos hereditarios o gananciales, en sí mismo considerados;

f) Que es manifiesto el error de hecho en que incurrió el *ad quem* cuando tuvo como justo precio de unos bienes incorporales, al tiempo en que fueron vendidos, el asignado por peritos a un bien corporal distinto. Si el Tribunal se hubiera dado cuenta de que no podía hacer tal cosa, habría llegado a la conclusión de que en el proceso no existe prueba del justo precio de los derechos de gananciales y hereditarios objeto de la compraventa impugnada, y que por lo tanto no había base cierta para declarar la lesión enorme suplicada. Por tanto, al despachar favorablemente la pretensión, infringió los artículos señalados al comienzo de la censura.

Cargo tercero

Lo hace consistir en quebranto directo de los artículos 1946, 1947 y 1948, por aplicación indebida; 1602 y 32 de la Ley 57 de 1887, por falta de aplicación.

El censor sustenta el cargo así:

a) El Tribunal acepta en su sentencia que el contrato de compraventa atacado de lesión enorme verse sobre derechos de gananciales de Amanias Garzón Ramos y hereditarios de Edelmira Garzón y otros, vinculados dichos derechos a una cuota de 25% proindiviso en el inmueble que describe la escritura contentiva del mencionado contrato;

b) Que la venta de derechos hereditarios o de gananciales en una sociedad conyugal disuelta e iliquida, es de suyo un contrato aleatorio, por referirse a una universalidad jurídica cuyos activos y pasivos son imposibles de precisar en un momento determinado, aparte de que en muchas veces se desconoce quiénes y cuántos son los herederos y en qué proporción están llamados a suceder al causante. De suerte que cuando se enajenan derechos de la naturaleza indicada, ha de entenderse que las partes corren con la contingencia de ganar o perder. Por ello se explica que de acuerdo con la ley el cedente de derechos hereditarios sólo responda de su calidad de heredero (artículo 1967 del Código Civil). En consecuencia la venta de derechos hereditarios o de gananciales sigue siendo tal, aunque se estipule que los derechos cedidos queden vinculados a un determinado bien de la masa social o hereditaria. Lo que se vende en esa hipótesis no es el bien social o hereditario, sino sus derechos en la universalidad patrimonial;

c) Que la venta de derechos hereditarios vinculados a un cuerpo cierto no deja de ser la común y corriente y, por ende de naturaleza aleatoria, así el cedente responda de su calidad de heredero y de que el cuerpo cierto figure entre los bienes que conforman la universalidad. Dicha convención es aleatoria, además, porque queda dependiendo de que el cuerpo cierto se le adjudique al cesionario, o al heredero cedente;

d) Que, por otra parte, "del derecho que se tenga como copartícipe en una universidad, a título de gananciales o de heredero, no puede decirse que sea mueble o inmueble. Porque si la universalidad es cosa distinta a los bienes que la integran, es en sí misma una abstracción, como tal ni mueble ni inmueble. Sin que pueda decirse que en tal caso haya de aplicarse la regla del artículo 667 del Código Civil, pues como quedó dicho atrás el derecho del copartícipe recae sobre la universalidad y en ella ha de ejercerse mientras no suceda la liquidación y partición, no sobre los bienes individualmente considerados que la compongan, lo cual hace lógico que la naturaleza mueble o inmueble de éstos no tenga por qué comunicarse a los derechos de los comuneros universales. Estas consideraciones no cambian mucho cuando se ceden en la universalidad vinculados a un bien específico de ella, primero porque es contradictorio hablar de derecho en la universalidad vinculada a cuerpo cierto, y segundo porque, pensando con la lógica más estricta, una venta como esa versa en realidad es sobre la expectativa o posibilidad que tiene el heredero cedente de que en la partición se le adjudique el bien al cual vincula la cesión, posibilidad o expectativa que no configura por sí un derecho, ni da ocasión por lo tanto a que se le califique como mueble o inmueble en virtud del criterio del artículo 667 del Código Civil, antes citado".

e) Que, en conclusión, siendo la venta de derechos hereditarios y de gananciales de naturaleza aleatoria y no versando sobre inmuebles, no puede ser impugnada mediante la acción de lesión enorme (artículo 32 de la Ley 57 de 1887). Por tanto, el Tribunal, al declarar procedente dicha acción, quebrantó los artículos 1946, 1947 y 1948 del Código Civil, por aplicación indebida

y dejó de aplicar los artículos 1602 del Código Civil y 32 de la Ley 57 de 1887.

Cargo cuarto. (corresponde al tercero bis de la censura).

Por éste denuncia quebranto de los artículos 1946, 1947 y 1948 del Código Civil, por aplicación indebida, y 1602 ibídem por falta de aplicación.

El censor, en procura de demostrar el cargo, sienta las apreciaciones siguientes:

a) La cesión de derechos hereditarios o de gananciales vinculados a un cuerpo cierto, no es en modo alguno venta del cuerpo cierto;

b) Que según doctrina de la Corte, no es posible sostener de manera absoluta, que la venta de derechos hereditarios o de gananciales sea siempre de carácter aleatorio puesto que hay veces en que es de linaje conmutativo, como cuando al efectuarse la cesión se conoce por los contratantes la cuantía del activo y del pasivo y el número de herederos de la sucesión. Empero, añade el censor, si no hay prueba de esas circunstancias, no es posible saber cuál era el precio justo de los derechos vendidos, al tiempo de su venta, y obviamente falta "toda base para examinar si se incurrió o no en lesión enorme";

c) Que al establecerse en el proceso que lo vendido por los demandantes fueron sus derechos de gananciales y hereditarios en sus calidades de cónyuge sobreviviente e hijos de Tomasa Lucrecia Martínez Ramos, cuyo proceso de sucesión no se había iniciado a la fecha de la venta, ni por ende se había practicado emplazamiento de interesados, menos había tenido ocurrencia inventario y avalúo de bienes, se concluye que no existían datos que permitieran conocer el potencial patrimonial de la universalidad;

d) Que el Tribunal, al tener como demostrado que el contrato de cesión de derechos de gananciales y hereditarios, contenido en la Escritura pública 6755, revestía la calidad de conmutativo, incurrió en error de hecho manifiesto, lo que lo llevó, al declarar la lesión enorme, a quebrantar los preceptos sustanciales antes indicados.

Se considera

1. *Para conjurar los excesos en que pueden incurrir las partes contratantes en la celebración de determinados negocios jurídicos, la legislación civil recogió del derecho romano la institución de la lesión enorme, de la que se dice consiste, en términos generales, en el daño que experimenta uno de los contratantes al no recibir el equivalente de lo que da.*

2. *Al contemplar el derecho civil, dentro de la convención de la compraventa, la lesión enorme, establece que el vendedor la sufre cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; a su turno, la padece el comprador, cuando el justo precio de la cosa por él comprada es inferior a la mitad del precio que por ella paga (Art. 1947 del C. C.).*

3. *Tradicionalmente la doctrina ha señalado como presupuestos de rescisión del contrato de venta por lesión enorme, los siguientes: a) que la lesión sea enorme (Art. 1947 del C. C.); b) que verse sobre inmuebles; c) que la venta no se haya hecho por ministerio de la justicia (Art. 32 L. 57 de 1887); d) que la cosa no se haga perdido en poder del comprador (Art. 1951 C. C.); y, e) que el contrato no sea de linaje aleatorio (Art. 1498, 1946 y 1947 del C. C.).*

4. *Cuando la Corte se ha visto en la necesidad de incursionar en el último de los presupuestos referidos, ha sostenido que la lesión enorme no tiene cabida en los negocios jurídicos aleatorios sino en los contratos onerosos de índole conmutativa, porque en ellos es presupuesto indefectible la equivalencia de las prestaciones de las partes. Existiendo respecto de las partes contratantes, según la naturaleza de la convención, un riesgo o incertidumbre de pérdida o de ganancia, el negocio carece de un presupuesto necesario para alegarlo por lesivo. La lesión enorme, sostiene la jurisprudencia de la Corte, "no se produce en las convenciones onerosas de carácter aleatorio o que envuelven álea, porque en ellas la contingencia incierta de ganancia o pérdida elimina la posibilidad de dicha lesión". (Cas. Civ. de 15 de marzo de 1965, CXI, 73).*

5. *En un comienzo la venta de derechos hereditarios o de gananciales fue calificada por la doctrina como un negocio jurídico aleatorio y, por ende, insusceptible de ser alegado por lesión enorme, sobre la consideración fundamental de imperar en él el riesgo de pérdida o de ganancia para los contratantes y, además, porque el derecho cedido no podía calificarse de inmueble.*

Ante el copioso número de negocios inequitativos sobre venta de derechos hereditarios o de gananciales y la falta de solidez de una posición tan cerrada o absoluta, la doctrina nacional, con fundamento en la legislación existente, revisó la posición anterior y dio entrada a la institución de la lesión enorme en materia de venta de derechos hereditarios o de gananciales, cuando por

razón del conocimiento de algunos hechos o circunstancias se pudiera concluir que las partes no estaban colocadas en el albur de la ganancia o de la pérdida.

En efecto, la Corte en sentencia de 3 de agosto de 1954, dijo:

"No se puede sostener de manera absoluta que la venta de derechos hereditarios sea siempre de carácter aleatorio. Cuando al momento de efectuarse la cesión se conoce de manera cierta por los contratantes la cuantía del activo y del pasivo de la sucesión, y el número y calidad de los herederos, el objeto vendido no es cosa que quede sometida totalmente al azar de una pérdida o ganancia. La prestación en este caso no depende de un acontecimiento incierto que haga imposible su justiprecio al momento del contrato. Puede ocurrir, por ejemplo, que la cesión se efectúe después de practicados los inventarios y avalúos cuando ya se han fijado precisamente los elementos integrantes del patrimonio herencial y los valores de los bienes relictos. En este caso la venta de los derechos hereneiales no tendrá carácter aleatorio.

"De tal manera que si por regla general la venta de derechos hereditarios sin determinación de especie, es contrato aleatorio, habrá casos en que ella tenga carácter conmutativo, siendo procedente entonces la acción rescisoria al existir lesión enorme, si los derechos cedidos valieron al tiempo del contrato más de la mitad de su justo precio. La calificación de la naturaleza aleatoria o conmutativa de la venta de derechos hereditarios, para decidir sobre la procedencia de la acción rescisoria por lesión enorme, es cuestión de hecho que corresponde determinar al juzgador en cada caso, teniendo en cuenta los antecedentes y las circunstancias en que se celebre el contrato, con base en las pruebas allegadas al juicio.

"Pero en contra de esta doctrina se hace la objeción de que en ningún caso tiene cabida la rescisión por lesión enorme en las ventas de derechos hereditarios, debido a la incertidumbre del carácter, mueble o inmueble, del objeto vendido. Es verdad que en esta clase de ventas el objeto de la transferencia no es una cosa corporal, sino una cosa incorporal, o sea, el derecho de herencia del cedente que recae sobre la universalidad de los bienes de la sucesión y no sobre especies determinadas.

"La dificultad es allanable. El artículo 667 del Código Civil, establece que 'los derechos y acciones se reputan muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que ha de ejercerse o que se debe'. Si el patrimonio de la sucesión está representado sólo en bienes raíces, el derecho de herencia cedido será inmueble y cabrá la rescisión. Por el contrario, si el patrimonio herencial está integrado únicamente por bienes muebles, el derecho del sucesor será mueble y no procederá la rescisión" (G. J. LXXVIII, 233).

Posteriormente, en sentencia de 21 de abril de 1961, la Corte, por una parte, reitera que procede la acción rescisoria por lesión enorme en los casos de cesión de derechos hereditarios o de gananciales cuando al tiempo de la cesión eran conocidas por las partes las fuerzas de la herencia y, por otra, sostiene que si el derecho cedido se hace con relación a determinado bien de la comunidad universal, también procede la mencionada acción puesto que en este evento el cedente no limita su responsabilidad a su calidad de heredero o cónyuge sobreviviente, sino que está obligado al saneamiento, como vendedor de cosa ajena, en los términos del artículo 1401 del Código Civil.

En el punto, dijo la Corte:

"Si a trueque de una determinada prestación se cede el derecho de herencia en abstracto, o sea 'sin especificar los efectos de que se compone', el cedente 'no se hace responsable sino de su calidad de heredero' (Art. 1967 C. C.); y la cesión que por lo general es negocio conmutativo y se rige por el principio de la utilidad equivalente para las partes, puede por excepción convertirse en aleatorio, por la contingencia incierta de ganancia o pérdida que al tiempo del negocio lleve aparejada.

"Si además de no estar especificados en la cesión los efectos de que se compone la herencia, no se contaba el día del contrato con elementos de juicio que razonablemente permitieran deducir el justiprecio del derecho cedido, y dentro de esa incertidumbre las partes asumieron la contingencia de ganancia o pérdida, ninguna de las dos podría llamarse a lesión, y el cedente sanea con sólo tener la calidad de heredero, aunque el cesionario experimente pérdida neta.

"Mas si a tiempo de la cesión eran conocidas las fuerzas de la herencia, como se revela a menudo por los hechos y principalmente después de la facción de inventarios, el elemento a sabiendas elimina el área, aunque el traspaso se haga sin especificar los efectos de que se compone la herencia. Cabe entonces la teoría de la lesión, en guarda de la equitativa igualdad de utilidades para las partes contratantes.

"Con mayor énfasis todavía cuando el derecho está cedido con respecto a determinado bien de la comunidad universal. Porque así la responsabilidad del cedente no se limita a su condición de heredero, sino que está obligado al saneamiento como vendedor de cosa ajena, en los términos del artículo 1401 del Código Civil, por el hecho de que no se le atribuye aquel bien en la partición hereditaria.

"Lo mismo se predica *mutatis mutandis* para la cesión por el cónyuge sobreviviente, de su derecho vinculado a cierto inmueble de la sociedad conyugal ilíquida, en razón de ser también comunidad universal" (G. J. CVII, 113 y 114).

6. En la especie de esta litis se tiene que los demandantes enajenaron por medio de la Escritura pública número 6755 de 5 de diciembre de 1972 a la Empresa demandada los derechos de gananciales y hereditarios, vinculados al bien raíz denominado "Chuza" y, concretamente, al 25% que tenía proindiviso en el mismo inmueble; que los demandantes, según la cláusula once de la mencionada escritura, se obligaron a salir al saneamiento de lo enajenado; que los vendedores autorizaron al comprador para sufragar por cuenta de aquéllos los gastos e impuestos que ocasionara el proceso sucesorio.

7. Según la prueba incorporada al proceso se desprende que los derechos cedidos por los demandantes lo fueron respecto de determinado bien de la comunidad universal y además se obligaron al saneamiento, por lo que la responsabilidad de los cedentes no se limita a su condición de cónyuge sobreviviente y herederos de Tomasa Lucrecia Martínez Ramos, sino que se han comprometido como vendedores en los términos del artículo 1401 del Código Civil.

8. Al confrontar los medios de prueba con las premisas sentadas fácilmente se desprende que el contrato materia del litigio puede ser impugnado de lesión enorme. De suerte que no quebrantó el Tribunal las normas señaladas en el cargo tercero.

9. Respecto del cargo segundo, se tiene que el Tribunal no cometió en su fallo el yerro fáctico que se le achaca, pues los peritos, como tenían que hacerlo, avaluaron todo el predio y luego el 25%, que corresponde a los derechos enajenados.

Por tanto, se impone el rechazo de los cargos segundo y tercero.

Cargo quinto (cuarto de la demanda).

Acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar los artículos 1º, 6º y 7º del Decreto-ley 2895 de 1968 y 13 del Decreto 3133 de 1968, por falta de aplicación.

El cargo lo apoya el censor en las apreciaciones siguientes:

a) Desde la contestación de la demanda, la parte demandada puso de presente que de conformidad con el artículo 7º del Decreto 2895 de 1968, las entidades de derecho público, entre las cuales figura la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, "en los casos en que adquieran por negociación directa un inmueble rural, no podrán pagar por éste un precio superior al que figura en el catastro ...";

b) A pesar de que el Tribunal en su sentencia reconoce que el artículo 7º del Decreto en mención impone limitaciones a los directores de las respectivas entidades públicas, incurre en el yerro jurídico de sostener que la empresa demandada no tiene el carácter de entidad de derecho público. Añade el censor que "desde el momento en que el Tribunal admite que la entidad demandada es un organismo descentralizado del Distrito Especial de Bogotá, como en efecto lo es, por eso sólo ha de ser tenida como entidad de derecho público, sea que se le califique como empresa industrial y comercial o como establecimiento público o con cualquier otra denominación";

c) El artículo 13 del Decreto 3133 de 1968 dispone que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá continúa siendo establecimiento público del Distrito Especial, lo cual es suficiente para concluir que debe tenérsele como entidad de derecho público. No podía el Tribunal, sin incurrir en desacierto jurídico, reconocerle a la Empresa de Acueducto su calidad de organismo descentralizado del orden municipal, para luego negarle su carácter de entidad de derecho público;

d) "Si la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, al celebrar el contrato impugnado de lesión enorme en la demanda, tenía que acatar aquel precepto, de modo que le estaba vedado estipular un precio que superara al que correspondía al inmueble rural objeto a la postre del negocio, es lógico que en el momento de precisar el Tribunal si en este caso se había incurrido en lesión enorme, le era forzoso tomar en consideración, a su vez, ese mismo precepto y, por consiguiente, tener en cuenta como factor insoslayable para medir el justo precio del inmueble al tiempo de la venta, el valor que catastralmente correspondía

a éste al tiempo de la venta; o sea que para todos los efectos se debía tener como justo precio el avalúo catastral";

c) El Tribunal, al dejar de aplicar el artículo 7º del Decreto 2895 de 1963, cometió el yerro jurídico antes indicado. Por consiguiente, "de la constancia y de la certificación del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, que obran a folios 107 y 108 del cuaderno número 1, el valor catastral de la totalidad del inmueble Chuza era de $ 4.000.000.00 y, por lo mismo, de un millón la cuota de 25% a que se refirió la negociación de compraventa objeto de este litigio, era esta última la suma que como justo precio de lo vendido debió tener en cuenta el Tribunal; por consiguiente, el complemento que debió señalarse como pagadero por la entidad demandada, para impedir la rescisión, es el representado por la diferencia entre el precio justo así señalado ($ 1.000.000.00) menos el diez por ciento ($ 100.000.00), o sea, por este aspecto, $ 900.000.00; restándole a esta suma el valor estipulado como precio en el contrato, o sea la cantidad de $ 290.181.82, queda fijado en $ 609.818.18, en definitiva, el valor de la suma complementaria que la entidad demandada tendría que cubrirle a los vendedores para impedir la rescisión decretada".

Se considera

1. La Corte, al decidir el litigio adelantado por Ricardo Castillo y Antonio de Jesús Rico contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, referente a la acción rescisoria por lesión enorme, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre los alcances del artículo 7º y concordantes del Decreto 2895 de 1963, del cual dijo que nada tenía que ver con el tema de la lesión enorme.

En efecto, afirmó en fallo de 20 de noviembre de 1980, lo siguiente: "Para la Corte es patente que, sin errar el camino de la recta hermenéutica, la disposición transcrita (artículo 7º) no puede entenderse cómo siempre que se demanda la rescisión por lesión enorme y una de las partes sea entidad de derecho público, el justo precio de la cosa vendida está determinado por el valor que, para entonces, tenga el inmueble en las respectivas oficinas de Catastro.

"Esa norma nada tiene que ver con el tema de la lesión enorme. Ella impone una limitación a las entidades de derecho público en la fijación del precio cuando adquieran por negociación directa, un inmueble rural, pero en ningún momento expresa que, en caso de demanda por haberse padecido por el vendedor lesión enorme, para determinar si existió o no ésta, ha de confrontarse el precio recibido por el demandante con el avalúo que el inmueble tenga en la oficina de catastro. Si el precio que se paga es inferior a la mitad del justo, la lesión enorme se produce aunque el comprador sea una entidad de derecho público".

2. Si como se acaba de ver, el artículo 7º del Decreto número 2895 de 1963 nada tiene que ver con la institución de la lesión enorme, no pudo infringirlo el sentenciador *ad quem* al no aplicarlo en la especie de esta *litis*.

En lo que sí tiene razón el recurrente es en el desacierto jurídico en que incurrió el Tribunal al negarle la calidad de persona jurídica de derecho público a la entidad demandada. Empero, dicho yerro es intrascendente, como quiera que el artículo 7º del Decreto 2895 de 1963 no toca con la lesión enorme, según se dijo antes.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

Cargo sexto (quinto de la demanda).

Se formula por violación directa de los artículos 884 del Código de Comercio, por aplicación indebida, y 1617 y 2232 del Código Civil por falta de aplicación, y el 1948, inciso 2º del Código Civil, por interpretación errónea.

El censor explica el cargo así:

a) En virtud de la confirmación impartida por la sentencia del Tribunal a la del *a quo*, quedó decidido que el suplemento del precio a cargo de la entidad demandada causaba intereses comerciales, a partir de la contestación de la demanda;

b) Tratándose en el presente litigio de un negocio puramente civil, pues el bien sobre el cual recayó la negociación se adquirió con fines de servicio público, los efectos de la lesión enorme declarada no podían estar sometidos a normas de derecho mercantil sino a las disposiciones del derecho civil;

c) Hubo violación directa de la ley, que consiste en la errónea interpretación que hizo el Tribunal del artículo 1948 del Código Civil, pues entendió que la alusión que hace dicho precepto a "intereses", se refiere a "intereses comerciales", siendo que sólo alude al concepto de intereses legales en materia civil.

Se considera

1. *En la demanda se pidió que se condenara a la Empresa demandada a pagar sobre el monto del complemento del justo precio del bien raíz, intereses comerciales desde la fecha de la demanda; el sentenciador* ad quem, *al confirmar lo dispuesto por el* a quo *en el punto, la condenó "a pagar los intereses comerciales... a partir de la contestación de demanda hasta cuando el pago se verifique"*

2. *Cuando el negocio jurídico no es mercantil sino simplemente de linaje civil, como ocurre en el presente caso, el interés a que podía ser condenada la parte demandada no podía ser otro diferente del interés legal de que tratan las disposiciones del Código Civil, tal como lo ha declarado la doctrina de la Corte al precisar el alcance del artículo 1948 del Código Civil* (Gaceta Judicial *LXXXVII, 339*).

3. Lo dicho es suficiente para concluir que el *ad quem* infringió las disposiciones sustanciales señaladas en la censura. Por consiguiente, el cargo prospera en lo referente a los intereses, o sea, que debe casarse la sentencia, a efecto de disponer en su lugar que los intereses del complemento del justo precio, a cargo de la parte demandada, no son los comerciales, sino los legales civiles.

Cargo séptimo (sexto de la demanda).

Acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar los artículos 884 del Código de Comercio, por aplicación indebida; 1617 y 2232 del Código Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

La parte recurrente lo desarrolla así:

a) El Tribunal, al condenar a la parte demandada a pagar "intereses comerciales sobre el suplemento del justo precio", erró al creer que la venta celebrada entre los litigantes tenía el carácter de mercantil, o sea, supuso prueba o ignoró la que obra en el expediente referente al contrato de compraventa civil, como por ejemplo, la resultante de la demanda y de los documentos acompañados a la misma, pruebas que exteriorizan que la venta atacada "fue hecha a una entidad de derecho público y para fines relacionados con el servicio público de acueducto";

b) Si el negocio impugnado de lesión no es mercantil sino civil, los intereses que debe pagar la Empresa demandada sólo pueden ser legales civiles, conforme lo establecen los artículos 1617, 2232 y 1948 del Código Civil. Por consiguiente, el *ad quem*, al imponer el pago de "intereses comerciales", quebrantó el artículo 884 del Código de Comercio, por aplicación indebida, y los otros preceptos citados, por falta de aplicación.

Se considera

1. Este cargo está destinado, al igual que el anterior, a impugnar de la sentencia del Tribunal lo referente a la condena que hizo por intereses comerciales sobre el monto del complemento del justo precio y, por ende, la parte recurrente insiste en el quebranto de los mismos preceptos (artículos 884 del Código de Comercio, 1617 y 2232 del Código Civil), aunque la infracción la deriva de la estimación de las pruebas.

2. Al prosperar el cargo anterior, la Corte queda relevada de considerar el cargo séptimo, puesto que éste, como se acaba de ver, se dirige a atacar de la sentencia del *ad quem* lo que ya quedó quebrado mediante el despacho del cargo precedente.

Sentencia sustitutiva

1. Se desprende de lo expuesto que con motivo de la prosperidad de los cargos primero y sexto, la sentencia impugnada debe casarse. Empero, como su quiebre es únicamente por el ataque que en el recurso extraordinario se ha hecho respecto de las resoluciones referentes a condenar a la Empresa demandada a pagarle a los demandantes, como complemento del justo precio la suma de $ 1.033.418.18, junto con los intereses comerciales, la sentencia de reemplazo habrá de reproducir del fallo del Tribunal (22 de mayo de 1980) las resoluciones que no quedaron afectadas con la prosperidad parcial de los cargos.

2. De conformidad con lo dicho, al despachar los cargos primero y sexto, a los que se remite la Corte, se tiene que la cantidad que debe pagar la Empresa demandada a los demandantes, si opta por completar el justo precio, es la suma de $ 834.818.18, junto con los intereses legales contados a partir de la contestación de la demanda y no de la presentación de la misma como debiera serlo, puesto que los demandantes, al no recurrir del fallo del *a quo*, consintieron esa parte de la resolución.

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 atacada y, actuando como tribunal de instancia,

Resuelve

1º Confírmase de la sentencia de 20 de marzo de 1979, pronunciada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, lo dispuesto en ella en los ordinales "primero" y "cuarto".

2º Modifícase lo dispuesto en ella y en su providencia complementaria en el numeral 2, en el sentido de que si la empresa demandada opta por completar el justo precio, ésta debe pagarlo a los demandantes la suma de $ 834.818.18. Esta obligación procederá a cumplirla la demandada dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del auto que dicte el *a quo* sobre obedecimiento de lo dispuesto por el superior.

3º Revócase lo dispuesto en el ordinal "tercero" y en su lugar se condena a la Empresa demandada a pagarle a los demandantes, sobre el complemento del precio o saldo a que se refiere la resolución precedente, intereses legales, contados a partir de la contestación de la demanda hasta cuando se haga el pago.

4º La demandada goza del derecho de opción consagrado en el artículo 1948 del Código Civil.

5º Condénase a la demandada a pagarle a los demandantes las costas de la segunda instancia en proporción del 50%.

No hay lugar a costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Necty Gutiérrez de Rodríguez, Alberto Ospina Botero.

Luis H. Mera Benavides
Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA

Las nociones de acción y de simples vías procesales no pueden confundirse. Características del derecho de acción.

La acción ejercitada por el demandante no puede confundirse con la vía procesal que adopte, sea adecuada o inadecuada.

Carácter real de la acción reivindicatoria y carácter personal de las obligaciones nacidas de la promesa de venta.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Alberto Ospina Botero.

Bogotá, D. E., 28 de abril de 1981.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, dictada el 21 de agosto de 1980, en el proceso ordinario que Hacienda La Cristalina Ltda., entabló contra José Vicente Suárez Serrato.

El litigio

1. Por vía ordinaria, Hacienda La Cristalina Limitada demandó a José Vicente Suárez Serrato el 7 de julio de 1978, ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, con el fin de obtener se la declare dueña de un predio rural debidamente descrito y alinderado en el libelo; se condene al demandado, como poseedor de mala fe, a restituirle dicho inmueble en el plazo que señale la sentencia, con todas sus mejoras y anexidades; y, junto con las costas procesales, se le condene a restituir los frutos naturales y civiles producidos o que hubiera podido producir el predio, desde el momento en que el demandado pasó a ocuparlo.

2. En resumen, la causa para pedir la configuró la demandante, así:

Hacienda La Cristalina Ltda., sociedad comercial de responsabilidad limitada, es dueña del citado terreno, en mayor extensión, por haberlo adquirido a título de aporte de sus legítimos dueños Juan Bautista Mesa y Leonor Mejía de Mesa, mediante Escritura 1219 del 8 de agosto de 1973 de la Notaría Primera de Pereira, con su titulación que abarca más de veinte años, y desde septiembre de 1972 Suárez Serrato ocupa dicha porción como poseedor con ánimo de señor y dueño pero sin justo título y de mala fe, por lo cual debe condenársele a las restituciones solicitadas.

3. Se trabó el debate con plena oposición del demandado, que la hizo consistir, especialmente, en tener el predio en su poder en virtud de promesa de compraventa que de él le hizo Juan Bautista Mesa el 4 de septiembre de 1972, promesa que manifestó y reiteró estar dispuesto a cumplirla. Todo lo cual le sirvió de apoyo para afirmar e impetrar que no está obligado a restituir ni el terreno ni sus frutos, a la vez que propuso excepciones: previas, que a la postre le fueron resueltas adversamente, y de fondo, consistentes en "carencia de acción", "carencia de pretensión" e "inidoneidad de los títulos de dominio de la demandante".

Además, invocó se le catalogara como poseedor de buena fe y alegó valiosas mejoras con su consecuencial derecho de retención.

4. Así se impulsó el proceso con aducción de pruebas y alegatos de las partes y perfilada la *litis*, culminó en su primera instancia con fallo de 15 de octubre de 1979, en donde el Juzgado resolvió declarar probada la excepción de "carencia de derecho para reivindicar", con costas a cargo de la demandante. Y ésta apeló de tal proveído motivo por el cual se abrió la segunda instancia ante el Tribunal de Pereira, en donde se cerró el 21 de agosto de 1980 con sentencia

confirmatoria de la del inferior y contra la cual la sociedad demandante interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

Las motivaciones del fallo impugnado

1. Tras el acostumbrado recuento del proceso y sin haber observación alguna respecto de los presupuestos procesales, pasa a describir y enumerar los aspectos generales de la acción reivindicatoria, para concluir que su prosperidad está condicionada a la existencia y prueba de sus cuatro y conocidos elementos fundamentales, a saber: a) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; b) Derecho de dominio del demandante; c) Posesión material en el demandado; y d) Identidad entre la cosa que se pretende y lo poseído.

2. En seguida y después de analizar el material probatorio, concluye sin vacilaciones que "se encuentran reunidos los cuatro elementos fundamentales de la acción de dominio".

Pero al examinar la defensa del demandado, montada en la promesa de compraventa que le hizo Juan B. Mesa, hoy socio y gerente de la sociedad demandante, y en virtud de la cual recibió de Mesa el terreno en litigio desde el 4 de septiembre de 1972, razonó así el sentenciador: "De acuerdo al (sic) contenido del contrato de promesa de venta y a las respuestas dadas en el interrogatorio por el prominente vendedor, la posesión que ejerce el demandado proviene de un acto libre de su voluntad, expresado en el contrato mencionado, cuyo incumplimiento se inició con las entregas de la cuota de $ 20.000.00 por parte del comprador y la del predio por parte del vendedor, lo cual indica que dicho contrato es válido a la luz del artículo 1602 del Código Civil, según el cual, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, pues las partes no lo han abolido mutuamente, ni ha sido anulado por causa legal alguna. Además, debe tenerse presente lo manifestado por el mismo prominente vendedor al responder la última pregunta del interrogatorio de parte cuando aclara que ante la imposibilidad de conseguir al demandado o que éste se presentara para elaborar la escritura, resolvió 'presentar el contrato de compraventa a su abogado para que se tomara este negocio a su cargo', expresiones que no sugieren la intención de recuperar lo prometido, como se ha pedido, sino el cumplimiento de lo pactado. La negación de todo valor legal al aludido contrato, hecha tardíamente, por parte del apoderado del actor, no se acomoda a lo planteado inicialmente por las partes en las respectivas posiciones que asumieron al trabarse la litis, pues ello no fue materia de controversia en el proceso. Las pruebas analizadas indican claramente que la parte actora escogió una vía procesal equivocada al demandar la reivindicación del predio entregado en cumplimiento del contrato de promesa, pues si consideraba que el comprador le estaba incumpliendo, la vía adecuada era la consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, que consagra para los contratos bilaterales, como el de promesa de venta, la condición resolutoria tácita en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, dándole el derecho de pedir a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

3. De lo anterior concluyó que la demandante carece del derecho invocado, por lo cual debe confirmarse lo resuelto por el *a quo*.

Y contra la sentencia así motivada, interpuso la sociedad demandante el recurso de casación, en el cual ahora se ocupa la Corte.

La demanda de casación

Trae tres cargos, todos en la órbita de la primera causal y que, por estar llamado a prosperar el *segundo*, a él contrae la Corte su estudio y decisión.

1. En él se acusa la sentencia como violatoria de los artículos 2079, 1602, 1603, 1595, 693, 740, 745 y 2020 del Código Civil; 98 del Código de Comercio y 89 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación; y 306 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida, para, al final, vulnerar los artículos 946, 947, 950, 952, 961 y 963 y siguientes del Código Civil, por falta de aplicación.

2. La censura se inicia y desarrolla manifestando en primer término que, a voces del artículo 2079 del Código Civil, la sociedad es una persona jurídica distinta de los socios; que únicamente las partes contractuales caen bajo el ámbito de los artículos 1602 y 1603 del mismo código; que los contratos solamente obligan a una o ambas partes; que los créditos pueden cederse, no así las deudas, pues nadie puede dejar de ser deudor, colocando a alguien en su lugar, sin el consentimiento expreso del acreedor, conforme al artículo 1694 del Código Civil, y el tercero, extraño tanto al deudor como al

acreedor, no puede quedar obligado sino en virtud de asunción de la deuda, bien sea como deudor o como garante; que en el Código de Comercio se introdujo la figura de la "cesión de contrato", conforme a la cual una de las partes transfiere a un tercero íntegra su posición de contratante en forma tal que el cesionario tendrá en lo sucesivo el carácter de parte, obviamente con su consentimiento y con el del otro contratante.

Y agrega que el contrato es fuente de obligaciones y no de derechos reales o de posesión siquiera de tenencia, pues el dominio, la posesión o la tenencia a que tienda el contrato emanan no de su celebración sino de su ejecución (Arts. 1595, 693, 740, 745 y 1892 del C. C.), y el contrato de promesa de compraventa es un contrato meramente preparatorio, por el cual ambas partes se obligan a celebrar la venta prometida (Arts. 861 ib. y 89 de la Ley 153 de 1887).

3. Así, y no habiendo sido la sociedad Hacienda La Cristalina Limitada, parte en la promesa de compraventa que Juan B. Mesa celebró con José Vicente Suárez, ni habiendo asumido dicha sociedad las obligaciones de Mesa en tal contrato, sin que tampoco sea sucesionaria, es evidente que no está vinculada por él y que mal podía exigírsele, como lo hizo el Tribunal, que sin título alguno, o sea sin legitimación en la causa, procediera a demandar la resolución de un contrato extraño a ella, en el que no fue parte ni cuyos derechos ha adquirido en momento ni a título algunos.

Repite el censor que el contrato de promesa es preparatorio, con función específica de obligar a ambas partes a celebrar un contrato principal o definitivo; es fuente exclusiva de obligaciones de hacer, o sea de celebrar el contrato prometido, a cargo de las solas partes, de manera que, en caso de incumplimiento, es la parte víctima de él la única autorizada para demandar, a su elección, o el cumplimiento específico o *in natura* de la obligación a su favor (obligación de hacer, artículo 501 C. de P. C.) o la resolución con vuelta de las cosas al *status quo ante* (Art. 1546 del C. C.). Es decir, ambas acciones corresponden exclusivamente a las partes o, eventualmente, a los cesionarios de ellas.

4. La tramitación del derecho de dominio puede darse a título universal o particular, gratuito u oneroso, y la enajenación a título de aporte es ejemplo de enajenación singular y onerosa: quien adquiere el dominio de un bien a título oneroso no queda vinculado por las obligaciones contraídas por el enajenamiento respecto de la posesión o de la tenencia de ese bien, salvo las excepciones legales como en caso de establecimientos de comercio o de arrendamiento por escritura pública (Arts. 518 y sig. C. de C.; 6 2020 ordinales 2º y 3º C.C.).

Por consiguiente, la sociedad, persona distinta de los socios individualmente considerados, no es sucesora de las obligaciones contraídas por el socio aportante de un inmueble, en torno de la enajenación, posesión o tenencia de éste. Y como adquirente del dominio del bien, no está autorizada para ejercer las acciones que pudiera tener y entablar, no como dueño sino como contratante, quien prometió la venta del bien en cuestión.

El adquirente a título universal, en cuanto es continuador de los derechos y obligaciones del causante, sí está obligado, como lo estaba éste, por los contratos en que el causante fue parte, respecto de los bienes que de éste adquiera a ese título.

5. Pero en el presente litigio se observa que Juan B. Mesa prometió en venta a José Vicente Suárez un terreno que hace parte de La Cristalina, cuya titulación se indicó en el documento de promesa en forma tal que el predio reivindicado pertenecía en común y proindiviso a Juan B. Mesa y a Leonor Mejía de Mesa, quien no contrató con Suárez. Y como consta posteriormente, la totalidad del inmueble pasó al dominio de la sociedad demandante, a título de aporte de sus anteriores dueños Juan B. Mesa y Leonor Mejía.

En tales circunstancias y aún en el supuesto de que el Tribunal no hubiera confundido a Juan B. Mesa con la sociedad hacienda La Cristalina Limitada, para sostener que ésta, como promitente vendedora, no podía desconocer la promesa y pretender directamente la reivindicación del bien de su propiedad poseído por el demandado, sino que ha debido demandar la resolución del contrato de promesa o, eventualmente, la nulidad de él, para, a consecuencia de la declaración judicial respectiva, lograr la entrega del fundo, aún en la hipótesis de que el acogimiento de la excepción del demandado se hubiere derivado de la creencia de que quien adquiere un bien a título singular y oneroso está obligado a respetar la posesión conculcada sobre él por el enajenante, tal reflexión y la consiguiente conclusión de que el tercero está constreñido a ejercer las acciones que tenía el enajenante para la restitución del bien, pecarían contra la lógica y el derecho y darían lugar a la casación de la sentencia, por in-

plicar "violación de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, que al circunscribir el radio de acción de los contratos a las partes consagran un derecho de inmunidad en favor de los terceros, por falta de aplicación; de los artículos 1595, 2020, 693, 740, 745 Código Civil y 89 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación; al olvidar que los contratos en general y, el de promesa en particular, no generan derechos reales ni posesión ni tenencia, sino apenas obligaciones y, de suyo sólo para las partes; del artículo 1546 Código Civil, con relación al artículo 306 Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida, en la misma medida en que le atribuyó a quien no fue parte en un contrato ni cesionario de parte en él, la acción resolutoria por no haber ejercitado previamente la resolutoria, con aceptación; de la defensa de 'carencia de acción' opuesta por el demandado; y en fin, de los artículos 946 y siguientes Código Civil, por falta de aplicación, dado que, a pesar de hallarse acreditadas las bases de la reivindicación, la negó, con todas sus consecuencias".

6. Y remata el cargo diciendo que "el caso es que quien adquiere a título oneroso un bien no sucede por ello en sus derechos y obligaciones a quien había prometido en venta ese bien con anterioridad a otra persona, a menos que, adicionalmente, sea cesionario del contrato de promesa o del crédito del promitente vendedor o haya expresamente asumido las obligaciones de éste; y que, como lo establece el artículo 1546 Código Civil, para poder demandar, sea el cumplimiento de un contrato, sea su resolución, es indispensable la condición de contratante o de cesionario del contratante o de heredero de él, posición que, evidentemente, no tiene quien apenas adquirió una cuota del dominio del bien de manos del contratante.

"En otras palabras, el Tribunal desbordó los lindes de los efectos de los contratos y concedió los derechos de parte, a la vez que le impuso las obligaciones de tal, a quien no fue parte ni cesionario de parte ni heredero de ella; y creyó, erróneamente, que quien adquiere onerosamente el dominio de un bien, sucede, por esa sola circunstancia al enajenante en todos sus derechos y obligaciones contractuales respecto de ese bien.

"De ahí el pedimento de casar la sentencia de segundo grado, y de, en seguida, revocar la del juzgado y de pronunciar la reivindicación impetrada".

Considera la Corte

1. *Antes de entrar a fondo en el estudio y decisión del cargo y comoquiera que el Tribunal considera "que la parte actora escogió una vía procesal inadecuada al demandar la reivindicación del predio entregado en cumplimiento de una promesa de compraventa, pues si consideraba que el comprador le estaba incumpliendo, la vía adecuada era la consagrada en el artículo 1546 del Código Civil...", es pertinente consignar algunos aspectos cronológicos y doctrinarios sobre el particular.*

De antaño, y ahora en dicho Tribunal, existe confusión entre las nociones de acción y de simples vías procesales.

Aun cuando la división de materias adoptada en las Instituías de Justiniano ("Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones") no fue respetada por el Código de Napoleón, vino así a darse origen al Código de Procedimiento como recipiente de las simples ritualidades judiciales o de mero trámite.

O sea, la acción en su más sencilla concepción, era "el derecho de hacer efectivo otro derecho", fórmula en vigencia hasta no hace poco y que repetía la antiguamente enunciada por Celsio: "Nihil aliud est actio quam jus quod debeatur judicio persequendi".

Sobre estas bases se asentó la llamada noción civilista del derecho de acción, reminiscencia del "jus persequendi" y del "modus agendi", hasta tal punto que para 1550 Blondeau definía el procedimiento como "la colección de formas que han de emplearse en el ejercicio de nuestros derechos".

Pero poco después Windscheid, discurriendo sobre la "actio" romana, propuso una distinción entre el derecho sustancial y la acción. Pocos años más tarde Von Bulow presentó una nueva teoría sobre el proceso, señalándolo como una relación jurídica pública entre los litigantes y el Estado, que implicaba la existencia de los presupuestos procesales, y que marcó la iniciación científica de los estudios procesales. Y Wach agregó que la acción es el resultado de la necesidad de protección jurídica que se formula al Estado en orden a realizar el derecho, fin que es medio del proceso.

Este impulso inicial, recogido primero por Goldschmith y luego por los maestros italianos Carnelutti, Chiovenda, Rocco y Calamandrei, vino a fructificar en darle autonomía a la ciencia procesal, desplazando la noción de acción del sentido individual y personalista que venía informándola como parte del derecho privado: "El derecho era pura acción, y la acción el derecho subjetivo por antonomasia", concluyó David Lascano.

Ahora bien: el rasgo común a todas las teorías que implican reacción contra el prejuicio privatista, es triple, o saber: a) dan un concepto unívoco al vocablo acción; b) la conciben como una actividad en frente al Estado, y no de otro sujeto vinculado ya con el actor por un nexo de derecho civil; y c) distinguen entre ella y otro posible derecho sustancial, dándole así plena autonomía.

Y al quedar colocada la acción dentro del género de los derechos subjetivos, cabe definirla como "el poder jurídico de determinar el nacimiento de la condición para la actuación de la voluntad de la ley". O sea, es un poder jurídico al servicio del interés individual, pero no vinculado a una prestación sino al ejercicio de una función pública por parte del Estado, actividad pública que la determina al sujeto agente cuando realiza la condición para poner aquélla en movimiento, sin que el juzgamiento por parte del Estado sea una prestación, pues la acción se ejerce frente al Estado y no contra éste. Calamandrei describe cabalmente este fenómeno cuando dice que "no pudiendo sujetar con la fuerza propia al adversario, el titular del derecho tiene el poder de dirigirse al Estado para hacerlo someter con la fuerza de la autoridad; éste es el poder de la acción".

Y bien pueden sintetizarse así las características propias del derecho de acción, o sea: a) es un derecho subjetivo público; b) es un derecho potestativo; c) es un derecho autónomo; y d) es una condición para el ejercicio del atributo jurisdiccional.

Ahora bien: las condiciones de la acción o condiciones de la actuación de la ley, tradicionalmente recogidas bajo la locución de "interés jurídico", se derivan de tres factores: la coincidencia entre la causa petendi y una norma jurídica, o sea la subsunción; la legitimación para obrar y para contradecir, o "legitimatio ad causam"; y el interés procesal.

Vale aclarar, respecto del primer factor, que el derecho subjetivo se confunde con el sustancial únicamente cuando no es necesario, para formarlo, la voluntad de un sujeto de derecho, pues en la medida en que esta actividad se requiera, el derecho que surge de la concordancia entre el hecho y la norma es precisamente el derecho de acción, autónomo y distinto, por tanto, del derecho sustancial *cuyo nacimiento quedará pendiente de la sentencia en que culmine el ejercicio de la acción.*

En cuanto al segundo requisito, que por demás es el que directamente toca con el tema básico del recurso en estudio, al ser indispensable que la acción no sea ejercida por cualquier sujeto de derecho, *sino por* quien está legitimado para hacerlo *y no contra cualquier persona sino* contra quien está legitimado para contradecir, *ello es apenas una consecuencia de la llamada disponibilidad de los derechos subjetivos y, en especial, del derecho de acción.*

No sin mencionar que excepcionalmente y tal vez en consideración a la familia, *la ley atribuya* legitimación *a personas diferentes de las que se encuentran en la posición indicada, como en los casos de los artículos 143, 144, 219 y 335 del Código Civil, verbigracia, o cuando la ley otorga legitimación "ad causam" al Ministerio Público, o ante la inactividad voluntaria o forzada del sujeto, estimula el ejercicio de la actividad jurisdiccional en buena de la observancia del derecho objetivo, como en los casos de los artículos 12 de* la Ley 45 de 1963, 2º de la Ley 50 del mismo año *y 13 de la Ley 75 de 1968.*

Y en cuanto al interés procesal, se origina en la necesidad de ocurrir a la justicia bien sea para despejar la incertidumbre sobre un estado jurídico, o para obtener el cumplimiento por parte de un prestigiado, o para reemplazar por otra una posición jurídica.

2. *De todo este discurrir se desprende que el Tribunal incurre en grave desatino cuando habla de* vía procesal inadecuada *la que,* no como vía sino como acción *está ejerciendo la sociedad demandante, pues al equiparar ésta con aquélla regresa al "jus persequendi" de antaño y desconoce el elemental e importante principio no sólo de la existencia de la acción como derecho autónomo sino además potestativo.*

Descarrío no sólo de léxico jurídico sino de carácter interpretativo cuyas consecuencias se medirán más adelante.

3. *Acierta el censor cuando expone que el ámbito de los contratos, de sus efectos y de su cumplimiento, no desborda el marco de las partes comprometidas.*

Y que la cesión de los derechos y obligaciones personales de cada parte puede tener lugar, en cuanto al crédito, mediante las regulaciones previstas en los artículos 1959 y siguientes del Código Civil, y en cuanto al débito únicamente con la expresa aceptación del acreedor, según los artículos 1690 y 1694 ib.

Aun cuando la promesa de compraventa tenga en últimas el propósito y la finalidad de que el prometiente comprador adquiera el dominio del

bien prometido, el régimen legal del Código Civil Colombiano está estructurado en que los contratos son en sí mismos fuentes inmediatas de derechos personales y no reales.

En consecuencia, y como por su origen y características las acciones también pueden dividirse en reales y personales (excepcionalmente las hay mixtas), en atención al carácter del derecho sustancial o voluntad de la ley que, mediante su ejercicio, se quiera hacer valer, es evidente que la acción reivindicatoria tiene eminente carácter real pues su soporte básico es el derecho real de dominio, en tanto que la acción del prometiente vendedor tiene su manantial exclusivo en el contrato de promesa de compraventa que, como tal, sólo genera derechos y obligaciones personales. Al respecto es explícito el texto de los artículos 665 y 666 del Código Civil.

Corroboro lo anterior el examen e investigación, en cuanto a sus orígenes, de la acción reivindicatoria aducida por la demandante y de la acción o acciones que pudieran derivarse de la promesa de compraventa entre Juan B. Mesa y José Vicente Suárez.

La primera tiene claro origen en el aporte que no sólo Juan B. Mesa sino su cónyuge Leonor Mejía de Mesa hicieron a la sociedad demandante, aporte que además de configurar un título traslaticio de dominio, se complementó mediante el correlativo modo o tradición de bienes raíces sujetos a registro. Y así surgió en cabeza de haciendo La Cristalina Limitada, persona jurídica absolutamente distinta de Juan B. Mesa y de Leonor Mejía de Mesa, el derecho real de dominio sobre el bien raíz que éstos le aportaron, derecho real que es tal vez la principal condición de la acción reivindicatoria y que el propio Tribunal declara haberse comprobado plena y cabalmente.

De otro lado entre el prometiente vendedor Mesa, persona distinta de la sociedad demandante, y el prometiente comprador Suárez, existe y aún parece estar en vigencia, un contrato que en verdad es preparatorio de una compraventa de un bien raíz pero que hasta el momento no ha pasado de ser un nexo de obligaciones personales de hacer entre las partes contratantes que ni ha culminado en el contrato de venta prometido, cuyo objeto es un inmueble y que por tanto requiere escritura pública de traspaso, ni menos aún con la adecuada inscripción en el Registro de la escritura que así viniera a darle efecto real a las obligaciones personales pactadas entre las partes.

Por tanto, ningún paralelismo, ni menos aún coincidencia, existe entre la acción real de la sociedad demandante y las acciones personales que su anterior prometiente vendedor pueda tener contra el demandado Suárez Serrato.

Tanto es así que ni por asomo puede pensarse, como sería forzoso hacerlo en caso de paralelismo obligado o coincidencia al respecto, que la decisión en este proceso en que se ejerce la acción real de dominio o reivindicatoria, pueda causar efecto de cosa juzgada en relación con las acciones personales de las partes que contrataron la promesa de compraventa, así en ambos casos se trate de un mismo inmueble y de eventualmente un mismo demandado.

La sola discrepancia y distinción entre la sociedad demandante y el prometiente vendedor, que se repite son dos personas jurídicamente diferentes sin que la primera sea causahabiente ni delegada de la segunda, enerva toda posibilidad de efecto de cosa juzgada en razón de las acciones, real la una y personal la otra, que cada uno de ellos pueda tener o ejercer.

Y sobra insistir en que la sociedad demandante no se ha subrogado por modo alguno en las obligaciones del prometiente vendedor Juan B. Mesa, pues además de que tal sustitución requiere una previa y expresa aprobación de las partes, el sólo hecho de haber adquirido por aporte de Mesa, conjuntamente con Leonor Mejía el inmueble en litigio, —quien como se vio tampoco es parte en dicha promesa—, no produce "per se" un traslado o desplazamiento integral y automático de las obligaciones y acciones personales que uno de los aportantes pudiera tener tangencialmente sobre dicho inmueble pero directamente emanadas del contrato de promesa de compraventa, del cual como se vio sólo brotan obligaciones y acciones personales.

4. En estas condiciones, es indiscutible que la sentencia acusada violó las normas sustanciales que circunscriben el efecto de los contratos únicamente a las partes y en modo alguno lo amplían respecto de terceros; que los contratos en general y en especial el de promesa, no generan derechos reales sino apenas obligaciones entre las partes; que la acción resolutoria por incumplimiento de un contrato es una acción personal que no puede atribuírsele a quien no ha sido parte en el mismo; y que la acción reivindicatoria es autónoma y de carácter real, en ningún modo condicionada al previo ejercicio de una personal acción resolutoria.

Sea de advertir que aun cuando la Corte, por motivos diferentes, ha sostenido que el prometiente vendedor que en virtud de una promesa de contrato se ha desprendido de la posesión de un bien en favor de su prometiente comprador, no puede reivindicarlo sin previamente desatar el lazo contractual de la promesa, ello se debe a que es incompatible aducir ánimo de dueño por parte del prometiente vendedor demandante en estas condiciones, pues al haberse despojado voluntaria y contractualmente de ese carácter, está inhibido para recabar un legítimo derecho de dominio con marcada ausencia de ese factor y, menos aún, para revolcar mediante una acción diferente lo que él mismo entregó a título de una obligación tutelada en forma distinta, propia y específica.

Pero la situación en este proceso es radicalmente opuesta, pues el prometiente vendedor Juan B. Mesa no es quien ejerce la acción reivindicatoria ni es parte en el proceso, teniendo apenas un circunstancial carácter de aportante de una cuota del referido inmueble a una persona jurídica que lo recibió a título singular y quien, por tanto, no quedó vinculada ni por los derechos ni por las obligaciones personales del antiguo condueño del inmueble.

Todo lo anterior explica la prosperidad del cargo en estudio y conduce a la quiebra del fallo acusado.

Por tanto, 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 dictada el 21 de agosto de 1980 por el Tribunal Superior de Pereira en este proceso ordinario de Hacienda La Cristalina Ltda., contra José Vicente Suárez Serrato.

Pero antes de dictar la sentencia de reemplazo, la Corte, en ejercicio de la facultad que le confiere el inciso 3º del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, decreta de oficio la práctica de la siguiente prueba:

Mediante dictamen pericial practicado por expertos en la materia, efectúese un inventario y avalúo de las mejoras que el demandado haya implantado en el terreno materia de pleito, distinguiéndolas entre necesarias, útiles y voluptuarias, y especificando cuáles pueden, o no, ser removidas sin detrimento del citado inmueble.

Así mismo, efectúese un cálculo y avalúo de los frutos civiles y naturales producidos o que hubiera podido producir el citado inmueble, desde cuando el demandado poseedor lo tiene en su poder, o sea, desde el 4 de septiembre de 1972 hasta la fecha, dividiéndolos en dos etapas: la primera, desde ese día hasta el 3 de agosto de 1978, fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda, y la segunda, desde esta última fecha en adelante.

Los peritos tendrán en cuenta, especialmente, que los frutos en cuestión hayan sido producidos o no, exclusivamente por las mejoras del demandado, o, conjuntamente, por éstas y por el terreno en el cual están implantadas, prorrateándolos si fuere este último caso.

Ambas partes colaborarán adecuadamente en la práctica de la presente prueba, cuyos costos asumirán por mitad.

Al efecto, señálase un término de veinte días contados a partir de la fecha de posesión de los peritos, que oportunamente serán designados.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Nelly Gutiérrez de Rodríguez, Alberto Ospina Botero.

Luis H. Mera Benavides
Secretario.

INTERESES EN EL CONTRATO DE MUTUO COMERCIAL

Tratándose de mutuo en dinero, el mutuario debe pagar intereses legales comerciales, salvo pacto expreso en contrario.

La ley no ha limitado la tasa de interés convencional durante el plazo sino la del interés durante la mora que no puede ser superior al doble del bancario corriente. Ello no significa que no exista límite legal para pactar intereses remuneratorios: este límite es el mismo contemplado para los intereses moratorios, los cuales, además de retribuir el uso del dinero prestado y los riesgos de pérdida, indemnizan los perjuicios causados con la mora. Interpretación del artículo 884 del Código de Comercio.

El acreedor perderá todos los intereses de mora cuando se conviene que sean superiores al doble de los pactados durante el plazo o al doble del interés bancario corriente, pero no cuando el interés moratorio resulta superior al doble del bancario corriente por aplicación automática de la ley, en cuyo caso las sumas que excedan al doble del interés bancario corriente deberán reducirse a este tope máximo.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Germán Giraldo Zuluaga.

Bogotá, D. E., 29 de mayo de 1981.

Entra la Corte a desatar el recurso de casación que todas las partes interpusieron contra la sentencia del 8 de abril de 1980, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso ordinario iniciado por Edgar Posada Guerrero frente a Industria Nacional de Construcciones Ltda. y Agropecuaria de Palmira Ltda.

1

El litigio

1. En demanda admitida el 4 de junio de 1976 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira, Edgar Posada convocó a proceso a las dos sociedades mencionadas arriba para que, rituado el ordinario de mayor cuantía, se declarase simulado el contrato de venta de derechos hereditarios que contiene la escritura número 507 de 20 de marzo de 1975, de la Notaría Segunda de Palmira y que, en cambio, se declarase que lo acordado por las partes fue un mutuo por la suma de $ 970.000, cuyos intereses, por exceder de lo autorizado por la ley, "se fijen de acuerdo con ella". Solicitó también el demandante la nulidad por ilicitud del objeto, de la compraventa a que alude la Escritura 491 de 26 de abril de 1976 de la misma notaría, por la cual Industria Nacional de Construcciones Ltda. vendió a Agropecuaria de Palmira Ltda. los mismos derechos hereditarios que había comprado a Edgar Posada y, en subsidio, que es simulado ese contrato por haberse acordado realmente el de fiducia o encargo de confianza para ostentar ante terceros el título de derechos de los que la "aparente vendedora realmente no se desprendía". Consecuencialmente solicitó se declarase que los derechos hereditarios mencionados no han salido del patrimonio del demandante y que su actual poseedora debe devolvérselos; que Industria Nacional de Construcciones incumplió el contrato contenido en la Escritura número 507, por lo que debe pagar al demandante los perjuicios que le haya ocasionado con tal proceder y finalmente que, subsidiariamente, se declare la rescisión por lesión enorme del contrato celebrado por Edgar Posada.

2. Como fundamentos fácticos de las pretensiones, el demandante manifestó que el 12 de abril de 1969 falleció su madre, señora María Luisa Guerrero de Posada, de la cual fue él reconocido judicialmente como su heredero legitimario; que en la diligencia de inventario, llevada a cabo el 18 de noviembre siguiente, el activo bruto se fijó en la suma de $ 43.235.851,80; que "en el mes de marzo de 1975, atravesando un estado de emergencia económica", Edgar Posada Guerrero se dio a la tarea de obtener urgentemente un préstamo de dinero, hasta que François Cavard lo puso en contacto con Julio César Rico Jiménez, "representante de la sociedad Industria Nacional de Construcciones Ltda.", con quien, luego de varias conversaciones, se acordó que ésta le prestaría, con plazo de un año, la suma de $ 970.000 a interés, pero que el préstamo se garantizaría "mediante cesión, a título de venta con pacto de retroventa, del 50% de los derechos hereditarios de Posada en la sucesión de su madre y con la entrega de un cheque firmado por éste por la suma de $ 970.000", lo que así se llevó a cabo otorgando la Escritura número 507 citada, en la que "se expresó que la supuesta cesión de los derechos herenciales la hacía Edgar Posada a la sociedad 'Industria Nacional de Construcciones Limitada', por la suma de $ 1.360.000.00, con plazo de un (1) año, contado a partir de la fecha del contrato para que el deudor ejercitara el derecho de recompra y se dijo también que para tal fin Posada debería hacer al acreedor abonos mensuales no menores de $ 30.000.00, debiendo dar el primero el 20 de abril de 1975 y así sucesivamente hasta cuando cesare readquirir, 'caso en el cual debía cancelar el total adeudado a la fecha de hacer el pago'"; que realmente el aparente vendedor sólo recibió la suma de $ 970.000 en cheque número 057898, postdatado de 9 de abril de 1975, que se le había entregado desde el 6 anterior; que la diferencia de $ 390.000 se imputó a intereses bajo la modalidad de abonos mensuales expresada en el contrato; que, de otra parte, si el contrato fuese de venta de derechos hereditarios, habría lesión enorme, pues ellos valen mucho más del doble del precio estipulado; que la sociedad Industria Nacional de Construcciones, por auto del 9 de julio de 1975, fue subrogada en el 50% de los derechos hereditarios del demandante Posada, no obstante que desde el 7 de mayo anterior se había tomado nota de que el derecho sucesoral de Edgar Posada estaba embargado por cuenta del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá; que a pesar del dicho embargo y con el fin de "defraudar intereses patrimoniales de terceros", Industria Nacional de construcciones Ltda., por Escritura número 491 del 26 de abril de 1976 de la Notaría Segunda de Palmira, y sin propósito real, vendió a la Sociedad Agropecuaria de Palmira Ltda., de quienes son únicos socios los mismos de aquélla, los derechos hereditarios que había adquirido de Edgar Posada; que esta venta fue de confianza, pues sólo se buscaba que se creyera públicamente en esa transacción, no obstante que ni existió ánimo de enajenar, ni intención de adquirir, ni precio.

3. Con expresa oposición de los demandados se adelantó la primera instancia que culminó con fallo estimatorio del 31 de marzo de 1979, en que se resolvió:

"Primero. Declárase simulado, y por lo tanto sin valor legal alguno, el denominado contrato de cesión de derechos herenciales contenido en la Escritura pública número 507, de 20 de marzo de 1975, de la Notaría Segunda de Palmira; y acordado en cambio con plena validez y eficacia jurídica y legal, el de mutuo o préstamo de consumo, por la suma de novecientos setenta mil pesos ($ 970.000.00), moneda corriente, que encubría y que fue el realmente entendido y querido por los estipulantes Edgar Posada Guerrero, como prestatario, e 'Industria Nacional de Construcciones Ltda.', como prestamista.

"Segundo. Como consecuencia de la declaración anterior y por cuanto los intereses estipulados exceden de los permitidos por la ley, se reducen al interés corriente del dieciséis por ciento (16%) anual, que estaba vigente en marzo 20 de 1975.

"Tercero. *Declárase absolutamente nulo*, por *ilicitud en el objeto*, el contrato de compraventa contenido en la Escritura pública número 491 de 26 de abril de 1976 de la Notaría Segunda de Palmira, por medio de la cual la sociedad 'Industria Nacional de Construcciones Limitada', dijo venderle a 'Agropecuaria de Palmira Ltda.', 'Agropal Ltda.', los mismos derechos que la primera dijo haber adquirido del hoy demandante Edgar Posada Guerrero.

"Cuarto. *Declárase*, en consecuencia, que los bienes materia de las estipulaciones contenidas en las dos escrituras que se mencionan en los extremos petitorios anteriores, o sean, los derechos herenciales de Edgar Posada Guerrero en la sucesión de su legítima madre, doña María

Luisa Guerrero de Posada, y cuya cuota proindiviso radica sobre los bienes concretamente *singularizados* en el hecho *segundo* de este libelo, jurídica y legalmente no han salido de su patrimonio al cual pertenecen; por lo cual la sociedad 'Agropecuaria de Palmira Ltda.', 'Agropal Ltda.', como su actual poseedora, está en la obligación de *restituírselos* a aquél, junto con los frutos naturales y civiles que hayan producido o podido producir desde que inválida y aparentemente los adquirió, hasta el día de la restitución.

"Quinto. Ordénase la cancelación de la inscripción de la demanda. Ofíciese en tal sentido a los señores Registradores Públicos y Privados de Palmira y Cali respectivamente.

"Sexto. Condénase a las sociedades demandadas al pago de las costas procesales".

De esa providencia apelaron las dos sociedades demandadas y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali decidió la segunda instancia por medio de su fallo del 8 de abril de 1980, así:

"1º Confírmanse los numerales 1º, 4º y 5º de la sentencia apelada.

"2º Refórmase el numeral 2º de la misma sentencia, fijándose en su lugar el interés corriente en el 32% anual, vigente al 20 de marzo de 1975.

"3º Revócase el numeral 3º de dicha providencia y, en su lugar, *declárase simulado* y, por lo tanto, sin valor legal alguno, el contrato de compraventa contenido en la Escritura número 491 de abril 26 de 1978, de la Notaría Segunda de Palmira, y acordado, en cambio, con plena eficacia jurídica y legal, el de *fiducia* o encargo de confianza que aquél encubría, a efecto de que Agropecuaria de Palmira Ltda., Agropal Ltda., como compradora, ostentara ficticiamente ante terceros unos derechos de que Industria Nacional de Construcciones Ltda., como aparente vendedora, realmente no se había desprendido".

Entonces tanto las sociedades demandadas como el demandante Posada interpusieron recurso de casación.

II

La sentencia ahora recurrida

Después de precisar el *thema decidendum* y de explicar en qué consiste la simulación y que su prueba es, hoy, libre no sólo para los terceros, sino también para quienes fueron parte, el Tribunal acomete el estudio del haz probatorio. Encuentra que con lo declarado por Alvaro Benoit Camacho (folio 35 del cuaderno 2º), Francisco Antonio Caviria Ochoa (folio 5, cuaderno 2), María Virginia Henao (folio 6, cuaderno 2) y Héctor Vallejo Silva (folios 142 y 143 del cuaderno 2), resulta que hacia finales de 1974 o principios de 1975, el demandante, Edgar Posada, estuvo buscando entre familiares, amigos y comisionistas, un préstamo de dinero que garantizaría con su derecho hereditario en la sucesión de su madre, María Luisa Guerrero de Posada.

Resume después el *ad quem* lo afirmado en sus interrogatorios de parte por Darío Villegas Arango, gerente de Agropecuaria de Palmira Ltda., y Alfonso Diago Abello, gerente de Industria Nacional de Construcciones Ltda. y lo que declararon Julio César Rico Jiménez, concuñado de los dos gerentes citados, y su esposa Yolanda Escobar de Rico, que es cuñada de éstos. Extracta después el sentenciador el testimonio de José Storino España y lo que el Juzgado de primera instancia, durante la diligencia de inspección judicial, constató en los libros de contabilidad de las sociedades demandadas y lo que dictaminaron los peritos que intervinieron en esa diligencia, quienes fijaron al 50% de los derechos herenciales de Edgar Posada Guerrero en la sucesión de su madre, para el 20 de marzo de 1975, un valor de $ 6.482.442,26.

Relaciona después el fallador los certificados de la Cámara de Comercio de Palmira sobre constitución, existencia y representación de las sociedades demandadas, la copia del auto por medio del cual se declaró abierto el proceso de sucesión de María Luisa Guerrero de Posada y la diligencia de inventario y avalúos, el auto que decretó la partición y el que dispuso tener a la sociedad Industria Nacional de Construcciones como subrogataria del 50% de los derechos herenciales de Edgar Posada Guerrero en aquella sucesión.

Relata luego el Tribunal las incidencias del proceso de ejecución adelantado por Pedro Juan Tulena contra Edgar Posada Guerrero, para el cobro del cheque que, por valor de $ 1.032.500, había girado el ejecutado, proceso en el que se alcanzó, como medida cautelar, el embargo de los derechos hereditarios del demandado en el proceso de sucesión de María Luisa Guerrero de Posada, como se comunicó en abril de 1975.

Por último, el sentenciador de segundo grado relaciona la Escritura número 507 de 20 de marzo de 1975, corrida ante el Notario Segundo de Palmira, por medio de la cual Edgar Posada vendió con pacto de retroventa y en la suma de $ 1.360.000, a Industria Nacional de Construcciones Ltda., el 50% de sus derechos hereditarios en la sucesión de su madre, María Luisa Guerrero de Posada, y la Escritura número 491 de 26 de abril de 1975, de la misma notaría, por la cual Industria Nacional de Construcciones Ltda. vendió en $ 1.360.000 a Agropecuaria de Palmira Ltda., cuyos socios son los mismos de la sociedad vendedora, los derechos hereditarios que había comprado a Edgar Posada Guerrero.

Pasa en seguida el *ad quem* a valorar las pruebas anteriores para concluir que con ellas, y como se deduce de los testimonios de François Cavard, Alvaro León Benoit, Héctor Vallejo Silva y María Virginia Henao de Posada, resulta demostrado que en los albores del año de 1975, el demandante Posada tenía urgente necesidad de conseguir una alta suma de dinero "para cancelar obligaciones a su cargo, para lo cual ofrecía como garantía sus derechos en la sucesión de su madre"; lo cual se corrobora con el hecho de que Posada fue ejecutado por Pedro Juan Tulena para abril de 1975; que al fin, Posada obtuvo el dinero con el precio de la venta del 50% de sus derechos hereditarios, como consta en la escritura 507 citada, hoy enjuiciada por simulación, pues a pesar de que ella da cuenta de un contrato de cesión de derechos, el vendedor alega que encierra verdaderamente contrato de mutuo con interés.

A continuación el tribunal declara que, realmente, existe la simulación, la cual brota de los siguientes indicios:

"a) En la Escritura número 507 de marzo 20 de 1975 de la Notaría 2ª de Palmira, el vendedor Edgar Posada Guerrero se reservó el usufructo de los derechos herenciales;

"b) En la citada escritura se estipuló la venta con pacto de retroventa con plazo de un año;

"c) En la Escritura número 507 de marzo 20 de 1975 el vendedor declaró recibido el precio de la venta ($ 1.360.000.00) y según la declaración del doctor Julio César Rico Jiménez, quien la suscribió como Gerente de Industria Nacional de Construcciones Limitada, él entregó al doctor Posada Guerrero $ 360.000.00 *en efectivo* el día del otorgamiento de la escritura y $ 976.000.00 en cheque del Banco del Estado de Palmira el 9 de abril de 1975;

"d) El precio de un millón trescientos sesenta mil pesos pactado por la compra del 50% de los derechos del vendedor en la sucesión de María Luisa Guerrero de Posada es inferior al justo precio de los mismos según el dictamen pericial en firme debidamente fundamentado en el cual se avaluaron dichos derechos en $ 6.482.442.26 moneda corriente;

"e) El cheque número 0548116 por $ 970.000 del Banco de Colombia de Cali fue girado el 6 de abril de 1975 por Edgar Posada Guerrero en favor de Julio César Rico para garantizarle el cumplimiento de las obligaciones emanadas de la Escritura 507 de marzo 20 de 1975; el giro como garantía de dicho título valor es aceptado por Industria Nacional de Construcciones Limitada, al contestar el hecho 7º del libelo y si el valor del contrato era de $ 1.360.000.00 como lo afirma la demandada, no hay razón alguna para que la garantía fuera inferior al valor de la negociación;

"f) El 9 de abril de 1975 el doctor Julio César Rico giró en favor de Edgar Posada Guerrero el cheque número 057693 del Banco del Estado, de Palmira, para cancelar, según su declaración, parte del precio de la compra de los derechos herenciales de Edgar Posada, pero al girar este cheque recibió del beneficiario para garantizar su valor el cheque 0548118 del Banco de Colombia de Cali según se anotó en el numeral anterior;

"g) Julio César Rico Jiménez, que en aquel entonces sub-gerente de Industria Nacional de Construcciones Limitada, declaró que el día del otorgamiento de la Escritura 507 de la Notaría 2ª de Palmira, entregó a Edgar Posada Guerrero en efectivo $ 360.000.00, sin testigos y sin exigir recibo;

"h) Según la escritura de constitución de Industria Nacional de Construcciones Limitada, el objeto social de esta sociedad es la 'adquisición, urbanización, construcción y enajenación de toda clase de bienes inmuebles, pudiendo ocuparse en todo lo que contribuya al incremento de sus bienes sociales', pero dicho objeto social variaba fundamentalmente en 1975 y dicha sociedad se había dedicado al préstamo de dinero, según se desprende del dictamen de los peritos contadores rendido en el proceso. (Fls. 95 a 99 Cdno. 1º);

"i) Por Escritura número 491 de abril 26 de 1976 Industria Nacional de Construcciones Limi-

tada, vendió a Agropal Limitada, los derechos hereneiales comprados a Edgar Posada Guerrero por Escritura 507 de marzo 20 de 1975, venta hecha para hacer nugatorios los derechos del primitivo vendedor Edgar Posada Guerrero;

"j) Industria Nacional de Construcciones Limitada, según sus libros de contabilidad, disponía en tesorería de $ 1.866.662.30 a marzo 20 de 1975. En caja tenía $ 882.133.63 y en el Banco de Colombia $ 984.530.70. Dicha suma de dinero era superior al precio de la compra de los derechos hereneiales de Edgar Posada Guerrero; según lo alegado en el proceso el precio fue pagado parte en efectivo, sacado de la cuenta personal del doctor Rico Jiménez y otra parte con un cheque de $ 970.000.00 girado de su cuenta personal del Banco del Estado de Palmira;

"k) Edgar Posada Guerrero vendió el 10 de marzo de 1975 el 50% de sus derechos en la sucesión de su madre María Inisa Guerrero de Posada por por $ 1.360.000; al término del plazo para hacer uso del pacto de retraventa debía pagar igual suma ($ 1.360.000.00);

"l) Industria Nacional de Construcciones Limitada, recibió un préstamo de Cédulas Colón S.A. de $ 2.000.000.00 el 14 de marzo de 1975 con un interés del 1.5% mensual. Si dicha sociedad debía pagar réditos por este préstamo, no hay razón para que en la compraventa con pacto de retroventa de los ya afectados derechos hereneiales percibiera la misma suma de dinero ($ 1.360.000.00) sin beneficio alguno para ella".

Concluye, entonces, el *ad quem* que la Escritura 507 apuntada disfraza un contrato de mutuo de la suma de $ 970.000 con intereses al 3.35% mensual, con un plazo de un año; que la suma mutuada, $ 970.000, más el valor de los intereses de todo el plazo, $ 390.000 equivale al precio estipulado en la venta; que este mutuo debe regirse por las reglas del Código de Comercio, por ser mercantil, motivo por el cual, en punto de intereses, ha de darse aplicación a los artículos 883, 884, 995 y 886 de esa obra, "el primero estipula que el deudor estará obligado a pagar los intereses legales comerciales en caso de mora y a partir de ésta y el segundo preceptúa que cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio será del doble y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses.

"Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria.

"Con certificado expedido por esta dependencia oficial, se probó en el proceso que el interés bancario corriente a la época de la convención (marzo 20 de 1975), era del 16% anual.

"De acuerdo con el artículo 884 del Código de Comercio —sigue diciendo el Tribunal—, el interés convencional no puede exceder del doble del interés bancario corriente y en cuanto sobrepase este monto, el acreedor debe perder el excedente del doble del interés bancario corriente.

"En el caso de autos el interés convencional del 40% anual excede al 32% que era el límite del interés convencional a marzo 20 de 1975 y habrá en consecuencia de ordenarse su reducción a dicho tope en cuanto excede del mismo, en contra de lo resuelto por el Juzgado de primera instancia que redujo dichos intereses al 16% anual".

Entra en seguida el tribunal a estudiar una a una las peticiones de la demanda: con relación a la de nulidad de la venta de los derechos hereditarios expresa que no podrá prosperar, pues para abril de 1975, cuando se decretó el embargo de éstos y fue comunicado al Juez que tramitaba el proceso de sucesión, ya Industria Nacional de Construcciones Limitada los había adquirido, pues el contrato de venta se celebró el 20 de marzo anterior y la respectiva Escritura 507 no requería del registro para que se realizara la tradición, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1250 de 1970; que por la misma razón, cuando Industria Nacional de Construcciones Limitada vendió los mismos derechos hereditarios a Agropecuaria de Palmira Limitada, no se incurrió en ningún vicio de nulidad.

A continuación procede el sentenciador a estudiar la petición de que es simulado también el contrato que ostenta la Escritura número 491 de 26 de abril de 1976, pasada ante el Notario 2º de Palmira, por lo cual entre las dos sociedades demandadas se celebró el contrato de venta de los derechos hereditarios que antes había enajenado Edgar Posada Guerrero, contrato que se dice encubre "el de Fiducia o encargo de confianza". En primer término el tribunal expresa que están acreditados los siguientes hechos indiciarios:

"a) Los socios de la Industria Nacional de Construcciones Limitada y Agropecuaria de Palmira Limitada, Agropal Limitada, son las mismas personas, padres e hijos: Julio César Rico

Jiménez, Yolanda Escobar de Rico, Claudia, Luis Fernando y Julio César Rico Escobar, según las escrituras de constitución y certificación de la Cámara de Comercio, que obran en el proceso;

"b) La escasa capacidad económica de Agropal Limitada, la cual se constituyó en 1967 con un capital social de $ 100.000.00, según Escritura número 1732 de noviembre de dicho año de la Notaría Segunda de Palmira, capital elevado a $ 400.000.00 por Escritura número 466 de abril 21 de 1976 de la misma Notaría. Esta sociedad permaneció inactiva desde 1966 hasta abril 21 de 1976, según la diligencia de inspección judicial y dictamen de los peritos contadores, y luego de realizada la compra a Industria Nacional de Construcciones Limitada, de los derechos hereneiales de Edgar Posada Guerrero el 26 de abril de 1976, no efectuó ningún negocio, según lo expresó el doctor Darío Villegas Arango, representante legal de dicha sociedad;

"c) Industria Nacional de Construcciones Limitada, vende el 26 de abril de 1976 a Agropal Limitada, el 50% de los derechos hereneiales de Edgar Posada Guerrero en la sucesión de María Luisa Guerrero de Posada por $ 1.360.000.00, suma igual a la pagada al vendedor Posada Guerrero el 20 de marzo de 1975, es decir, no obtuvo aquella sociedad beneficio alguno en esa negociación;

"d) Según lo manifestado por Yolanda Escobar de Rico, Alfonso Diago Abello y Darío Villegas Arango los dineros de Industria Nacional de Construcciones Limitada y Agropal Limitada, son manejados por el doctor Julio César Rico Jiménez en su cuenta personal y éste, en la compra de los derechos hereneiales a Edgar Posada Guerrero de que da cuenta la Escritura 491 de abril 26 de 1976, suministró el dinero a Agropal Limitada, para pagarlo el precio a Industria Nacional de Construcciones Limitada, y el mismo doctor Rico Jiménez recibió dicho dinero a nombre de la vendedora, y como Industria Nacional de Construcciones Limitada tenía deudas con sus socios les paga a éstos, y como éstos le debían a Julio César Rico Jiménez él mismo cancela estas obligaciones;

"e) Industria Nacional de Construcciones Limitada, Agropal Limitada y sus socios tienen su domicilio en Palmira, en la misma dirección calle 59D número 28A-11, según la prueba documental y testimonial recibida en el proceso;

"f) Industria Nacional de Construcciones Limitada tuvo como Gerente a Yolanda Escobar de Rico y como Subgerente a Julio César Rico Jiménez desde el 12 de junio de 1970 hasta el 19 de abril de 1976 en que se designó como tal al doctor Alfonso Diago Abello. Agropal Limitada tuvo como Gerente a Julio César Rico Jiménez desde el 20 de noviembre de 1967 hasta el 21 de abril de 1976 en que se nombró como tal a Darío Villegas Arango. El 26 de abril de 1976 se otorgó la Escritura 491 de la Notaría 2ª de Palmira en la cual actuaron como representantes de dichas sociedades los dos nuevos gerentes, quienes son, según lo aprobado y admitido en el proceso, parientes de Yolanda Escobar de Rico y Julio César Rico Jiménez; a pesar del cambio de representantes, las dos sociedades continuaron siendo dirigidas por el doctor Julio César Rico Jiménez por lo cual a los nuevos gerentes no se les pagó sueldo por sus servicios según la diligencia de inspección judicial a los libros de contabilidad de las dos sociedades y el dictamen de los peritos contadores;

"g) Industria Nacional de Construcciones Limitada y Agropal Limitada, el único negocio que realizaron en 1976 el de la venta de la primera a la segunda sociedad de los derechos hereneiales de Edgar Posada Guerrero, esto según la diligencia de inspección judicial a los libros de contabilidad de tales sociedades y el dictamen de los peritos contadores;

"h) Agropal Limitada, para pagar el precio a Industria Nacional de Construcciones Limitada obtuvo del señor José Storino España un préstamo de $ 900.000.00 con intereses del 2% mensual; el préstamo se respaldó con una letra de cambio pagadera el 20 de septiembre de 1976, folio 90 Cdno. 1º, este crédito aparece contabilizado el 20 de abril de 1976, préstamo que carece de soporte como lo afirman los peritos contadores;

"i) La no contabilización de intereses por concepto del pretendido préstamo del señor José Storino España por Agropal Limitada;

"j) Las contradicciones en las declaraciones de los señores Julio César Rico Jiménez y José Storino España sobre la forma en que se efectuó el referido préstamo de dinero respecto a la estampillada de la letra de cambio que respaldaba el préstamo, pues cada uno manifiesta haberlo realizado; la forma en que se entregó el dinero del préstamo; el móvil del mismo, pues mientras Storino dice que el doctor Rico Jiménez 'porque tenía una operación que él se había comprometido comprando unos derechos hereneiales', —Fol. 78 Vto. Cdno. 2º— el doctor Rico Jiménez declaró que dicha transacción se realizó ante el apremio de los acreedores de Industria Nacional

de Construcciones Limitada y como no existía dinero en caja se efectuó tal venta.

"Los acreedores de Industria Nacional de Construcciones Limitada, eran sus socios, quienes como se anotó anteriormente, eran los mismos socios de Agropal Limitada y los dineros de las dos sociedades eran manejadas por el mismo doctor Julio César Rico Jiménez".

De todo lo anterior concluye el tribunal:

"Del conjunto de indicios enumerados encuentra la Sala probada la simulación relativa del negocio jurídico contenido en la Escritura 491 de abril 26 de 1976 de la Notaría 2ª de Palmira por la cual Industria Nacional de Construcciones Limitada vendió a Agropal Limitada los derechos hereneiales del doctor Edgar Posada Guerrero en la sucesión de María Inaisa Guerrero de Posada y acordado en su lugar con plena eficacia jurídica el de *fiducia* o encargo de confianza que aquélla encubría a efecto de que Agropal Limitada, ostentara ficticiamente ante terceros unos derechos de que Industria Nacional de Construcciones Limitada, no se desprendía y que la causa de dicha transferencia fue colocar a Agropal Limitada, como tercero poseedor".

Finalmente y después de hacer referencia a cada una de las excepciones propuestas, el *ad quem* las rechaza por carecer de fundamento legal y por no haberse acreditado ningún hecho que pueda enervar las pretensiones.

III

El recurso de casación

Según se dijo, tanto el demandante como las dos sociedades demandadas interpusieron recurso extraordinario contra la sentencia del tribunal, impugnación que la Corte declaró admisible al dictar el auto de 3 de julio pasado. Sin embargo, como la sociedad Agropecuaria de Palmira Limitada, dejó vencer en silencio el término que se le concedió para formular la respectiva demanda de casación, en providencia del 6 de noviembre del mismo año se declaró desierto el recurso con relación a ella. Los otros dos recurrentes presentaron las demandas que la Corte entra a estudiar separadamente.

A) *Demanda de Edgar Posada Guerrero.*

Tres cargos, basados en la causal primera, lanza este recurrente contra el fallo del *ad quem*, los que serán decididos conjuntamente, desde luego que todos se mueven en dirección de un mismo objetivo: la fijación de la rata de intereses corrientes.

Primer cargo

Denúncianse en este ataque quebranto directo de las siguientes disposiciones del Código de Comercio: del artículo 884 por interpretación errónea; de los artículos 883, 885, 886 y 1163, por indebida aplicación, y de la parte final del mismo artículo 884 por falta de aplicación.

Alega el censor que por defectuosa inteligencia del artículo 884 citado, el tribunal modificó la condena del *a quo* a pagar intereses del 16%, aumentándolos al 32% anual, pues ese precepto no establece contra el acreedor la sanción de perder el "excedente" del doble del interés bancario, sino la pérdida de todos los intereses; que la sanción allí establecida no es la reducción de la rata de intereses pactada, sino la pérdida de éstos; que el *ad quem* no hizo la necesaria distinción entre intereses del plazo e intereses de mora, motivo por el cual reguló el régimen de los primeros por el de los segundos.

Luego expresa que como los temas que atañen a la regulación de la moneda inciden en el orden público, las normas que los contienen son de imperativo cumplimiento, por lo cual las disposiciones de la Junta Monetaria, en cuanto limitar la autonomía de la voluntad en materia de intereses, "son de imperativo cumplimiento por pertenecer al orden público económico"; que por ello debe aplicarse estrictamente la sanción de pérdida de intereses, señalada en el artículo 884, para el evento de una regulación de los mismos que exceda la tasa permitida (artículos 884 y 889 del Código de Comercio, 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936).

Pasa luego el impugnante a precisar las tres clases de intereses que acoge nuestra ley; los convencionales, los legales y los corrientes; dice que los intereses pueden también dividirse en remuneratorios o compensatorios, que "son los frutos del capital-trabajo", y los moratorios, punitivos o indemnizatorios, que se originan en el cumplimiento de una obligación; y añade que en el artículo 883 del Código de Comercio, se consagran los intereses legales comerciales, propios de los asuntos mercantiles.

Remata el censor esta parte de su exposición diciendo que el artículo 884 apuntado limitó la autonomía de la voluntad al fijar, como tope máximo de los intereses convencionales del plazo, el valor del interés bancario corriente, y en la mora el doble de éstos.

Sintetizando el fundamento ético de lo alegado, el censor expresa que "en materia de inte-

reses el legislador, siguiendo la orientación de los canonistas, ha consagrado el principio de equidad; la limitación de la autonomía de la voluntad y la acción de la lesión, imponiendo sanciones a quienes traspasen dichas limitaciones, restricciones y sanciones que se ha dicho son imperativas, de orden público, y por lo mismo de inexorable cumplimiento, y que han sido consagradas para combatir y repeler la usura, que es ilícita, sancionando al prestamista que pretende obtener beneficios exagerados con la pérdida de todos ellos, en algunos casos".

Después manifiesta la censura que en el artículo citado se regulan dos situaciones: la de que no se hayan pactado los intereses y la de que expresamente se hayan fijado éstos; cuando las partes guardan silencio sobre la rata de interés, éste será el bancario corriente; pero cuando se fijan por encima del tope legal, sea en el plazo o en la mora, el acreedor deberá perder todos los intereses.

Precisando su pensamiento dice el impugnante que si las partes fijan un interés X durante el plazo y guardan silencio sobre el de la mora, éste será el doble de aquél, es decir 2X; más si se pactan intereses del plazo que excedan al corriente, o de la mora que excedan del doble de éste, "el acreedor debe perder todos los intereses" y no solamente el exceso pactado.

Denuncia también la censura aplicación indebida del artículo 883 del Código de Comercio ya que se trataba de fijar intereses del plazo y no de la mora, pues no hay intereses corrientes en la mora; porque habiéndose iniciado el plazo el 20 de marzo de 1975, mal podía entonces encontrarse el deudor en mora en esa fecha, desde luego que el pago anticipado de intereses sólo puede darse durante el plazo y no durante la mora, ya que ésta no ocurre antes del incumplimiento de la obligación. Por lo anterior no puede exigirse anticipadamente el pago de intereses moratorios, pues los intereses del plazo de un año se estipularon en el 3.35% mensual que equivale al 40.20% anual.

Finalmente dice que se aplicaron indebidamente los artículos 886 y 886 que atañen a la venta con suministro y al caso de intereses, y el artículo 1163 del mismo Código de Comercio que trata de intereses legales comerciales, porque ellos se dan únicamente cuando no opera la parte final del artículo 884 citado, es decir cuando no se trata del caso de sancionar con la pérdida de todos los intereses.

Segundo cargo

Aquí se denuncia quebranto también directo, por aplicación indebida de los artículos 883, 884, 886, 886 y 1163 del Código de Comercio y falta de aplicación del artículo 884, *in fine*.

Lo fundamental del ataque está contenido en los siguientes apartes de la censura:

"El artículo 884 del Código de Comercio, como puede verse, es una disposición de orden público económico, pues regula la fijación de los intereses en los negocios mercantiles cuando los particulares, bien en el plazo o bien en la mora, omiten pactarlos expresamente y ante tal silencio el mandato legal suple la voluntad de los contratantes.

"Además, el citado artículo señala límites o topes para los intereses en el plazo o en la mora y sanciona drásticamente el exceso en su fijación cuando los particulares pactan al respecto con desconocimiento de las restricciones legales.

"En apoyo a esta afirmación ya dijimos que dicha regulación o sea el manejo de la moneda y el crédito es atributo esencial de la soberanía del Estado, dada la transcendencia general y profunda que el costo (interés) del dinero tiene en la vida económica y social de toda colectividad. Resulta obvio que por estar expresamente pactados los intereses en el plazo, según lo visto, este hecho excluye por sí mismo la situación contemplada en la primera parte del artículo 884 del Código de Comercio; que por otra parte al fijar el Tribunal el interés corriente en el 32% anual vigente al 20 de marzo de 1975, siendo precisamente este porcentaje *el doble del interés bancario corriente* no podía referirse a cosa diferente del interés en la mora porque el mismo Tribunal dio por establecido que *el 16% anual era el interés bancario corriente* que regía el 20 de marzo de 1975 y como en realidad se trataba de fijar intereses en el plazo no cabe la menor duda que se aplicó indebidamente la misma parte del artículo 884 del Código de Comercio. Luego por estos aspectos aplicó indebidamente la citada disposición.

"También al ordenar su reducción al 32% anual el fallador procedió injuridicamente; en efecto: el Tribunal dio por establecido que en el plazo se pactaron intereses ilegales, es decir sobrepasando el tope máximo señalado por la ley, luego ha debido aplicar la parte final del artículo 884 del Código de Comercio *que ordena la pérdida de los intereses cuando se sobrepasa cualquiera de los montos*, bien fuere el del plazo o el de la

mora y al no proceder en tal forma dejó de aplicar, como ya se dijo, la parte final de la citada norma o sea decretar la sanción-pena consistente en la pérdida de todos los intereses.

"Y aplicó indebidamente los artículos 885 y 886 del Código de Comercio que se refieren a situaciones distintas, o sea a la venta de suministros y al caso de intereses de intereses".

Tercer cargo

Denuncia el recurrente quebranto, por la vía directa y por aplicación indebida, de los artículos 883, 884, 885 y 886 del Código de Comercio, y por falta de aplicación de los artículos 1º y 2º de la misma obra y del 2231 del Código Civil.

Dice la censura que el artículo 883 "se refiere a los intereses legales comerciales en caso de mora y a partir de ésta: que, en la especie de esta litis, no se trataba de fijar intereses de mora sino del plazo".

Después de repetir sus razones para sostener que no hay intereses corrientes en la mora, expresa que el artículo 884 fue mal aplicado, puesto que él contempla un tipo de interés del plazo, únicamente para cuando los contratantes no han fijado convencionalmente el tipo de interés que ha de pagarse; que como el interés pactado en el mutuo que descubrió el tribunal, fue del 40.20% anual, que excede el límite del corriente legal, entonces debió aplicarse el artículo 2231 del Código Civil que ordena reducir al monto del interés corriente el convencional que exceda de una mitad al que se probare haber sido el corriente para cuando se celebró la convención, llenando así, con aplicación de los dos primeros artículos del Código de Comercio, el vacío que se dejó en el artículo 884 ibídem para cuando se pactan intereses del plazo por encima de los permitidos; que, por consiguiente, los intereses deben reducirse al 16%, como lo hizo el *a quo*, pues ese era el interés corriente bancario para cuando se celebró el mutuo.

La Corte considera

1. *Quien da dineros en mutuo, desde entonces y hasta cuando se realice su restitución, se priva de la facultad de utilizarlos, pues en virtud del préstamo de consumo, tal posibilidad pasa mientras tanto de la cabeza del mutuante a la del mutuario; y como ese contrato se perfecciona por la tradición, que, de lo mutuado, hace el primero al segundo, resulta patente que el mutuante corre con el riesgo de la insolvencia de su deudor; y además, como el mutuario, según el artículo 1165 del Código de Comercio, solamente está obligado a pagar el valor que tendrían las cosas mutuadas en el lugar y la época en que debe hacerse la devolución, cuando, no debiéndose dinero, la restitución de las cosas se haga imposible o notoriamente difícil sin su culpa, es también palmario que el mutuante de dinero sufre la desvalorización de las especies monetarias que entrega. Entonces, como prestación o retribución por la pérdida de la facultad de utilizar el dinero, por el riesgo que corre desprendiéndose de su dominio y por cuanto sufre la desvalorización del mismo, hoy día se ve con buenos ojos el cobro de intereses en el mutuo.*

Seguramente por ello, tratándose de mutuo mercantil, la regla general es la de que el mutuario debe pagar intereses legales comerciales, pues para que se entienda que no se deben o que se deben en cuantía inferior o superior, requiérese "pacto expreso", como terminantemente lo prescribe el artículo 1163 del Código de Comercio.

Y como la tendencia del derecho moderno, contrariamente a lo que en el pasado pregonaban las escuelas económicas calvinista y liberal, es la de proscribir o combatir la usura para impedir el aprovechamiento injusto de los estados de necesidad, el actual Código de Comercio ha señalado límites a la utilidad o ganancia que es propia de las actividades mercantiles, dirigidas todas a la obtención de lucro. No quiere ahora la ley, como se autorizaba en el pasado, que la lesión enorme en los negocios mercantiles se quede sin sanción, que pueda realizarse impunemente el enriquecimiento injusto. Hoy el legislador, consciente de su deber de dar normas para regular y humanizar las relaciones entre los asociados, dictó normas que indudablemente están llenas de un claro propósito de impedir la explotación de las necesidades de los semejantes y que tienden, certeramente, a fijar límites al lucro permitido.

En el preciso campo del mutuo de dinero, se estableció que el mutuario, salvo pacto expreso *en contrario, deberá pagar al mutuante los intereses legales comerciales de las sumas de dinero recibidas, pero como brota de entrelazar el artículo 1163 citado con los artículos 883 y 884 de misma obra, los intereses legales comerciales sólo se deberán a falta de convenio, pues si las partes han prefijado otra tasa de interés, será menester distinguir si ésta es superior o no a la fijada entonces como interés bancario corriente por la Junta Monetaria, y si el tipo de interés pactado es remuneratorio o moratorio.*

Dicen los dos últimos textos citados:

"Artículo 883. El deudor estará obligado a pagar los intereses legales comerciales en caso de mora y a partir de ésta, como se determina en el artículo siguiente.

"Artículo 884. Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será del doble y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses.

"Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria".

Concretando las consideraciones al caso de mutuo comercial de dinero en que no se haya pactado expresamente la exoneración de pagar intereses, el mutuario, en principio, durante el plazo convenido debe pagar el interés pactado, pero si nada se dijo sobre la tasa, debe pagar el interés bancario corriente (Art. 884), que es el legal comercial (Art. 1163).

Resumiendo, durante el plazo *se deben, en principio, los llamados intereses convencionales, es decir los que las partes hayan pactado; pero si en la convención nada se dijo sobre intereses o sobre la tasa, entonces se deberán los bancarios corrientes.*

En cambio, durante la mora, *el mutuario debe pagar, en principio, los intereses moratorios que se hayan convenido o si no hubo pacto sobre este punto, pagará los intereses legales comerciales moratorios (Art. 883), que son el doble de los bancarios corrientes (Art. 884).*

En otras palabras, durante la mora se deben, en principio, los llamados intereses moratorios convencionales, es decir los que los contratantes hayan pactado; pero si en la convención nada se dijo sobre intereses de mora o sobre su tasa, entonces se deberán los intereses legales comerciales de la mora que son el doble de los bancarios corrientes.

Sintetizando todo lo anterior se tiene que, cuando en la convención nada se estipula sobre intereses o no se determina su monto, entonces durante el plazo se deberán los intereses remuneratorios *legales comerciales que equivalen al interés bancario corriente fijado por la Junta Monetaria, según certificación que expida la Superintendencia Bancaria, y durante la mora se deberán los intereses* moratorios *legales comerciales que equivalen al doble del interés bancario corriente. Si las partes fijaron la tasa de interés tanto para el plazo como para la mora, se deberán, en principio, esos intereses convencionales; pero si sólo se estipularon los del plazo, entonces durante éste se deberán los convencionales y en la mora se deberá, en principio, el doble de éstos. Si sólo se convinieron los de la mora, entonces durante el plazo se deberán los remuneratorios legales comerciales.*

Las conclusiones anteriores brotan fácilmente del texto de las normas transcritas. Pero ¿qué sucede cuando por no haberse señalado la tasa de los intereses moratorios, y por haberse fijado una para el plazo, superior a la del interés bancario corriente, los intereses moratorios legales también excederían del doble del corriente?

Difícil resulta entonces la inteligencia del artículo 884 citado que, no obstante contener excelentes propósitos, es precepto notoriamente abstruso.

Como se verá en seguida, muchas son las hipótesis que ofrece esta norma, que demandan interpretación; con todo, son varios los principios allí contenidos que, por ser de claridad meridiana, sólo admiten una sola inteligencia. Entre éstos están los siguientes:

1º Cuando en la convención mercantil nada se estipula sobre intereses del plazo o simplemente se guarda silencio sobre su tasa, se deben intereses bancarios corrientes.

2º Cuando se estipulan intereses del plazo no superiores a los bancarios corrientes y se guarda silencio sobre los moratorios, éstos serán el doble de los convencionales.

3º Cuando nada se conviene sobre intereses del plazo y, en cambio, se pactan moratorios que no excedan del doble del interés corriente bancario, entonces durante el plazo se deben intereses corrientes bancarios.

4º En ningún caso el interés de la mora podrá ser superior al doble del interés bancario corriente o al doble del interés remuneratorio convencional. En una palabra, está prohibido el pacto de intereses moratorios que sobrepasen el doble del interés corriente. En efecto, si los intereses remuneratorios pactados excedan del interés corriente, los moratorios no pueden fijarse en el doble de aquéllos, pues excederían el doble del interés corriente, y, en cambio, si son

iguales o inferiores a éste, entonces los moratorios serán el doble de los pactados.

Otras situaciones, por el contrario, requieren del auxilio de los principios de la hermenéutica para desentrañar el verdadero sentido y alcance de la ley en punto de intereses tanto de la mora como del plazo.

Así, por ejemplo, ¿cómo determinar el máximo de la tasa de interés que puede pactarse durante el plazo? No lo ha dicho la ley expresamente, como quiera que sólo estatuyó que "cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente" (Art. 884), y al tratar del mutuo comercial dispuso: "Salvo pacto expreso en contrario, el mutuario deberá pagar al mutuante los intereses legales comerciales" (Art. 1163). Sin embargo, como se desprende fácilmente del texto de las disposiciones citadas, que durante el plazo se deben los intereses que se hayan acordado y que sólo a falta de pacto sobre éstos, se causan los legales comerciales que equivalen a los bancarios corrientes, ¿podría sostenerse que no existe límite legal para pactar intereses remuneratorios? No, porque si expresamente la ley ha dicho que los intereses de mora, en ningún caso pueden exceder del doble de los intereses corrientes bancarios, sería absurdo que, por haber guardado la ley silencio sobre el punto, pudiera sostenerse que las partes tienen plena libertad para fijar la tasa de los intereses del plazo, es decir, que no existe un monto máximo legal o que no hay tope.

Si los intereses moratorios, fuera de la retribución por el uso del dinero prestado y por los riesgos de pérdida, comportan indemnización de perjuicios, entonces los intereses del plazo, que necesariamente se causan antes de que el deudor esté en mora de cumplir su obligación, no pueden fijarse por encima del tope que la propia ley ha señalado a los moratorios. Como las normas legales no pueden interpretarse de tal manera que su inteligencia conduzca al absurdo, se hace indispensable llegar a la conclusión de que, en el sistema del derecho mercantil colombiano, no es posible pactar como tasa de intereses convencionales del plazo, una que exceda del doble del interés corriente bancario. Pero como no existe expresa prohibición de hacerlo, entonces los intereses remuneratorios que excedan de ese límite deben ser fijados por el juez al doble del interés bancario corriente.

Ahora bien, cuando para el caso de mora del deudor, se ha fijado un interés superior al doble del que las partes pactaron para el plazo o cuando no habiendo señalado la tasa de intereses remuneratorios, se estipuló expresamente por las partes una superior al doble del interés bancario corriente, ¿qué ocurre? Que por expresa disposición del artículo 884 del Código de Comercio, el acreedor perderá todos los intereses "en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos". La sanción resulta acompasada con los principios especiales que regulan la cláusula penal mercantil, pues en el artículo 867 ibidem se establece que cuando la prestación principal está determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquélla.

Sin embargo, este tratamiento punitivo legal debe sufrir una excepción cuando se advierte que el acreedor no ha quebrantado ninguna norma legal y que la violación del principio comentado se produce a espaldas de aquél, sin su expreso querer, por una aplicación automática de la ley. Entonces es evidente que si, contrariando la ley, se estipulan intereses de mora por encima del doble de los pactados para el plazo, con ello se actúa en rebeldía de lo dispuesto por el artículo 884 citado, y que tal repulsa se cumple también cuando, a pesar de no haberse señalado intereses del plazo, se convienen moratorios mayores del doble del interés bancario corriente. En estos casos, por existir franca transgresión de la norma que prohíbe estipular intereses de la mora por encima del doble apuntado, la drástica sanción de perderse todos los intereses moratorios debe aplicarse. Pero si resultare que el interés moratorio fuese superior al doble indicado, sin expreso señalamiento de los convencionistas, entonces no se debe fulminar esa sanción si aparece que el acreedor no quebrantó directa e intencionalmente el precepto prohibitivo. Tal sería el caso en que los contratantes hubieran pactado un interés del plazo superior al bancario corriente, lo que está permitido, y no hubieran estipulado el interés que debería pagarse durante la mora; en este evento, aplicando los artículos 884 y 884 del Código de Comercio, tendríamos que el interés de la mora sería el doble del interés convencional del plazo, que, entonces, resultaría superior al duplo del interés corriente bancario; en tal hipótesis no se podría hacer perder al acreedor todos los intereses de la mora, sino simplemente las sumas que excedan al doble del interés bancario corriente, dando así lugar a reducción de intereses moratorios y no a su pérdida.

Descendiendo al caso en litigio se tiene que el Tribunal declaró que el verdadero contrato celebrado por Edgar Posada Guerrero e Industria Nacional de Construcciones Ltda., por medio de la Escritura 507 de 20 de marzo de 1975, tantas veces mencionada, fue el de mutuo mercantil, en que Edgar recibió, por el plazo de un año y mediante el pago de la suma de $ 390.000 de intereses remuneratorios, la cantidad de $ 570.000 como capital. Ahora bien, como comparando esas cifras resulta que la suma pactada por intereses equivale a una rata de 40.20% anual y se demostró que el interés bancario corriente era a la sazón del 16% anual, entonces los intereses remuneratorios no podían exceder del doble de éste, por lo cual el Tribunal ordenó su reducción al 32% anual.

Y aunque es verdad, como lo sostiene el recurrente, que el artículo 884 citado, al fijar el tope máximo de intereses, lo hace solamente con relación a los moratorios y que la sanción que impone por la transgresión de ese principio es la pérdida de todos los intereses y no su reducción, es lo cierto que, como se explicó antes, hoy los intereses remuneratorios comerciales, es decir, los del plazo, no se pueden pactar por encima del doble de los bancarios corrientes y que, por cuanto la sanción de pérdida de todos los intereses para cuando se pactan por encima del tope legal, sólo es aplicable a los moratorios y no a los del plazo, cuando éstos se han convenido en suma mayor al doble de los bancarios corrientes, deben ser rebajados a este límite y no aplicarse la sanción de pérdida *que sólo está contemplada en la ley para cuando se pactan moratorios en cuantía prohibida.*

Por tanto, las conclusiones del Tribunal no resultan erradas en el punto. Con todo, como en la parte resolutiva de la sentencia, punto 2º, se dispuso: "Refórmase el numeral 2º de la misma sentencia, fijándose en su lugar el *interés corriente* en el 32% anual vigente al 20 de marzo de 1975", siendo que el mismo fallo aceptó que el *corriente* era para entonces del 16%, se casará la sentencia en ese punto para indicar que el interés convencional durante el plazo, no el corriente, por exceder del doble del interés corriente y no ser posible pactar uno superior al duplo debe ser fijado en el 32% anual.

B) *La demanda de Industria Nacional de Construcciones Limitada.*

Con estribo en la causal primera de casación se formulan dos cargos contra la sentencia del *ad quem*.

Cargo primero

Se denuncia en este ataque violación, por "aplicación indebida de los artículos 793, 1); 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821 y 822 del Código Civil, y 1766 del mismo Código".

Arguye el impugnante que en el punto 3º de la parte resolutiva de su sentencia, el Tribunal hizo prevalecer sobre el contrato de cesión de derechos hereditarios a que se refiere la Escritura número 491 de 26 de abril de 1976 citada, el contrato de fiducia que el demandante pretendió realmente celebrado por las partes bajo el ropaje falso de una venta o cesión de derechos hereditarios. En seguida expresa que como la fiducia "no corresponde con esa denominación a ningún contrato civil en la legislación colombiana", deberá entenderse por fuerza de la lógica que el Tribunal se está refiriendo en su fallo a la figura jurídica de la propiedad fiduciaria o fideicomiso".

Después de hacer transcripción de los artículos 793 y 794 del Código Civil, el recurrente manifiesta que varios elementos del fideicomiso son también constitutivos de la fiducia mercantil; que el Tribunal guardó total silencio sobre la razón que lo llevó a escoger la fiducia "como contrato de reemplazo a la compraventa celebrada entre los contratantes", para que de todos modos, "la aplicación de las normas reguladoras del fideicomiso o propiedad fiduciaria resulta equivocada", por lo cual se violaron las normas citadas, ya que no se reúnen los requisitos esenciales de esa figura, pues si Industria Nacional de Construcciones Ltda. fue la constituyente, y Agropecuaria de Palmira Ltda. la fiduciaria, "quedaría por establecer la persona del fideicomisario, toda vez que en parte alguna se establece que la restitución debía efectuarse en favor de la misma sociedad constituyente o de un tercero". Que también faltaría la condición de la cual pendería la restitución y el registro de los inmuebles dados en fideicomiso.

De la violación de las normas reguladoras del fideicomiso el recurrente hace brotar la violación del artículo 1766 del Código Civil, que consagra la simulación.

De lo expuesto, el impugnante concluye que, "como no existe, en el caso de estudio, el preten-

dido contrato de *fiducia*, que el honorable Tribunal trae en su sentencia para sustituir a la compraventa o cesión de derechos hereditarios, que se estipuló en la Escritura pública 491 antes citada, el contrato real y verdadero es el de la compraventa. De allí que ante ese yerro de interpretación del contrato, es deber del Supremo restablecer el derecho vulnerado, aceptando la prosperidad del cargo".

La Corte considera

1. A mitad de camino se quedó el recurrente en su propósito de obtener el anonadamiento de la sentencia del Tribunal. En efecto, dejando de lado toda consideración sobre la forma que debe ostentar un cargo que se formula por la vía directa, basta considerar que antes de que el Tribunal declarara acordado entre las sociedades el encargo de confianza, llegó, por el camino de los indicios, a la conclusión de que la cesión de derechos hereditarios, a título de compraventa, contenida en la mencionada Escritura 491, no se había celebrado entre las partes. El supuesto, entonces, para declarar que existía la "fiducia", fue la inexistencia de la cesión o compraventa de derechos hereditarios, contrato que realmente ninguna de las partes quiso celebrar. En tales circunstancias, mientras el impugnante no mueva su ataque contra las conclusiones que en este punto sacó el Tribunal, en virtud del principio de que sus fallos vienen amparados con presunción de acierto, a la Corte le está vedado modificar las resoluciones del *ad quem* no combatidas por el censor. De consiguiente, si, por no haberla impugnado en su demanda, es intocable la resolución del Tribunal relativa a que las sociedades demandadas no tuvieron el propósito de celebrar el contrato que se dice ajustado por ellas por medio de la Escritura 491, menester es concluir que aun en el caso de que debiera considerarse que no existió la tal fiducia, seguiría incólume la declaración de que es simulado el contrato de cesión de derechos hereditarios celebrado entre Industria Nacional de Construcciones Ltda. y Agropecuaria de Palmira Ltda., por no haber querido las partes celebrarlo.

El censor, en ningún aparte de su impugnación, denunció como violadas normas del título 25 del libro 4º del Código Civil, que regulan la cesión del derecho de herencia.

2. Pero es más: el Tribunal encontró que el verdadero querer de las partes, oculto bajo el disfraz de un contrato de cesión de derechos hereditarios a título de venta, era el de acordar "con plena eficacia jurídica el de fiducia o encargo de confianza que aquélla encubría a efecto de que Agropecuaria de Palmira Ltda. (Agropal) ostentara ficticiamente ante terceros unos derechos de que Industria Nacional de Construcciones Ltda. no se desprendía y que la causa de dicha transferencia fue colocar a Agropal Ltda. como tercero poseedor". En tales circunstancias, ¿cuál la razón, pues la culle absolutamente, para que el censor concluya en su ataque que la fiducia a que el Tribunal *ad quem* se refiere, es el fideicomiso como limitante del derecho de dominio y no el negocio jurídico de fiducia mercantil que reglamenta el título XI del libro 4º del Código de Comercio?

En razón de que las sentencias recurridas en casación, se repite, vienen amparadas con presunción de acierto, y que las conclusiones del *ad quem* no combatidas, son intangibles para la Corte, el cargo tampoco puede prosperar, no obstante que es altamente confuso el planteamiento que el fallador de segundo grado hizo con relación al contrato que llama de fiducia.

3. Finalmente, si el recurrente quería sacar conclusión distinta a la que acogió el Tribunal, necesariamente tenía que fundar su cargo en la alegación de que aquél incurrió en errores ya de hecho, ya de derecho, señalando las precisas pruebas mal apreciadas o valoradas y, por tanto, formulando el cargo por la vía indirecta y no por la directa.

Se rechaza la acusación.

Cargo segundo

Aquí denuncia el censor quebranto por aplicación indebida de los artículos 2221 a 2235 del Código Civil, que señala uno a uno, y del 1766 de la misma obra.

Alega la censura que, en lugar del contrato de cesión de derechos sucesorales a que se refiere la Escritura 507 citada, que el Tribunal encontró simulado, el fallador declaró que las partes realmente habían celebrado el de mutuo por la cantidad de $ 970.000, con plazo de un año, e intereses de $ 390.000 por ese lapso. Agrega el censor que un razonamiento equivocado llevó al sentenciador a sacar estas conclusiones; que "la realidad jurídica es otra: no se tipifica en el negocio celebrado entre las partes el pretendido contrato de mutuo o préstamo de consumo. Las partes entendieron celebrar y efectivamente se

acordaron en la cesión de derechos hereditarios, que en los términos del contrato denominaron venta, con pacto de retroventa. La cesión de derechos sucesorales puede revestir diversas formas, ya sea a título gratuito o a título oneroso. Y cuando de esta forma se trata se le da el contenido de una compraventa, que fue exactamente lo que quedó consagrado en la Escritura pública número 507, es decir: 'Que por medio de la presente Escritura pública transfiere a título de venta, con pacto de retroventa...' ".

Después expresa el recurrente que de los términos usados en la Escritura número 507, surge nitidamente que el contrato celebrado por las partes fue el de cesión de derechos hereditarios y no el de mutuo con interés, como erradamente lo dijo el Tribunal, conclusión que se corrobora con el escrito suscrito por el demandante el 9 de abril de 1976 (folio 79, cuaderno 1º), en que califica como venta con pacto de retroventa el contrato que recoge la Escritura 507; que la interpretación del contrato debe ceñirse a la intención de las partes y no basarse en la arbitrariedad.

La Corte considera

1. Dejando de lado las notorias deficiencias técnicas del cargo, pues no indica si el quebranto denunciado se llegó por vía directa o indirecta; y aceptando que fue por esta segunda, no se precisa si el error fue de hecho o de derecho, es menester afirmar que el ataque no podrá prosperar, desde luego que si el Tribunal dedujo, del juego combinado de numerosos indicios, que era simulado el aparente contrato de cesión de derechos hereditarios; si el conjunto de indicios que halló probados fue su fundamento para sostener la declaración de ser simulado el acuerdo de voluntades aparente, es apenas lógico afirmar que sin destruir las bases en que el Tribunal apoyó su decisión, ésta no pueda ser anonadada. Si los pilares en que descansa el fallo permanecen incólumes por no haber sido combatidos, la sentencia no puede ser aniquilada. El censor erró, pues, el objetivo de su ataque, como quiera que no lo dirigió contra las bases en que el fallo descansa y que, por tanto, le siguen prestando apoyo.

Finalmente, se observa que el censor dejó de acusar como quebrantadas las normas que regulan la cesión del derecho de herencia y las del Código de Comercio que se refieren al contrato de mutuo.

El cargo no prospera.

Sentencia de reemplazo

Fuera de las razones ya expuestas, sirve de apoyo a ésta el que al haberse pactado intereses remuneratorios del 40.20% se excedió el máximo de los que pueden convenirse como intereses del plazo, por lo cual, por no ser éstos moratorios, caso en el cual se perderían, han de rebajarse al tope máximo legal que, como se vio, es del doble del interés corriente, interés que para el 20 de marzo de 1975 era del 16%. Por tanto, han de ser aquéllos rebajados al 32%. En lo demás, ha de reproducirse el fallo del Tribunal, porque los otros ataques no prosperaron.

IV

Resolución

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, CASA la sentencia de ocho de abril de mil novecientos ochenta, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y, en su lugar, dispone:

1º Confírmanse los numerales 1º, 4º y 5º de la sentencia apelada.

2º Refórmase el numeral 2º de la misma sentencia en el sentido de fijar en el 32% anual los intereses del plazo.

"3º Revócase el numeral 3º de dicha providencia y, en su lugar, *declárase simulado* y, por lo tanto, sin valor legal alguno, el contrato de compraventa contenido en la Escritura número 491 de abril 26 de 1976, de la Notaría Segunda de Palmira, y acordado, en cambio, con plena eficacia jurídica y legal, el de *fiducia* o encargo de confianza que aquél encubría, a efecto de que Agropecuaria de Palmira Ltda., Agropal Ltda., como compradora ostentara ficticiamente ante terceros unos derechos de que Industria Nacional de Construcciones Ltda., como aparente vendedora, realmente no se había desprendido".

4º Las costas de segunda instancia, a cargo de los demandados.

5º Las costas de casación las pagará Industria Nacional de Construcciones Ltda.

6º Inscríbase esta sentencia en las Oficinas de Registro competentes.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, con salvamento de voto; *Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Nelly Gutiérrez de Rodríguez, Alberto Ospina Botero.*

Luis H. Mera Benavides
Secretario interino.

Salvamento de voto

Estoy de acuerdo, en parte muy considerable, con las razones expuestas por la mayoría de la Sala al despachar la acusación formulada por el recurrente demandante contra la sentencia del Tribunal. Sin embargo, no he podido disipar algunas dudas que me han despertado tanto el texto del artículo 884 del Código de Comercio, como la interpretación que le da el fallo del que parcialmente me veo en el caso de separarme.

Es deplorable que el muy corto tiempo de que dispongo, en vísperas de disfrutar de la licencia que me fue concedida para separarme de mi cargo, me impida exponer más a espacio, como la importancia del tema le exige, la opinión que me he formado al respecto. De esta suerte, me veo forzado a ser muy lacónico en este salvamento de voto.

Encuentro, en primer lugar, que en el citado artículo 884 no aparece el verbo *reducir* o *rebajar* que emplean los artículos 867 ibídem y 1601, 2231 del Código Civil, sino que por el contrario, en ese texto se utiliza una expresión de significado bien diferente como es el verbo *perder.*

En segundo término, en la sentencia a que me refiero, se invierte la ubicación de las palabras que emplea el artículo en cuestión en la última parte de su primer inciso. En efecto, en ésta aparece claramente, que "en cuanto sobrepase de cualquiera de *estos montos* (refiriéndose a los que el mismo texto señala, o sea al interés bancario corriente durante el plazo o al doble de éste en caso de mora) *se perderán todos los intereses*". Tal como aparece redactado en el párrafo correspondiente de la sentencia (pág. 27), la pérdida de los intereses sólo se produce en cuanto al *exceso* del doble de los intereses pactados o de los bancarios corrientes. Esa interpretación de la Sala es desde luego plausible pero quebranta el artículo 27 del Código Civil.

El precepto legal de que se trata sólo menciona expresamente dos tipos de interés: el bancario corriente durante el plazo y el doble del mismo durante la mora. Para que esos montos puedan ser excedidos se requiere obviamente que las partes hayan señalado convencionalmente una tasa diferente. La posibilidad de sobrepasar tales montos a que se refiere el artículo sólo puede comprender los que las partes hayan convenido ora para el plazo ya para la mora.

Estimo, pues, que las partes que celebran un contrato de mutuo mercantil en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, pueden fijar los intereses remuneratorios y moratorios que a bien tengan, sobre la base de que no sobrepasen *los montos* a que se refiere el artículo que se comenta: hasta el bancario corriente, es decir, como remuneratorio, y hasta el doble del mismo, en calidad de moratorio. Ese tope máximo que fija la ley, so pena de perder *todos* los intereses, se inspira en un principio jurídico diferente, cual es, el de que el legislador en ciertos casos, con el sano propósito de impedir que se rompa el razonable equilibrio que en justicia debe mediar entre las prestaciones económicas que como consecuencia de determinado acto jurídico pueden surgir para las partes que lo celebran, pone un límite a la autonomía de la voluntad.

Por ejemplo, la rescisión de la venta y de la partición por lesión de ultramitad y la reducción de la cláusula penal y de los intereses en contratos de tipo civil son elocuentes muestras de restricción legal a la libertad contractual.

El artículo 884 del Código de Comercio de difícil inteligencia por su deficiente redacción no sólo restringe esa libertad sino que sanciona drásticamente todo pacto que atente gravemente contra el equilibrio económico que debe presidir las relaciones contractuales. Dicha norma, como atrás se dijo, no consagra la reducción de los intereses usuarios o exorbitantes, como lo hace el artículo 2231 del Código Civil, sino que ordena la pérdida *de todos los intereses* (se subraya).

En síntesis, a las partes que celebran un negocio mercantil, les está vedado, so pena de perderlos totalmente, pactar intereses remuneratorios superiores al bancario corriente y moratorios al doble de éste.

Hecha esta salvedad comparto totalmente los razonamientos de tan importante sentencia.

José María Esguerra Samper.

Fecha *ut supra.*

FILIACION NATURAL

Peritación antropo-heredobiológica.

Modernos descubrimientos en el campo de la genética permiten atribuir a una persona la paternidad de otra con un grado de probabilidad tan alto que se acerca a la certeza; no solamente excluirla, con base en el estudio de los grupos sanguíneos del presunto padre y de quien pretende ser hijo. Apartes del dictamen pericial.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Germán Giraldo Zuluaga.

Bogotá, D. E., junio 16 de 1981.

Por cuanto la sentencia de segunda instancia fue casada por medio de la pronunciada por la Corte el 1º de agosto de 1979 y como quiera que está ampliamente vencido el término para practicar las pruebas oficiosamente decretadas allí, es procedente entrar a dictar la sentencia que ha de reemplazar el fallo anulado.

I

El litigio

1. Mercedes, María Susana y Silvia Zambrano por medio de demanda admitida el 28 de julio de 1976, llamaron a proceso ordinario a Luis Moreno Galvis para que se les declarase hijas naturales de éste.

2. Los siguientes son los hechos constitutivos de la *causa petendi*: en el Municipio de Funza, por el año de 1928, la madre de las demandantes, Leonilde Zambrano y Luis Moreno Galvis trabaron relaciones de simple amistad que luego estrecharon hasta el punto que, para el año de 1931 ya vivían como marido y mujer en la misma casa que los padres de aquélla habitaban en Funza. Las relaciones íntimas continuaron, pero para el año de 1933, los amantes tomaron en alquiler casa de propiedad de Vicente Puerto hasta 1934, cuando se trasladaron a vivir a la propia casa de los abuelos de Leonilde. Durante estas relaciones sexuales, que fueron continuas y públicas, fueron concebidas Inés, quien nació el 30 de noviembre de 1931 y quien fue reconocida por escritura pública; Mercedes, quien nació el 12 de agosto de 1933, María Susana, nacida el 27 de diciembre de 1935 y Silvia, nacida el 10 de junio de 1937; se alegó también que Luis Moreno Galvis, el demandado, ha dado a las demandantes trato tal ante deudos, amigos y vecinos, que éstos, a virtud de ese tratamiento y a que siempre atendió a sus necesidades, lo han reputado padre natural de aquéllas.

3. Con oposición del demandado, quien acepta haber tenido relaciones íntimas con Leonilde, pero con anterioridad a 1932 y no exclusivas, se adelantó la primera instancia que terminó con fallo en que se decreta la paternidad natural suplicada. Apelada esta decisión por el demandado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la reformó para acoger la paternidad sólo en relación con Mercedes Zambrano y absolvió a Luis Moreno Galvis relativamente a los cargos que le formularon las otras demandantes. Como el fallo del *ad quem* fue recurrido en casación por ambas partes, la Corte, por medio de su sentencia del 1º de agosto de 1979 lo casó y como tribunal de instancia decretó, de oficio, exámenes personales de las demandantes y el demandado, peritación antropo-heredobiológica y testimonios.

4. La Corte está situada, pues, en lugar del tribunal de segunda instancia y procede a despachar la apelación propuesta por Luis Moreno contra la sentencia estimatoria de primer grado.

5. No se advierte motivo de nulidad que vicie lo actuado. De otra parte, están satisfechos los presupuestos del proceso y, además, las demandantes y el demandado están legitimados para promover y afrontar litigio como el presente. Por tanto, debe pronunciarse sentencia de mérito.

6. La demanda tiende a que se declare la paternidad natural de Luis Moreno Galvis y se alegan como causantes la de que entre éste y la madre de las demandantes, existieron relaciones sexuales para la época en que fueron concebidas, y la de que ellas con relación al demandado, tienen la posesión notoria de hijas naturales suyas.

7. Con las pruebas practicadas en primera instancia se demostró que entre Luis Moreno Galvis y Leonilde Zambrano, existieron relaciones sexuales. Con la confesión expresa del demandado se acreditó que éstas duraron hasta el año de 1932; pero con las declaraciones de sus hermanos y con lo afirmado por el testigo Carlos Julio Puerto, se pudo establecer que esas relaciones amatorias no cesaron para el año de 1932, sino que, por el contrario, se prolongaron hasta poco tiempo antes de que Luis Moreno se casara con Hermencia Garzón el 8 de febrero de 1937.

Algunas vaguedades que se observaban en lo afirmado por los testigos se pudieron disipar con las declaraciones recibidas por la Corte misma. El testigo Carlos Julio Puerto Amaya (f. 7 del cuaderno 7º) precisa "que por allá en el año treinta y dos", su padre le dio en arrendamiento a Luis Moreno Galvis una de las dos casitas que se levantaban en predio de propiedad de aquél; que Luis Moreno "llevó una señora que llamaba Leonilde Zambrano" a vivir allí, la cual se encontraba entonces en estado de embarazo; que ésta llevó además una hijita que tenía uno o dos años de edad, conocida con el nombre de Inés; que "ellos no eran casados legítimamente"; que "al cabo de algunos días nació otra niña, que nació allí en esa casa", a quien llamaron Mercedes, nacimiento que ocurrió unos 6 meses después de iniciado el arrendamiento; que "allí vivieron por espacio de dos o dos años y medio, porque en vista de no ser ellos casados —dice el declarante— mi madre, Carlota Amaya de Puerto, lo exigió a mi padre que les pidiera la casa"; que después Luis llevó a Leonilde a vivir a casa de la madre de ésta, donde la vio viviendo, porque el testigo, por esa época, tenía una novia en ese vecindario. El declarante precisa que Luis Moreno se comportaba como el amante de Leonilde, pues en tal calidad tomó la casita en arrendamiento y porque él llegaba todos los sábados y se quedaba con Leonilde hasta los domingos o lunes; que unos dos años después de desocupar la casita Luis contrajo matrimonio. El testigo, como razones de la ciencia de su dicho, da el haber vivido a unos treinta metros de la casita que habitaban Luis y Leonilde y el ser él quien extendía, por orden de su padre, los recibos del arrendamiento que pagaba el demandado.

El testigo Martín Moreno Galvis, hermano del demandado, precisó, en declaración rendida ante la Corte, que Luis Moreno "antesitos de casarse" "unos cuatro o cinco meses antes" "llevó a Leonilde a Tenjo a la finca de él una o dos veces y pasó la noche con ella, lo cual me consta —dice— porque yo entonces trabajaba con él"; y agrega que del trato sexual que éstos tuvieron con anterioridad no tiene conocimiento personal sino de oídas; que a todos sus hermanos Luis Moreno les manifestó, en la casa paterna, que Inés, Mercedes, María Susana y Silvia eran hijas suyas, lo cual sabían también sus padres. Cuando rindió su testimonio durante la primera instancia (f. 3 vto. a 4 vto. del cuaderno 2), manifestó que luego de que Luis Moreno vivió en casa de su señor Puerto, "él entraba a la casa de la mamá de Leonilde, que me consta, yo le veía entrar y salir de ahí".

Ante el acervo probatorio recogido no resulta, pues, cierta la afirmación del demandado de que sus relaciones íntimas con Leonilde Zambrano cesaron en 1931 ó 1932.

Como se verá en las consideraciones que en seguida se harán, estudiada toda la prueba en conjunto, se llega necesariamente a la firme conclusión de que entre Luis Moreno Galvis y la madre de las demandantes existieron relaciones sexuales desde el año de 1928 hasta pocos meses antes del 8 de febrero de 1937, fecha en que aquél contrajo matrimonio católico con Hermencia Garzón.

En efecto, a la prueba ya analizada es menester agregar que Martín, Mercedes, Clotilde y Sara, hermanos legítimos del demandado, han afirmado sin vacilaciones, tanto en sus declaraciones como en los careos sostenidos con el propio Luis, que éste les confesó siempre que las demandantes eran sus hijas, paternidad que siempre reconoció ante todos sus parientes y que era plenamente aceptada por los padres de los Moreno Galvis. También es necesario afirmar que el demandado, a pesar de que en otras diligencias ha procurado calificar su confesión sobre las relaciones sexuales que sostuvo con Leonilde, en el sentido de que ellas no se extendieron más allá del año de 1932, en la diligencia de careo con su hermana Mercedes (f. 12 vto. a 14 vto. del cuaderno 4), aceptó que sus amoríos con Leonilde Zambrano se prolongaron hasta los días anteriores a la fecha del matrimonio que celebró con Hermencia Garzón, lo cual coincide con la afirmación de su hermano Martín relativa a que el

demandado, poco antes de casarse, llevó a Leonilde a su finca de Tenjo y allí, por dos ocasiones, pasó la noche con ella. Efectivamente, no otra puede ser la conclusión que brota de las siguientes palabras usadas por el demandado a fl. 13 vuelto:

"...diciendo que existió un romance con esta señora Leonilde, pues es cierto. Pero más tarde tuve el acierto o desacierto, de formar un hogar, constituido como dije antes, por Luis Moreno Galvis y Hermencia de Moreno, total que bajo la responsabilidad de un hombre de carácter *no podía continuar el romance con la susodicha señora Leonilde...*" (Subrayas de la Corte).

Las conclusiones anteriores se fortifican aún más cuando se tiene de presente que con el dicho de sus propios hermanos, que no resulta sospechoso, sino imparcial, sincero y espontáneo, a pesar de la tacha que se basó en posible enemistad, no comprobada, se acreditó que Luis Moreno Galvis atendió directamente a los gastos de crianza y educación de las demandantes, desde su nacimiento, atención que continuó prestando a través de su hermana Mercedes, a quien enviaba privadamente los suministros, desde la época en que contrajo matrimonio con Hermencia Garzón y con el fin de acabar con las diferencias surgidas con ésta por aquella causa.

Pero si, en vía de hipótesis, algún estrecho margen de duda pudiera surgir con relación a que el demandado Luis Moreno Galvis sostuvo relaciones de tipo sexual con Leonilde Zambrano, madre natural de las demandantes, desde antes de 1930 hasta unos cuatro o cinco meses antes del 8 de febrero de 1937, fecha del matrimonio que aquél celebró con Hermencia Garzón, ella se disipará al punto con la consideración de que en prolijo dictamen de características heredobiológicas (f. 60 a 82 del cuaderno 7º), rendido por el genetista doctor Emilio Yunis Turbay, que por no haberse objetado, comporta aceptación del demandado, se afirma que, a pesar de los numerosos estudios hechos, éstos "no permiten excluir la paternidad demandada del señor Luis Moreno, en las señoras Susana, Silvia, Mercedes e Inés Zambrano"; que estudiado el rostro, el perfil, los detalles de fosas nasales, la forma y las características del pabellón auricular y el dibujo de los labios del demandado y las tres demandantes, "el parecido de esas estructuras es grande con las de Luis Moreno Galvis"; que "existen suficientes elementos de *juicio para postular que Luis Moreno Galvis es el padre de Silvia, Susana, Mercedes e Inés no sólo porque al ampliar —como lo hemos dicho— el número de marcadores genéticos estudiados disminuimos muy considerablemente la posibilidad de que varios individuos tengan esas mismas fórmulas genéticas, sino porque en particular, los estudios del HLA y de la marcación de cromosomas se revelan como poderosos elementos para defender lo anterior. Las bajas frecuencias con que se dan las combinaciones del HLA en la población (ver tablas) y las bajas frecuencias de los polimorfismos cromosómicos sirven para 'individualizar' las marcas de la paternidad".*

Los progresos que, en los últimos tiempos, ha logrado la genética humana fueron muy tenidos en cuenta por el legislador de 1968, pues en el artículo 7º de la Ley 75 de ese año, dispuso:

"En todos los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, el juez, a solicitud de parte, o cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre, y ordenará peritación antropo-hereditobiológica, con análisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles que valorará según su fundamentación y pertinencia.

"La renuencia de los interesados a la práctica de tales exámenes será apreciada por el Juez como indicio, según las circunstancias".

Es bien sabido que en la actualidad se cuenta con descubrimientos que, con un grado de probabilidad tan alto que se acerca a la certeza, permiten llegar a hacer el señalamiento de la persona del padre investigado. Ya no es, como en el pasado, cuando el adelanto inicial de la ciencia sólo permitía, con base en el estudio de los grupos sanguíneos del progenitor y del presunto hijo, excluir la paternidad, mas no señalaría. En el pasado, de los estudios sanguíneos sólo podía llegarse a la conclusión de que una determinada persona no podía ser, no era el padre, por existir incompatibilidad entre su grupo sanguíneo y el del hijo que reclamaba la paternidad. En la actualidad, por el contrario, los modernos sistemas permiten no solamente la exclusión mencionada, sino que mediante ellos se ha tornado posible llegar a la afirmación de si la persona señalada como padre presunto lo es en verdad.

Hecho un haz de toda la prueba recogida en las instancias con la practicada ante la Corte, es indispensable concluir que durante la época de la concepción de Mercedes, Susana y Silvia Zambrano, el demandado Luis Moreno Galvis

tuvo relaciones sexuales con Leonilde Zambrano, madre natural de aquéllas, por lo cual con fundamento en lo que dispone el artículo 6º numeral 4º de la Ley 75 de 1968, menester será hacer la declaración de paternidad suplicada. Por ello habrá de confirmarse la sentencia apelada, pero con el apoyo expuesto y no con el que sirvió al Juez a quo para hacer la declaración de paternidad.

La Corte acoge el dictamen del doctor Yunis, porque, como en seguida se verá, tiene una sustentación amplia, firme, precisa y científica, y porque, no obstante que las partes aún no han pagado sus honorarios y los costos de la pericia, esa fue prueba decretada de oficio que no queda encerrada en el ámbito del artículo 338 del Código de Procedimiento Civil, inciso final, que prohíbe apreciar la prueba cuya práctica haya causado honorarios, mientras no se constituya dicho depósito, limitación que sólo se refiere a medios probatorios no decretados oficiosamente por el Juez, como lo ha sostenido la Corte.

Es, pues, atendible el dictamen pericial también por el aspecto dicho.

Por cuanto la madre de las demandantes había fallecido hace muchos años, a más de los demandantes y del demandado, fueron sometidas a examen del perito también Luisa, Eva y Elelvina Zambrano, hermanas de aquélla; y como el demandado tiene descendencia legítima, fueron estudiados también Hermencia Garzón, su esposa, y sus hijos Alfonso, Hernando, Luis, Emilia y Magdalena Moreno Gálvis, con el fin de establecer sobre este crecido número de grupos sanguíneos, "cómo debió ser en cuanto a estas características genéticas, la fallecida" y para "determinar cómo segregaba, desde un punto de vista hereditario, algunas de dichas características el señor Luis Moreno Gálvis, cuando la paternidad no está en disputa".

Se practicaron (f. 70 del mismo cuaderno 7º), 16 estudios de cromosomas completos (dos veces a las demandantes, al demandado y a las tres hermanas de Leonilde Zambrano); 6 estudios de cromosomas hechos a la esposa y a los 5 hijos legítimos del demandado; 14 determinaciones de HLA; 40 estudios fotográficos (fs. 76 a 82) y, finalmente, las determinaciones de los grupos sanguíneos de todas las personas examinadas por el perito en genética, Dr. Emilio Yunis Turbay.

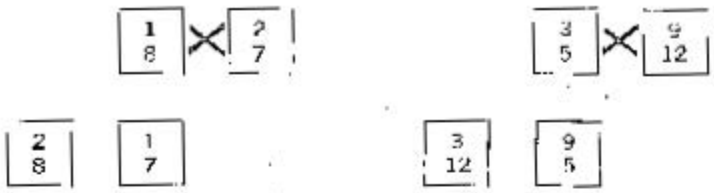
Se hicieron las siguientes pruebas: sistema ABO, Rh, KELL, DUFFY (Fy), KIDD, que se representa con JK, NN y Ss., las cuales "no permiten excluir la paternidad demandada del señor Luis Moreno en las señoras Susana, Silvia, Mercedes e Inés Zambrano".

Después se hicieron los estudios con HLA, "sigla que se emplea para designar a los antígenos de histocompatibilidad", cuya utilidad es muy grande en particular en estudios de paternidad. "Hasta la fecha -dice el perito- se han identificado 25 formas alélicas para el HLA-A; y 33 para el HLA-B; esto, hablando en sentido de población. Como todo marcador genético, en un individuo se darán entonces dos alelos A y dos alelos B. En el humano se sabe que los antígenos del HLA están localizados en el cromosoma número 6; lo que quiere decir, entonces, que, cada uno de nosotros tendrá en cada cromosoma del par número 6 que poseemos, un alelo A y un alelo B. La numeración del alelo corresponde a denominaciones y nomenclaturas universalmente reconocidas y establecidas para todas las poblaciones en el mundo.

"¿Cómo se heredan estos antígenos? Un esquema como el que incluyo lo puede ilustrar claramente:



"Del esquema se puede desprender que un ser humano producirá, dada la constitución genética del HLA, dos tipos de gametos, puesto que a cada uno de ellos iría un cromosoma número 6. Sin embargo, y dado la existencia de 'crossing over' entre los pares de cromosomas, otras dos variedades de gametos puede producir cualquier individuo, como lo ilustra el siguiente esquema:



"La frecuencia con que se producen estos nuevos tipos de gametos estará dada por la frecuencia con que se produce el crossing over, la que a su vez está determinada por la distancia a que se encuentran los genes del HLA en el cromosoma.

"La frecuencia de crossing over para el HLA en su conjunto, es decir, tomando todas las formas alélicas conocidas, es de 1%. Sin embargo, para las combinaciones específicas en cada individuo, el crossing over puede tener una frecuencia mayor.

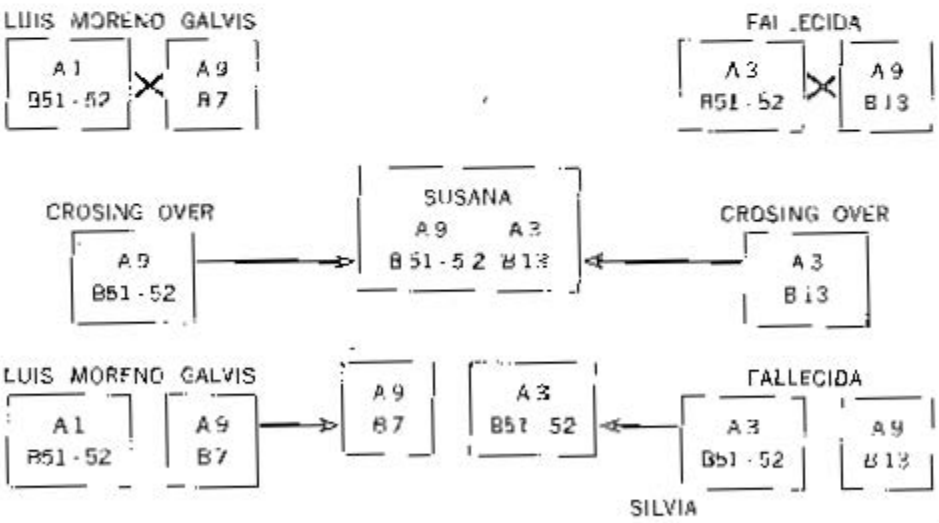
"La familia problema

"El árbol genealógico que le mejor presenta todos los resultados obtenidos en la familia demandante. La familia Moreno Garzón se utilizó para demostrar la segregación de los marcadores genéticos en cuestión, en el señor Luis Moreno Galvis, al igual que para demostrar la diversidad de los antígenos, como en el caso de la señora Hermencia Garzón de Moreno.

"La constitución del HLA en la hija Emilia se presenta a manera de ejemplo y sirve para mostrar cómo se diferencia en su constitución antigénica de las hermanas Zambrano, hecho plenamente explicable dado el diferente aporte genético de su madre, Hermencia Garzón de Moreno.

"En todas las hermanas de la fallecida, Luisa, Eva y Etelvina se da una misma constitución antigénica, a saber A3, B51-52; A9, B13. Lo anterior nos lleva a considerar que la constitución antigénica de la fallecida debió ser A3, B51-52; A9, B13.

"¿Cómo explicamos la constitución antigénica de las hermanas Zambrano frente a una eventual procreación entre la fallecida y el señor Moreno Galvis?



"El mismo mecanismo e igual esquema son válidos para los casos de Mercedes e Inés, puesto que ellas tienen la misma constitución antigénica de Silvia.



"Para terminar esta presentación, le señalo que los antígenos presentes en Emilia Moreno Garzón:



se derivan de Luis Moreno los A1, B5.1-5.2 y de Hermencia Garzón de Moreno los A3, B15.

"A cada combinación de un antígeno A y uno B, en su cromosoma, se denomina un haplótipo. Las frecuencias de los haplótipos se estudian para cada población. Le doy ejemplos de las frecuencias estudiadas para la población caucásica, así:

A9, B7 = 2%
A3, B51-52 = 1%
A1, B51-52 = 0.65%
A9, B13
A3, B15 = 1%
A3, B13 = 0.8%
A9, B51-52 = 0.74%
A1, 87 = 1.2%
A1, B13 = 0.28%

"Existen datos de frecuencia también, por ejemplo, para población japonesa y negra.

Aún no tenemos esa información para población colombiana.

"Como le dije al comienzo, se han identificado 25 formas alélicas para el HLA-A y 35 para el HLA-B. Un individuo que posee dos marcadores A y dos marcadores B podría tener cualquiera de los 25 primeros o de los 35 segundos, pero los que posee tendrían que demostrarse en el padre o en la madre. Por ello son poderosísimos indicadores en estudios de paternidad, como en el caso que nos ocupa".

Más adelante expresa el genetista doctor Yunis:

"Está plenamente establecido que los cromosomas humanos presentan polimorfismos en algunos de los integrantes de un par. Los cromosomas humanos son 23 pares, numerados del 1 al 22 a los que se llaman cromosomas autosómicos y un par —el número 23— de cromosomas sexuales, XX para el sexo femenino y XY para el sexo masculino.

"Los polimorfismos señalados son variaciones normales en un cromosoma, lo que quiere decir que no producen manifestaciones anormales. Con el advenimiento de las llamadas nuevas técnicas para el estudio de los cromosomas, particularmente con la llamada banda Q (se revelan bandas en los cromosomas coloreándolos con la mostaza de Quinacrina y observándolos en microscopio la fluorescencia) los polimorfismos se pueden observar en los pares, 1, 3, 4, 9, 13, 14, 15, 16, 21, 22 y el cromosoma Y y pueden usarse para 'marcar' cromosomas normales en un individuo y para hacer posible el análisis de la transmisión de estos marcadores a través de las familias.

"¿Qué se entiende y qué se estudia como polimorfismo de los cromosomas? Tomado la población en su conjunto cada uno muestra un patrón de bandas normal con intensidades de fluorescencia precisas para cada una de ellas. Variaciones a este cuadro, de acuerdo con su localización en cada cromosoma pueden caracterizarse como variantes polimórficas que tendrán su denominación de acuerdo con la nomenclatura internacional vigente que clasifica a cada región y a cada banda cromosómica.

"La frecuencia con que se dan estas variantes normales en los cromosomas es baja, y muy similares son las cifras informadas en estudios realizados en diferentes países". Y a continuación dice: "Como hablamos de variaciones polimórficas y cada cromosoma está representado por un par —cada uno de los ejemplares del mismo derivado del padre y de la madre— en un individuo podrá darse una variación polimórfica en los dos cromosomas de un par, en cuyo caso se hablará de homozigotismo o se podrá observar sólo en uno de los cromosomas del par, en cuyo caso se hablará de heterozigotismo.

"Si en una persona se encuentra un polimorfismo en forma homozigota indudablemente habrá recibido cada cromosoma polimórfico del par, uno del padre y uno de la madre, dado que en cada célula germinal cada progenitor aporta un ejemplar de cada par cromosómico. Si, por el contrario, en un individuo se da un polimorfismo en forma heterozigota habrá recibido la variante de quien lo posee, padre o madre, salvo que los dos lo posean, en cuyo caso cualquiera lo habría aportado.

"El problema

"El estudio de los cromosomas en Luis Moreno Galvis con el método de las bandas Q reveló los cromosomas polimórficos en forma nítida, los que, de otra parte, presentan una baja frecuencia en la población. Un cromosoma 4 presenta nítida marcación en el origen del brazo largo y un cromosoma 14 banda p13 revela una indiscutible marcación polimórfica. Lo anteriormente descrito se encuentra en los cromosomas del señor Moreno en forma heterozigoto, lo que quiere decir que a un hijo él podrá aportar o el cromosoma marcado número 4 o su pareja sin marcación; igual ocurre con el cromosoma 14.

"¿Tenía la madre de las demandantes alguno de estos cromosomas marcados? Una buena indicación la suministra el estudio de los cromosomas en las hermanas de la fallecida; en ninguna de ellas se encuentran los marcadores cromosómicos descritos. Es importante señalar, de otra parte, que en ellas se observa polimorfismo en la región centromérica del cromosoma 3.

"En las demandantes se observa: El cromosoma polimórfico 3 en Susana, al igual que en Inés; el cromosoma polimórfico 4 en Silvia, Susana e Inés en tanto que ninguna presenta polimorfismo en su cromosoma 14.

"¿Qué se puede concluir de los anteriores datos? Las demandantes, heterozigotas para el polimorfismo del cromosoma 3 necesariamente lo tuvieron que recibir de la madre y no del señor Moreno Galvis, quien no lo posee. Si alguna de las demandantes fuera homozigota para ese marcador, es decir, si la poseyeran sus dos cromosomas número 3, se excluiría la paternidad, dado que como he dicho Luis Moreno no posee ese polimorfismo en ninguno de sus cromosomas número 3. Pero este no es el caso.

"Las demandantes, Silvia y Susana, al igual que Inés, muestran heterozigotismo para el polimorfismo del cromosoma número 4, lo que quiere decir que de ese par cromosómico el marcador está presente en sólo uno de los cromosomas. Se ha dicho ya que ese marcador no se encuentra en las hermanas de la fallecida y que sí está presente en forma heterozigótica en el demandado. Se espera que, en la condición heterozigótica tanto el elemento marcado como el no marcado se transmita a la descendencia, como probabilidad, en el 50%. En este caso se habría transmitido al 75%.

"Ninguna de las demandantes posee el cromosoma marcador 14. Teniendo al frente al demandado se esperaría que lo hubiera transmitido con frecuencia del 50%. Lo que no habría ocurrido. Sin embargo, este no es excluyente de paternidad. Para entenderlo basta con recordar que uno puede lanzar cuatro veces una moneda al aire y que en todas las oportunidades caiga cara o sello. Es más probable que se distribuyan cara o sello, pero es posible que todas las veces se presente un solo resultado.

"Conclusiones

"1. En el presente estudio se efectuó un gran número de pruebas, con rigor científico, y todas objetivamente demostrables.

"2. Se trató de reconstruir, y en gran medida se logró, cómo era la madre de las demandantes para cada uno de los marcadores genéticos analizados.

"3. La secuencia de las pruebas siguió un grado de complejidad que podríamos decir de menor a mayor, así: primero se reconstruyó la constitución genética de la fallecida en cuanto a grupos sanguíneos se refiere, y se demostró la compatibilidad de la paternidad; luego se caracterizó el HLA y se demostró la constitución genética de cada una de las personas estudiadas para esos marcadores, destacando cuál debió ser el HLA de la fallecida como de Luis Moreno Galvis. Finalmente, el estudio de los cromosomas se adelantó como última prueba de los análisis.

"4. No se encontró ninguna característica genética excluyente de la paternidad demandada.

"5. Todas las pruebas realizadas indican que es compatible que Luis Moreno Galvis sea el padre de las demandantes Silvia, Susana y Mercedes y de su hermana reconocida por el demandado, Inés.

"6. *Existen suficientes elementos de juicio para postular que Luis Moreno Galvis es el padre de Silvia, Susana, Mercedes e Inés, no sólo porque al ampliar —como lo hemos hecho— el número de marcadores genéticos estudiados, disminuimos muy considerablemente la posibilidad de que varios individuos tengan esas mismas fórmulas genéticas, sino porque, en particular, los estudios del HLA y de la marcación de cromosomas se revelan como poderosos elementos para defender lo anterior. Las bajas frecuencias con que se dan las combinaciones del HLA en la población (ver tablas) y las bajas frecuencias de los polimorfismos cromosómicos, sirven para 'individualizar' las marcas de paternidad.*

"*Las bajas frecuencias señaladas son aún más bajas cuando las unimos + combinación específica del HLA + polimorfismo de cromosomas, como se dan en los casos de las demandantes Silvia, Susana, Mercedes e Inés y el demandado Luis Moreno Galvis. Creemos que para no llegar al extremo de decir que es el padre, la probabilidad de ello es altísima*".

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, actuando como tribunal de segunda instancia, confirma la sentencia de primera instancia, por medio de la cual se declaró que Luis Moreno Galvis es el padre natural de Mercedes, Silvia y Susana Zambrano.

Condénase al demandado a pagar las costas de ambas instancias.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ricardo Uribe-Holguín, Ernesto Gamboa Alvarez, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Nogrelli
Secretario.

LESION ENORME

El artículo 7º del Decreto 2895 de 1968, expedido en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 21 de 1963, al aludir a las "entidades de derecho público", se refiere a la Nación, los Departamentos y los Municipios, lo mismo que a los establecimientos públicos e institutos descentralizados y autónomos de esos tres órdenes, pero no modificó el artículo 1947 del Código Civil en el sentido de que el justo precio deba determinarse por el valor catastral del inmueble vendido y no por el valor comercial del mismo, que se establece por medio de peritos.

La Corte ratifica su doctrina de 20 de noviembre de 1980, aún no publicada, atinente a que la ley no ha hecho diferencia alguna según sean las partes personas naturales o jurídicas, de derecho público o de derecho privado, las intervinientes en la compraventa de bienes rurales, cuando haya de decretarse la rescisión por lesión enorme.

La compraventa del predio adquirido para fines de servicio público es de naturaleza civil y, por consiguiente, no le son aplicables al contrato las normas del Código de Comercio en punto a intereses de la suma que la compradora salga a deber.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Ricardo Uribe-Holguín.

Bogotá, D. E., 16 de junio de 1981.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario de Pedro Antonio Beltrán González contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E.

I

Antecedentes

1. El proceso se inició con demanda en que se pide: 1º La declaración de que el demandante, como vendedor, sufrió lesión enorme en la compraventa de que da fe la Escritura número 1687, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá el 17 de abril de 1972, por la cual vendió a la entidad demandada el inmueble ubicado y alindado conforme allí se expresa; 2º La de que, en consecuencia, se rescinde por esa causa el mencionado contrato; 3º La de que la entidad demandada tiene a su favor la opción consagrada por el artículo 1948 del Código Civil, y si opta por la restitución del inmueble, deberá dar previo cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 1938 del mismo Código; 4º La de que dicha entidad debe pagar al demandante "los intereses comerciales sobre el justo precio establecido en autos, desde la fecha de la presente demanda y hasta cuando se efectúe el pago"; y 5º La de que son de cargo de tal entidad las costas del proceso.

2. Los hechos pertinentes de la *causa petendi* pueden resumirse así:

a) Mediante la Escritura número 1687 del 17 de abril de 1972, de la Notaría Tercera de Bogotá, Pedro Antonio Beltrán González dio en venta a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., un predio rural ubicado en jurisdicción del Municipio de Fómeque, del Departamento de Cundinamarca, denominado "El Bolsillo", y alindado conforme se indica en el hecho;

b) Según oficio fechado el 1º de marzo de 1972, dirigido al demandante por la entidad demandada, la compra de dicho predio se debió

a la urgente necesidad de adelantar los programas de ensanche del Acueducto en el Páramo de Chingaza, de vital importancia para la ciudad de Bogotá, ofreciendo la Empresa por el fundo, como precio, la cantidad que arrojaba el avalúo extrajudicial, o sea la suma de $ 60.400.00; pero la negociación vino a cerrarse por $ 72.000.00, por comprender la venta unas mejoras no incluidas en dicho avalúo;

e) Otros propietarios de terrenos aledaños al del demandante los enajenaron a la Empresa por precios muy superiores, como ocurrió con las fincas denominadas "Los Chorros", "La Gruta" y "San Isidro";

d) El no haberse estimado pericialmente el valor del inmueble determinó que el demandante sufriese lesión enorme.

3. La entidad demandada dio respuesta a este libelo manifestando oponerse a las pretensiones deducidas por el actor, aceptando algunos hechos pero negando otros, y proponiendo, como excepciones de mérito, las que denominó "*Carencia de acción* en cabeza del demandante" e "*Inexistencia de las obligaciones*, que se pretenden a cargo de la Empresa demandada".

4. El Juez Octavo Civil del Circuito de Bogotá, quien conoció del proceso en la primera instancia, lo falló resolviendo:

"*Primero*. Declarar no probada la objeción formulada por la parte demandada contra el dictamen pericial.

"*Segundo*. Igualmente, declarar no probadas las excepciones propuestas por la misma parte en la contestación de la demanda.

"*Tercero*. Declarar que hubo *lesión enorme* en el contrato de compraventa contenido en la Escritura número 1687 de 17 de abril de 1972 otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá cuya copia fue legalmente registrada, y en la cual consta que Pedro Antonio Beltrán González le vendió el predio El Bolsillo a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., inmueble rural ubicado en el Municipio de Fómeque, Cund., de acuerdo a (sic) los linderos allí señalados.

"*Cuarto*. Como consecuencia directa de la precedente declaración, se CONDENA a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., a completar el justo precio del inmueble, esto es, a pagar en favor del demandante señor Pedro Antonio Beltrán González, seis (6) días después de la ejecutoria de esta providencia, la cantidad de ochocientos cincuenta y tres mil quinientos pesos ($ 853.500.00), que es el saldo que falta por pagar del justo precio estimado por los peritos en novecientos tres mil novecientos pesos ($ 913.900.00), con deducción de una décima parte como lo señala el artículo 1948 del Código Civil.

"*Quinto*. CONDENAR a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., a pagar en favor del demandante, en plazo de seis (6) días desde la ejecutoria de esta providencia, los intereses comerciales sobre el saldo a que se refiere el punto anterior con el cual se completa el justo precio, y desde la contestación de la demanda, y hasta cuando se verifique el pago.

"*Sexto*. CONDENAR a la Empresa demandada en las costas del proceso. Tásense".

5. Apelada esta decisión por la parte desfavorecida, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la sentencia acusada ahora en casación, decidió lo siguiente:

"*Primero*. MODIFICAR el numeral cuarto de la parte resolutiva de la sentencia reduciendo la condena a la suma de setecientos cincuenta mil quinientos diez pesos ($ 750.510) moneda corriente.

"*Segundo*. Confirmarla en todo lo demás.

"*Tercero*. Costas de la segunda instancia a cargo del recurrente.

"*Cuarto*. Remítase lo actuado al Juzgado del conocimiento".

II

Motivación del fallo impugnado

1. Después de hacer reseña completa de la actuación surtida en las dos instancias, comienza el Tribunal sus consideraciones de la manera siguiente:

"Será lo primero entrar a analizar la excepción denominada por la parte demandada 'Carencia de Acción' que se fundamenta en el Decreto 2895 de mil novecientos sesenta y tres (1963) artículo 7º que preceptúa 'Las entidades de derecho público en los casos en que adquieran por negociación directa un inmueble rural, no podrán pagar por éste un precio superior al que figure en el catastro, conforme a las disposiciones de los artículos primero y sexto del presente decreto'; agrega el demandado que en consecuencia 'no es legalmente viable acción alguna rescisoria por lesión enorme bajo la pretensión de la existencia de un precio superior al que el derecho

público de la nación establece para casos como el presente'.

"Centrado el debate en el referido decreto se hace indispensable determinar su contenido y ámbito de aplicación, pues 'toda ley tiene un alcance esencialmente limitado y objetivo', siendo necesario para ello acudir a una interpretación científica sin limitación a una simple exégesis y literalidad.

"El Decreto 2895 del 25 de noviembre de 1963 fue expedido por el Presidente de la República 'en uso de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 1º, ordinal 5º de la Ley 21 de 1963, previo concepto de la comisión de que trata el artículo 3º de la misma ley y del Consejo de Ministros'.

"A su vez, por la Ley 21 de 1963 'por la cual se dictan algunas disposiciones en materias fiscales, se dan autorizaciones y se inviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias conforme a los ordinales 11 y 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional' establece en el artículo 1º, ordinal 5º, lo siguiente:

"*Artículo primero.* De conformidad con el artículo 76 ordinal 12 de la Constitución Nacional, y a fin de buscar una adecuada estabilidad fiscal, económica y social, de proveer a los recursos necesarios para el Plan de Desarrollo Económico y Social y de reducir los gastos de funcionamiento de las *entidades y dependencias nacionales, inclusive de los establecimientos públicos y los institutos descentralizados o autónomos*, y sin suprimir el Servicio Social, ni la carrera administrativa, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de que trata el parágrafo 2º de este artículo para:

"*Ordinal quinto.* Fortalecer el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y establecer normas tendientes a lograr un sistema efectivo para que los avalúos de los bienes inmuebles se ajusten a la mayor brevedad posible al valor comercial de dichos bienes. Mientras el Instituto Geográfico Agustín Codazzi reajusta comercialmente los catastros urbanos y rurales, facúltase al Gobierno para elevar un 10% el valor de éstos".

"Es claro entonces que el Decreto 2895 de 1963 al ser proferido con fundamento en el artículo 1º ordinal 5º de la Ley 21 de 1963 debe interpretarse y entenderse dentro del contenido de esta Ley 21.

"Ahora, si en el artículo 1º de la Ley 21 de 1963 el Legislador determinó en forma expresa que las facultades conferidas al Presidente de la República se circunscribían a las *entidades y dependencias nacionales, inclusive al de los establecimientos públicos y de los institutos descentralizados*, es fehaciente que los decretos expedidos con base en esas facultades también tienen delimitado su alcance a las entidades nacionales y a los institutos descentralizados y autónomos de orden nacional. En consecuencia, cuando el legislador estableció en el artículo 7º del Decreto 2895 de 1963, que 'las entidades de derecho público en los casos en que adquieran por negociación directa un inmueble rural, no podrán pagar por éste un precio superior al que figure en el Catastro', se está refiriendo a las entidades de orden nacional mas no a los establecimientos públicos, institutos descentralizados, o entidades de carácter departamental, distrital o municipal.

"Si la entidad demandada, Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., es un establecimiento público de carácter Distrital, 'Entidad Administrativa Autónoma, con personería jurídica independiente y patrimonio propio, con carácter de un establecimiento público, separado del Distrito Especial de Bogotá', (Acuerdo número 105 de 1955), se concluye que sus negociaciones y contratos no se rigen por el Decreto 2895 de 1963, sino por las reglas generales consagradas en el Código Civil, salvo algunas formalidades administrativas, y por ende son de aplicación las normas referentes a la lesión enorme de nuestro derecho positivo. Debe desestimarse entonces la excepción propuesta por la parte demandada y analizar si la pretensión del demandado reúne los requisitos de la lesión enorme, que como se ha dicho en reiteradas ocasiones tienen un carácter objetivo, que busca que las partes contratantes conserven un equilibrio económico en sus contraprestaciones".

2. Expresa en seguida el sentenciador que la pretensión de rescisión por lesión enorme existe, como presupuestos de hecho, que se trate de un "contrato conmutativo de compraventa de un bien inmueble que conserva el comprador, que la venta no se ha efectuado por ministerio de la justicia y que el precio recibido es inferior a la mitad del justo precio del inmueble".

Y encontrando demostrados en el proceso los dos primeros requisitos enumerados, se detiene en el estudio del último sobre el cual dice que se practicaron dos avalúos periciales para determinar el justo precio en la fecha del contrato: uno en la primera instancia, que atribuyó al predio un valor comercial de $ 913.900.00, y otro en la segunda, que lo fijó en $ 1.054.500.00,

Agrega que "estos dictámenes se rindieron con las formalidades legales, después de recorrer los peritos la finca, observar sus características topográficas, clase de tierras, predios colindantes y precisar por medios idóneos el valor de la hectárea y el valor total del predio a la fecha de celebración del contrato. Apreciados en su conjunto ambos experticios son coincidentes salvo en el precio, pero esta diferencia no es muy ostensible ni es tal que permita inferir sobre la existencia de error grave en su formulación. Como la sentencia de primera instancia sólo fue apelada por la parte demandada y en virtud del principio de la *reformatio in pejus* no se puede hacer más gravosa su condición, debe acogerse como justo precio del inmueble el día 17 de abril de 1972 el valor señalado por el *a quo*, máxime si la diferencia de precios no es muy marcada y el dictamen es preciso, bien fundamentado, claro y lógico".

3. Examina luego el Tribunal el punto Cuarto de la parte resolutiva de la sentencia apelada, respecto del cual dice:

"El demandante solicitó la declaratoria de rescisión, con opción para el demandado de completar el justo precio. El juzgado consideró que lo pertinente era condenar al demandado a completar el justo precio, por estar el inmueble involucrado al complejo de obras para un servicio público esencial del Estado... haciendo imposible su restitución'. Se considera acertado este criterio, máxime que no fue objeto de impugnación concreta en la sustentación del recurso".

4. Finalmente, encuentra que el Juez *a quo* cometió error aritmético al calcular el monto de la condena a completar el precio, error que perjudica a la empresa demandada. "En efecto —dice—, el justo precio según lo visto es de $ 913.900.00, al cual debe deducirse el valor pagado, $ 72.000.00, para una cifra de $ 841.900 que es la diferencia a completar, deducida a su vez de una décima parte del *justo precio* ($ 91.390.00), para un total de $ 750.510.00".

III

La demanda de casación

Tres cargos formula la parte recurrente, todos por la primera causal.

Primer cargo

Está formulado así: "Violación directa de los artículos 7º y con él el 1º y el 6º, así como el 8º del Decreto Extraordinario 2895 de 1968, por falta de aplicación, y correlativamente de los artículos 1946, 1947 y 1948 del Código Civil, por aplicación indebida".

En desarrollo de su impugnación, transcribe el recurrente los párrafos de la sentencia acusada en los cuales el Tribunal expone los argumentos que lo llevaron a la conclusión de que las disposiciones del Decreto extraordinario número 2895 de 1968, en especial su artículo 7º, no son aplicables a la Empresa demandada, y para refutar esos argumentos expone las siguientes razones:

a) Conforme al inciso primero del artículo 1º de la Ley 21 de 1983, por el cual se otorgaron al Presidente de la República determinadas facultades extraordinarias de las previstas por el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, éstas tuvieron tres finalidades distintas e independientes:

1ª Buscar una adecuada estabilidad fiscal, económica y social.

2ª Proveer a los recursos necesarios para el Plan de Desarrollo Económico y Social, y

3ª Reducir los gastos de funcionamiento de las entidades y dependencias nacionales, inclusive de los establecimientos públicos y los institutos descentralizados y autónomos. La única de estas finalidades que está vinculada a las entidades de carácter nacional es la tercera, no las otras dos, y el Decreto extraordinario número 2895 de 1968 se expidió con apoyo, no en la tercera finalidad, sino en la primera;

b) El numeral 5º del mismo artículo 1º de la Ley 21 dispone con toda claridad, y sin hacer distinciones de ninguna clase, que el Presidente de la República queda facultado para tomar las medidas necesarias conducentes a que los avalúos catastrales de los bienes inmuebles se ajusten lo más pronto posible a su valor comercial. Y en desarrollo de esta facultad, el Gobierno Nacional, mediante el Decreto número 2595 de 1968, estableció el autoavalúo obligatorio y periódico de tales bienes, a fin de estimular a los propietarios para que atribuyeran a sus inmuebles el valor comercial y evitaran así que, en caso de expropiación o negociación directa, se les pagara suma inferior a éste. De aquí la prohibición a las entidades públicas de pagar suma superior al avalúo catastral, contenida en el artículo 7º del Decreto y aplicable por igual a todas las entidades públicas;

c) Esta prohibición determina que si la entidad pública adquirente del inmueble se

obliga a pagar por éste cantidad superior al avalúo catastral vigente, el contrato queda afectado por objeto ilícito y es absolutamente nulo, conforme a las disposiciones de los artículos 6º, 1519 y 1741 del Código Civil. Lo cual demuestra que "en materia de adquisición por las entidades de derecho público de inmuebles rurales, a título oneroso, la lesión enorme no puede darse sino en cuanto el precio que se estipule sea inferior a la mitad del que puede pagar la entidad adquirente, es decir, inferior a la mitad del catastral". Y es de advertir que "el artículo 8º (del Decreto) consagra una presunción de derecho en el sentido de que el propietario que no zeavalúe acepta como precio de la expropiación o de la compra directa, el monto del avalúo catastral vigente al momento de notificársele por la entidad pública su propósito de hacer suyo el predio".

Consideraciones de la Corte

1. El artículo 7º del Decreto número 2895 de 1963, expedido por el Presidente de la República "en uso de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 1º, ordinal 5º de la Ley 21 de 1963", es del siguiente tenor: "Las entidades de derecho público en los casos en que adquieran por negociación directa un inmueble rural, no podrán pagar por éste un precio superior al que figure en el catastro, conforme a las disposiciones de los artículos primero y sexto del presente Decreto".

¿Se refiere esta disposición a todas las entidades de derecho público o sólo a las de orden nacional? En caso de referirse a todas, esto es, a las de carácter nacional, departamental y municipal, ¿obró el Gobierno, al dictarla, dentro del límite de las facultades extraordinarias que por la Ley 21 de 1963 se le otorgaron?

2. El inciso primero y el ordinal 5º del artículo 1º de la citada ley, la cual invistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias conforme a los ordinales 11 y 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, expresan: Artículo 1º De conformidad con el artículo 76, ordinal 12 de la Constitución Nacional y a fin de buscar una adecuada estabilidad fiscal, económica y social; de proveer los recursos necesarios para la ejecución del Plan de Desarrollo Económico y Social, y de reducir los gastos de funcionamiento de las entidades y dependencias nacionales, inclusive de los establecimientos públicos y los institutos descentralizados o autónomos, y sin suprimir el servicio civil ni la carrera administrativa, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de que trata el parágrafo de este artículo (es decir, hasta el 31 de diciembre de 1963 en relación con el ordinal 5º), para:... Quinto. Fortalecer el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y establecer normas tendientes a lograr un sistema efectivo para que los avalúos de los bienes inmuebles se ajusten, a la mayor brevedad posible, al valor comercial de dichos bienes. Mientras el Instituto Geográfico Agustín Codazzi reajusta comercialmente los catastros urbanos y rurales, facúltase al Gobierno para elevar en 10% el valor de éstos".

3. La disposición del inciso primero del artículo anteriormente transcrito no es lo suficientemente clara como para permitir una conclusión acerca de si las facultades extraordinarias que por él se otorgan, se refieren únicamente a entidades, dependencias, establecimientos e institutos de carácter nacional, o si la voluntad del legislador fue la de conferirlas en relación con cualesquiera entes públicos u oficiales, salvo las concernientes a reducción de los gastos de funcionamiento, las cuales sólo comprenderían los entes de orden exclusivamente nacional. Con otras palabras: la redacción de dicho inciso primero no deja en claro si se trata de tres objetivos diversos e independientes entre sí (buscar una adecuada estabilidad fiscal, económica y social; proveer los recursos necesarios para la ejecución del Plan de Desarrollo Económico y Social; reducir los gastos de funcionamiento de las entidades, dependencias, establecimientos e institutos de carácter nacional), o si tales objetivos son complementarios unos de otros y conciernen exclusivamente a las entidades nacionales, con exclusión de las departamentales y municipales.

4. "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento" (subraya la Corte). Tal es la disposición del artículo 27 del Código Civil.

Es procedente, pues, acudir a los antecedentes históricos de la Ley 21 de 1963, a efecto de precisar las necesidades a las cuales respondieron las facultades extraordinarias que por ella se otorgaron y el espíritu que informó el estatuto.

6. En el tomo XXII de la Historia de las Leyes, que está en proceso de impresión, se encuentra la exposición de motivos presentada por el entonces Ministro de Hacienda doctor Sanz de Santamaría. En ella se pone de presente el desequilibrio existente a la sazón entre los gastos públicos y los arbitrios fiscales, en forma "que existen numerosos municipios cuyos presupuestos escasamente alcanzan para el mantenimiento de una pequeña burocracia, sin que sea posible la ejecución de planes, siquiera mediocres, dentro del régimen municipal", situación que "ha producido en el ámbito departamental fenómenos diferentes, pero de efectos similares", que repercuten gravemente sobre el erario nacional, puesto que "todo, absolutamente todo lo que necesita (el país) para vivir tiene que solicitarlo al Gobierno Central".

La intención que informa esta exposición de motivos es indudablemente la de fortalecer los fiscos nacional, departamentales y municipales, mediante el incremento de impuestos y la supresión de gastos innecesarios.

6. En la ponencia para primer debate de la Ley 21, ante la Cámara de Representantes, luego de explicarse que el proyecto cumple los requisitos necesarios para el otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de la República, es decir, que éstas sean pro tempore, precisas, necesarias y de aconsejable conveniencia pública, se comenta el inciso primero del artículo 1º de esta manera:

"Empieza (el artículo) con un preámbulo explicativo, que es como la doctrina y enunciado de lo que el proyecto se propone. Nada más importante que buscar y hallar la 'adecuada estabilidad fiscal, económica y social' que el país necesita y reclama con apremio; que propender por los recursos para el plan de desarrollo económico-social que tanto se ha estudiado y tan halagüeñas perspectivas implica para el país; para reducir los gastos funcionales del Estado y de los establecimientos públicos y descentralizados, para contribuir, austera y efectivamente, a que el Presupuesto de Apropiaciones no ascienda a cifras escandalosas bajo ese aspecto y pueda tenerlas en los renglones de inversiones que representan prosperidad y trabajo para el país. Como los tres puntos cardinales de dicho preámbulo pueden comprender todo lo que el proyecto se propone, considero que es innecesario modificarlo y propongo que se apruebe como está original...".

Como puede apreciarse, en la ponencia se distinguen claramente entre sí las finalidades que el artículo se propone obtener mediante las facultades extraordinarias.

7. Refiriéndose luego al numeral 5º del artículo 1º, expresa la ponencia:

"Numeral 5º Este numeral se relaciona con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, a cuyo cargo está, entre otras importantes funciones, la del Catastro Nacional, para avalúos técnicos que son fundamentales para conocer el verdadero valor de la propiedad inmueble nacional y que sirvan de base justa y real para determinar el impuesto nacional de patrimonio y el municipal de Catastro, lo que modificaría considerablemente la situación de los fiscos municipales sobre todo (se subraya).

"En tres años y medio, el Instituto ha realizado con labor constante y tesonera a contentamiento y respeto general de los ciudadanos, el avalúo aproximado del 50% de las propiedades inmuebles del país. Ahora se hace más urgente que esa labor se termine cuanto antes, con avalúos fundamentales, técnicos, imparciales, que representen no un estimativo cualquiera a la simple vista o por informaciones inexactas, sino un avalúo comercial de las propiedades que resista la crítica y el análisis ante las reclamaciones de los interesados y que sea justamente la base respetable para liquidar impuestos, avalúos, daños y perjuicios, decretar expropiaciones, obtener préstamos, pues al atenderse a otra clase de avalúos con más o menos porcentajes por lo bajo o por lo alto, resulta injusto, antitécnico y hasta aberrante en muchos casos. Cosa semejante ocurre en los casos de autoavalúos que rara vez se hacen, si no está por medio el posible interés de bajar el precio real para que se disminuya la cuantía de los impuestos, o de que se aumente en casos concretos o posibles de una indemnización, una expropiación, etc., todo lo cual saca indudablemente el avalúo de la verdadera realidad, pues bien sabido es que si ello se lleva a la declaración de renta y patrimonio, el impuesto predial es bajo, y el predial impuso afecta considerablemente al contribuyente, menos cuando subido es por él que ese estimativo propio, sólo tiene obligación de conservarlo mientras tenga la posibilidad de derivar de él un provecho personal y que nunca lo hará por una inspiración patriótica que le determine a ser el contribuyente real al erario público".

Muy clara es esta exposición en el sentido de que las facultades extraordinarias se encaminan, por este aspecto, a obtener avalúos de

la propiedad inmueble que se ajusten al valor comercial, que sirvan de base para el cálculo de los impuestos nacionales y municipales y para los casos de expropiaciones que efectúen la Nación y los municipios.

8. En la ponencia para segundo debate, ante la Cámara, en el capítulo referente al contenido del proyecto, se lee:

"El artículo 1º se relaciona con facultades extraordinarias, que se contienen en 10 numerales y una especie de preámbulo que señala los fines principales para los cuales se confieren, a saber:

1. Buscar una adecuada estabilidad fiscal, social y económica.

2. Proveer los recursos necesarios para la ejecución del plan económico y social, y

3. Reducir los gastos de funcionamiento de todas las entidades y dependencias nacionales, incluyendo establecimientos públicos e institutos descentralizados.

"De manera que, por una parte, se busca aumento de ingresos y, por otra, reducción de egresos, con lo cual puede obtenerse la estabilidad a que se refiere el punto primero. Si ello se logra en buena parte, las facultades se justifican y el país ganará mucho con ello".

Vuelven pues a distinguirse las tres finalidades de las facultades extraordinarias, independientes todas ellas entre sí.

Y comentando el numeral 5º del artículo 1º, dice esta ponencia: "El numeral 5º se propone dar facultades para fortalecer el Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' y propiciarle medios determinados a la mayor brevedad posible al avalúo catastral, comercial y técnico, que permita el justo recaudo por impuestos de patrimonio para la Nación y los prediales para los municipios. A la vez contempla una norma importante propuesta por el honorable Representante Ramón Azcárate y Rivera, que faculta al Gobierno para elevar los avalúos catastrales antiguos, que no han podido ser revisados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, avalúos que pueden aumentarse en el 10%, que en algo mejora la situación deficiente que aún tiene".

Se reitera, en estos pasajes, el propósito de dar al Presidente de la República facultades para incrementar los erarios nacional y municipales, mediante avalúos técnicamente hechos por el Instituto Agustín Codazzi, con todas las consecuencias que esos nuevos avalúos puedan tener en frente de la ley.

9. De los distintos pasajes transcritos, que forman la historia fidedigna de la expedición de la Ley 21 de 1963, se desprenden las siguientes conclusiones:

a) Las facultades extraordinarias que por ella se otorgaron al Presidente de la República comprenden autorizaciones para incrementar los arbitrios fiscales de la Nación, los Departamentos y los Municipios, y reducir los gastos de todas esas entidades;

b) El ordinal 5º del artículo 1º persigue, como finalidad de las facultades en cuanto a avalúos catastrales se refiere, que éstos respondan al valor comercial de los inmuebles urbanos y rurales, en forma que tanto los impuestos nacionales y municipales, como las expropiaciones, se ajusten a la realidad de ese valor;

c) El artículo 7º del Decreto número 2895 de 1963, expedido en uso de las facultades que la citada ley otorgó, al aludir a "las entidades de derecho público" se está refiriendo a la Nación, los Departamentos y los Municipios, como también a los establecimientos públicos e institutos descentralizados y autónomos de esos tres órdenes, como lo es la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E.

¿Significa lo dicho que, en punto de adquisición de predios rurales en negociación directa celebrada por entidades de derecho público, el artículo 1947 del Código Civil quedó modificado por el 7º del Decreto 2895 de 1963, en el sentido de que el "justo precio" a que aquél se refiere no es el valor comercial del inmueble, sino el que figure en el catastro?

10. Sobre esta cuestión se pronunció ya la Corte en sentencia del 20 de noviembre de 1930, aún no publicada en la Gaceta Judicial y proferida en el proceso ordinario de Ricardo Castillo *y otro contra* Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E. *En ella se lee:*

"5. Y en cuanto a que la lesión debe aparecer de comparar el precio pagado o el recibido con el justo precio de la cosa al momento de celebrarse el contrato, de tal manera que aquél sea, respectivamente, más del doble de éste o menos de la mitad, la ley no ha hecho ninguna diferencia según sean las partes personas naturales o personas jurídicas de derecho público

o de derecho privado. Demostrada la lesión de ultra dimidium, debe decretarse la rescisión.

"6. ¿Y cómo se determina este justo precio? En caso de no aducirse prueba de confesión, el medio adecuado para acreditarlo es indudablemente la prueba de peritos, como lo ha dicho siempre la doctrina de la Corte.

"Lo dispuesto por el artículo 7º del Decreto extraordinario número 2595 de 1963, en nada modifica lo sostenido desde hace mucho tiempo por la Corte en punto de prueba idónea para acreditar el justo precio, ni constituye excepción a esta regla general.

"En efecto, la norma señalada, expresa: 'Las entidades de derecho público en los casos que adquieran por negociación directa un inmueble rural no podrán pagar por éste un precio superior al que figure en el catastro, conforme a las disposiciones de los artículos primero y sexto del presente Decreto.

"En caso de expropiación no podrán tampoco los peritos que deban estimar el precio de un inmueble que no haya sido avaluado en el catastro de acuerdo con el artículo primero, exceder el que le fue señalado por el propietario o poseedor en conocimiento a las reglas de este Decreto. Igual norma deberá ser observada por el juez de la causa.

'Pero es entendido que la estimación hecha por el propietario o poseedor, en cuanto exceda del avalúo que de un inmueble se practique conforme a las disposiciones legales pertinentes, no obliga en manera alguna a la entidad de derecho público que intente adquirir tal inmueble.

'Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo no es aplicable a los fundos cuyos propietarios o poseedores no estén obligados a hacer la estimación que ordena el artículo tercero'.

"Para la Corte es patente que, sin errar el camino de la recta hermenéutica, la disposición transcrita no puede entenderse como que siempre que se demanda la rescisión por lesión enorme y una de las partes sea entidad de derecho público, el justo precio de la cosa vendida está determinado por el valor que para entonces tenga el inmueble en las respectivas oficinas de Catastro.

"Esa norma nada tiene que ver con el tema de la lesión enorme. Ella impone una limitación a las entidades de derecho público en la fijación del precio cuando adquieran, por negociación directa, un inmueble rural, pero en ningún momento expresa que, en caso de demanda por haberse padecido por el vendedor lesión enorme, para determinar si existió o no ésta, ha de confrontarse el precio recibido por el demandante con el avalúo que el inmueble tenga en la oficina de catastro. Si el precio que se paga es inferior a la mitad del justo, la lesión enorme se produce aunque el comprador sea una entidad de derecho público".

El cargo, por lo tanto, no prospera.

Segundo y tercer cargos

Intimamente relacionados entre sí, se formulan ambos por aplicación indebida del artículo 884 del Código de Comercio y falta de aplicación del numeral 3º del artículo 23 del mismo Código, y 1617 y 2232 del Civil, ora por la vía directa (segundo cargo), ora por la indirecta, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas (tercero). Y en los dos cargos se acusa la sentencia, además, por vía directa, de ser violatoria del inciso segundo del artículo 1948 del Código Civil, por interpretación errónea.

Para sustentar estos cargos, el censor pone de presente que, con arreglo al ordinal 3 del artículo 23 del Código de Comercio, no son actos mercantiles "las adquisiciones hechas por funcionarios o empleados para fines de servicio público", y que sin embargo el Tribunal, dando tácita aplicación al artículo 884 de dicho Código, conforme al cual en los negocios mercantiles el interés, salvo estipulación en contrario, será el "bancario corriente", confirmó la resolución del Juez *a quo* de condenar a la empresa demandada al pago de "los intereses comerciales" sobre el saldo debido por ésta para completar el justo precio del inmueble, dejando de aplicar el artículo 1617 del Código Civil, cuyo numeral 1º fija el interés legal en seis por ciento anual para los negocios civiles, y el 2232, que repite esta regla; e interpretando erróneamente el 1948 del mismo Código, conforme al cual, pronunciada la rescisión por lesión enorme, el demandado que opta por completar el justo precio debe intereses desde la fecha de la demanda, intereses que son los puramente civiles, si el contrato es de esta naturaleza, no los comerciales, como lo entendió el Tribunal.

En el segundo cargo, parte el censor de la base de que el Tribunal sí vio y apreció las pruebas que demuestran que el contrato no fue comercial. En el tercero, se sitúa en la hipótesis de que el sentenciador de segundo grado no las

tuvo en cuenta, incurriendo en preterición manifiesta y evidente.

Consideraciones de la Corte

Es indiscutible que la compraventa celebrada entre el demandante y la Empresa demandada no es un acto mercantil, puesto que el predio que fue objeto de ella se adquirió para fines de servicio público. De consiguiente, a tal contrato no le son aplicables las normas del Código de Comercio, sino las del Civil, que constituyen el derecho común. Lo cual permite concluir que los intereses que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D. E. está obligada a pagar, conforme al artículo 1948 del Código Civil, son los legales del 6% anual, de que tratan los artículos 1617 y 2232 de este Código, no los comerciales a que se refiere el 884 del de Comercio.

Incurrió pues el Tribunal en las violaciones de normas sustanciales que en la censura se le imputan, por los conceptos allí indicados. Mas incurrió en ellas, no por preterición o deformación de las pruebas que demuestran que la compraventa celebrada tuvo ese carácter, pruebas que el sentenciador vio y apreció correctamente, sino por quebranto directo de tales normas, como se expresa en el segundo cargo. La verdad es que el Tribunal, conociendo la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, se abstuvo de aplicar a éste las disposiciones pertinentes en materia de intereses, aplicando en cambio las que no son pertinentes y limitándose sin ningún estudio sobre el particular, a confirmar lo decidido por el Juez *a quo*.

El segundo cargo, por lo tanto, prospera.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia objeto del recurso extraordinario, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la cual queda así:

Primero. MODIFICAR el numeral cuarto de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, reduciendo la condena a la suma de setecientos cincuenta mil quinientos diez pesos ($ 750.510.00), moneda corriente.

Segundo. MODIFICAR el numeral quinto de dicha parte resolutiva en el sentido de que los intereses a cuyo pago se condena a la Empresa demandada son los legales del 6% anual, no los comerciales.

Tercero. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

Costas de la segunda instancia a cargo de la Empresa demandada en un setenta y cinco por ciento (75%).

Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Ricardo Uribe-Holguín, Ernesto Gamboa Alvarez, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

REPRESENTACION SUCESORIA

Requisitos para que se dé el Derecho de Representación. Solamente tiene cabida en la descendencia legítima del representado. El hijo natural no está legitimado para figurar como representante, pero sí puede ser representado por su descendencia legítima. Cómo se prueba la legitimación. Legitimación ipso jure y legitimación voluntaria.

INVALIDEZ DE LA PRUEBA POR NULIDAD DE LA ACTUACION

La eficacia de la prueba queda comprometida cuando el vicio que da lugar a la nulidad toca con la sustanciación de aquélla o con la falta de citación o emplazamiento o indebida representación de la parte contra quien se pretende hacer valer. En ambos casos las pruebas deben repetirse para que el juzgador pueda evaluarlas.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Alberto Ospina Botero.

Bogotá, D. E., 30 de junio de 1951.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 24 de octubre de 1980, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el proceso ordinario adelantado por Carmen Rosa Ramos Rey contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

El litigio

I. Por demanda de 11 de agosto de 1977, adicionada por escrito presentado el 26 de noviembre del mismo año, solicita la mencionada Carmen Rosa que con audiencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se hagan los pronunciamientos siguientes:

a) Que Carmen Rosa Ramos Rey, hoy de Herrera, por representación de su madre Nemesia Rey, es heredera en la sucesión intestada de David Rey Céspedes y, por ende, tiene derecho a recoger la herencia y a intervenir "en el denuncio y participación de los bienes relictos";

b) Que como consecuencia de la declaración anterior, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar queda excluido de la mencionada sucesión;

c) Que se condene al Instituto demandado a restituirle a la demandante los bienes sucesorales y a pagarle el valor de los frutos naturales y civiles, percibidos o que hubiera podido percibir la demandante, a partir del día en que el demandado entró en posesión de los bienes hasta el día "en que se inscriba la partición y su sentencia aprobatoria";

d) Que se disponga la cancelación de "los registros de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio que se hubieren efectuado después de la inscripción de la demanda";

e) Que se ordene el registro de la sentencia que se dicte y se condene al demandado en las costas del proceso.

II. Entre los hechos que se relacionan como fundamentales de las pretensiones, se destacan los siguientes:

a) Al fallecer sin descendencia David Rey Céspedes en el Municipio de Cumaral el 25 de diciembre de 1974, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar promovió ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio el correspondiente proceso sucesorio y, a pesar de que se presentaron a reclamar la herencia como herederos Luis María López, María Eva López,

María Julia Sogamoso y Carmen Rosa Ramos, ninguno de estos ha logrado el reconocimiento de la calidad alegada;

b) El fundamento jurídico para rechazar el juzgador los reconocimientos invocados, especialmente el de Carmen Rosa, ha consistido en que ésta no acreditó que su madre Nemesia fuere hermana del causante David Rey, ni que la mencionada Nemesia hubiera contraído matrimonio con Casto Ramos;

c) Ante esta situación, Carmen Rosa Ramos Rey se dio a la tarea de adelantar dos procesos de jurisdicción voluntaria ante los jueces de Circuito de Bogotá, tendientes a que se dispusiera la inscripción de los matrimonios de Ramón Rey con Orocia Céspedes y Nemesia Rey Céspedes con Casto Ramos Reina y, así lo logró;

d) Así las cosas, se tiene que del matrimonio de Ramón Rey con Orocia Céspedes nacieron, entre otros hijos, Nemesia y David. Nemesia contrajo matrimonio con Casto Ramos y de esta unión nació la demandante Carmen Rosa. Entonces al fallecer David y Nemesia, la mencionada Carmen Rosa hereda en la sucesión de David por representación de su madre Nemesia, quien era hermana legítima del causante.

III. Adelantado el proceso y cuando éste se encontraba en condiciones de fenecer la primera instancia, a solicitud de la parte demandada se decretó la nulidad de lo actuado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda y, por tanto, se renovó la actuación, mas no las pruebas practicadas.

IV. El Instituto demandado consignó su respuesta en el sentido de oponerse a las súplicas.

V. La primera instancia terminó con sentencia de 9 de junio de 1980, desfavorable a la parte demandante, lo que dio lugar a que ésta interpusiera el recurso de apelación, habiendo terminado la segunda instancia con fallo de 24 de octubre del mismo año, confirmatorio del proferido por el *a quo*, contra el cual la misma parte interpuso el recurso extraordinario de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia del Tribunal

Referidos los antecedentes del litigio, el *ad quem* transcribe luego algunos pasajes del fallo del *a quo*, respecto del cual expresa que "acoge en su integridad los planteamientos formulados", porque se avienen con las normas sustanciales y con la realidad procesal.

A continuación el Tribunal sostiene que de acuerdo con lo que dispone el artículo 1043 del Código Civil, hay lugar a la representación en la descendencia legítima del difunto, en la descendencia legítima de sus hermanos legítimos y en la descendencia legítima de sus hijos o hermanos naturales. Por fuera de estas descendencias no hay lugar a la representación. Por consiguiente, resulta claro que "al invocarse el derecho de representación como legítimo descendiente de un hermano del causante, el primer hecho que debía probarse era el vínculo de hermanos existente, para el presente caso, entre David Rey Céspedes y Nemesia Rey, supuesto que no aparece demostrado en los autos y cuya ausencia es por sí sola suficiente para determinar la improsperidad de las peticiones de la demanda, independientemente de que se hubiera demostrado la condición de hijo legítimo que la actora predica para sí. Es que al no haberse acompañado los registros de nacimiento correspondientes no puede sostenerse válidamente que David y Nemesia fueron hijos de los mismos padres".

Finalmente, el sentenciador de segundo grado sostiene que, por otra parte, tampoco la demandante ha demostrado su calidad de hija legítima, que invoca, puesto que con la partida "que obra a folio 5 del expediente se acredita que Carmen Rosa nació en agosto de 1927, es decir, en una época anterior en muchos meses a aquella en que se celebró el matrimonio de su madre Nemesia Rey, hecho que según documento, que obra a folio 3, tuvo ocurrencia sólo en diciembre de 1928. Es evidente entonces que la demandante nació fuera del matrimonio y, por consiguiente, para cambiar su condición de hija natural por la de legítima necesitaba acreditar el reconocimiento del estado de hija respecto de Casto Ramos, producido bien antes del matrimonio, en el momento de la celebración o posteriormente, hecho este que no aparece demostrado por ningún medio en el proceso".

El recurso de casación

Tres cargos, por la causal primera, plantea el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los que serán despachados conjuntamente por su conexión.

Cargo primero

Acusa la sentencia del *ad quem* de quebrantar los artículos 238, 239, 245, 1037, 1041, 1043, inciso 1º; 1321, 1322, 1323, 1324, 1325, 961, 962, 963 del Código Civil; 22 de la Ley 57 de 1887;

16, 20, 22, 39 y 85 de la Ley 153 de 1887; 22 de la Ley 45 de 1936; 777, 117, 1813, 1814 y 1816 del Código de Derecho Canónico, por falta de aplicación, y 85 de la Ley 153 de 1887 y 66 de la Ley 75 de 1968, por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

Comienza el censor, en el desenvolvimiento del cargo, por transcribir los pasajes del fallo impugnado, en donde se afirma que no está acreditado que Nemesia Rey sea hermana del causante David, ni que la demandante Carmen Rosa tenga la calidad de hija legítima, por cuanto nació fuera del matrimonio y no aparece el reconocimiento del *status* de hija natural, respecto de Casto Ramos.

En procura de demostrar el cargo, el casacionista sienta las afirmaciones siguientes:

a) Que el *ad quem* no encontró demostrado que la prestnta representada fuera hermana del *de cujus*, ni que la actora tuviese la calidad de hija legítima;

b) Que el yerro de hecho cometido por el Tribunal consiste en exigir registros civiles respecto de hechos que ocurrieron con antelación a la vigencia de la Ley 92 de 1938. Por tanto, no se percató que Ramón Antonio Rey y Orocia Céspedes se casaron por la iglesia en 1890; que Nemesia y David Rey Céspedes nacieron en 1904 y 1906, respectivamente; que Carmen Rosa Ramos Rey nació en 1927; que Casto Ramos y Nemesia Rey contrajeron matrimonio católico *in articulo mortis* en 1929; y que a poco murió Nemesia, de parto, el 27 de diciembre de 1929;

c) Que si bien no se discute el matrimonio de Ramón Antonio Rey con Orocia Céspedes, el cual se acredita con el fallo pronunciado por el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá, cuya sentencia se protocolizó según Escritura pública número 1456 de 22 de julio de 1977, el juzgador de segundo grado desacertó al no ver las partidas de nacimiento de Nemesia y David, que se agregaron a la demanda y que además aparecen transcritas en la inspección judicial llevada a cabo a los libros parroquiales de Fosca, prueba que conserva su eficacia probatoria a pesar del decreto de nulidad de lo actuado, por indebida representación del demandado, a partir del auto admisorio de la demanda, pues el vicio no alcanzó a sensibilizar la mencionada prueba. Con ésta se acredita que Nemesia y David son hijos legítimos de Ramón y Orocia y, por tanto, hermanos legítimos entre sí;

d) Que otro yerro cometido por el Tribunal consiste en haber sostenido que la demandante no acreditó su calidad de hija legítima, al haber nacido en 1927, por fuera del matrimonio de sus padres, que se celebró en 1929. Fundamentalmente el yerro cometido por el *ad quem* consiste en que "omitió o no vio en todos sus alcances" la prueba de inspección judicial practicada a los libros parroquiales del Municipio de Restrepo, en donde el párroco de allí puso a disposición del juzgado comisionado el libro 4, en donde se halló la partida de nacimiento de la demandante, en donde aparecen "dos tachaduras subrayadas", a raíz de la corrección de la partida ordenada por el Obispo de Villavicencio, al disponer que "Se autorizan las siguientes correcciones en la partida de Carmen Rosa: 1º Suprímase 'padre desconocido' y anótese el nombre de Casto Ramos, que figura entre paréntesis. 2º Inscríbanse los nombres de los abuelos paternos Camilo Ramos y Abigail Reina. Villavicencio, marzo 7 de mil novecientos setenta y cinco";

Añade el censor que la nulidad del proceso decretada a partir del auto admisorio, tampoco afecta la validez y eficacia de la anterior prueba de inspección judicial, así no se hubiese practicado de nuevo.

e) Que si bien en la partida de bautismo de Carmen Rosa se dijo que nació el 20 de agosto de 1927, y que era hija de Nemesia Rey y "de padre desconocido", luego por decreto del Obispo de Villavicencio de 7 de marzo de 1975 se corrigió en el sentido de cambiar las locuciones "hija natural" por "hija leg.", y padre "desconocido" por "Casto Ramos" y, además, se agregaron los nombres de los abuelos paternos;

f) Que "si Carmen Rosa, nacida en 1927, fue inicialmente bautizada católicamente como hija natural de Nemesia Rey y *de padre desconocido*, sin figurar obviamente abuelos paternos; si en 1929 Nemesia Rey se casó católicamente con Casto Ramos; si dicho matrimonio, efectuado el 22 de diciembre, se celebró en lugar remoto y en trance de muerte de la esposa, quien efectivamente falleció 5 días más tarde de parto (partidas de folios 1, 2 y 12, cuaderno 1), no es improbable y no puede descartarse de plano, como con grave yerro fáctico lo hizo el sentenciador, que el esposo Casto Ramos (y concubino de tiempo atrás, como el propio abogado del Instituto lo considera, folio 167 ib.),

hubiera reconocido o legitimado a Carmen Rosa, aun cuando por razones de premura, grave enfermedad fatal y distancia, la partida de matrimonio católico con Nemesia no se hubiera sentado oportunamente, como lo acredita la certificación parroquial visible a folio 9 *ibidem*, que también ignoró el sentenciador";

g) Que "si la autoridad eclesiástica, autónoma e independientemente, ordenó y autorizó corregir la partida de bautismo en cuestión en los sentidos indicados, ello no pudo ser sino el obvio resultado de que la misma autoridad comprobó cualquiera de las circunstancias que permitían hacer esa corrección, o sea que Casto había aceptado expresamente reconocer su paternidad sobre Carmen Rosa, al menos ante dos testigos, o que en virtud de documentos públicos auténticos era conocido como padre de la niña, conforme lo prescribe el canon 777. Es decir, todo mediante los procedimientos propios y peculiares de la legislación canónica, lo mismo que de su autónomo régimen de pruebas para sentar y corregir partidas, ajenos al fuero civil que inexorablemente continúan, como lo consigna la partida en cuestión una vez autorizada su corrección por el Vicario respectivo, a tener por demostrado que Carmen Rosa, arrén en el peor de los casos y sin considerar que pudo ser legitimada expresamente al momento de casarse sus padres, es hija de Casto Ramos y Nemesia Rey, quienes luego contrajeron matrimonio católico en 1929 y que por esa razón olvia, se hizo constar en la partida referida mediante corrección autorizada, que tenía carácter de 'hija leg.' (legítima o legitimada, da lo mismo), y no de hija natural".

"Nada de ello, que brilla al ojo, percató el Tribunal, con grave yerro fáctico que, unnado a los anteriores evidentes errores de hecho ya comentados, lo condujeron a no tener por demostrado, cuando sí lo está con abundancia, que Nemesia Rey era hermana del causante David Rey, y que habiendo fallecido antes que éste, Carmen Rosa, quien es su hija legítima o legitimada, habida con Casto Ramos, tiene el derecho o vocación hereditaria que invocó en la demanda de instancia y, por ende, puede reivindicar o pedir la herencia".

Cargo segundo

Denuncia quebranto indirecto de los artículos 235, 239, 245, 961, 962, 963, 964, 1037, 1041, 1043, inciso 1º; 1321, 1322, 1323, 1324, 1325 del Código Civil; 22 de la Ley 57 de 1887; 16, 20, 22, 39 y 85 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación, y 85 de la Ley 153 de 1887 y 66 de la Ley 75 de 1968, por aplicación indebida, a consecuencia de "errores de derecho y de errores evidentes de hecho", cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

Comienza el recurrente por expresar que para no fatigar a la Corte con "extensas repeticiones", se remite a lo afirmado en el preámbulo de la demanda de casación y en el cargo que antecede. Con todo, el censor vuelve a repetir varios pasajes del fallo del *ad quem*, o sea, que no quedó demostrado que David y Nemesia fuesen hermanos, ni que la demandante Carmen Rosa Ramos Rey fuese hija legítima de la mencionada Nemesia y Casto Ramos, por cuanto nació fuera del matrimonio de éstos y no aparece que el referido Casto la hubiese reconocido como natural.

En seguida el censor dice que el sentenciador de segundo grado tuvo como soporte adicional el hecho de que al decretarse la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, expresó que únicamente tendría en cuenta la actuación rehecha, "teniendo también presente que en la reiniciación del proceso no se practicaron pruebas, razón por la cual el despacho deberá atenerse a las presentadas con la demanda y a los escritos de contestación de la misma y alegatos posteriores".

Ocupándose el casacionista de este último aspecto, dice que el hecho de haberse "anulado parcialmente un proceso por no haber sido notificado debidamente el demandado" del auto admisorio de la demanda, las pruebas practicadas dentro de la actuación anulada, si bien aparecen como no controvertidas, en modo alguno pierden su carácter demostrativo, pues al menos tienen la calidad de prueba sumaria o anticipada. De suerte que el Tribunal incurrió en yerro de valoración al negarle a las pruebas de la actuación anulada su fuerza de convicción, concretamente la inspección judicial practicada el 23 de junio de 1978, en donde se pone de presente el nacimiento de María Nemesia Rey y David Rey, los que descienden de un tronco común, como quiera que además se adujo copia de la sentencia pronunciada por el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá, que ordenó la inscripción del matrimonio de los esposos Rey-Céspedes. Con la mencionada inspección judicial, añade el censor, se comprueba, además, que la demandante Carmen Rosa Ramos Rey es hija legítima o legitimada de Casto Ramos y Nemesia Rey, al haberse corregido la

partida de bautismo original de 15 de enero de 1928 por decreto del Obispo de Villavicencio de 7 de marzo de 1975.

A continuación el censor dice que la prueba principal respecto de los hechos alegados era la partida eclesiástica; que hay independencia entre la legislación civil y la canónica; que esta última expresa en el canon 777 que no permite, respecto de los hijos ilegítimos, poner el nombre del padre en las partidas de bautismo, salvo que se le pida al párroco por escrito o ante dos testigos; que según el canon 1816, los documentos públicos hacen fe acerca de lo que ellos afirman; que el Vicario General ordenó la corrección de la partida de bautismo de Carmen Rosa Ramos.

Más adelante insiste el casacionista en que el Tribunal "apreció equivocadamente las pruebas practicadas en la actuación anulada, especialmente la documental, visible de folios 2 a 11 y 104 del cuaderno principal", por lo cual cometió yerro fáctico.

Luego repite que el *ad quem* al no ver el decreto de corrección de la partida de bautismo de Carmen Rosa, cometió error de "hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas", siendo que estaba demostrada "la legitimidad o legitimación" de aquélla.

Cargo tercero

Lo hace consistir en quebranto indirecto de los artículos 238, 239, 245, 961, 962, 963, 964, 1037, 1041, 1043, inciso 1º; 1321, 1322, 1323, 1324, 1325 del Código Civil; 22 de la Ley 57 de 1887; 16, 20, 22, 39 y 85 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación; 85 de la Ley 153 de 1887 y 66 de la Ley 75 de 1968, por aplicación indebida, a consecuencia de errores de derecho y de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

En procura de demostrar el cargo, la recurrente comienza por afirmar que el Tribunal apoyó su decisión en los puntos siguientes:

a) No encontrar pruebas de que David y Nemesia Rey fueran hermanos;

b) No hallar prueba de que la demandante Carmen Rosa fuera hija legítima o legitimada de Casto Ramos y Nemesia Rey, ni que el citado Casto hubiera sido su padre natural antes de casarse con Nemesia, y

c) En haber desechado las pruebas practicadas durante la actuación anulada.

Respecto de esta última apreciación dice el casacionista que "da por reproducidos los argumentos que *in extenso* di en el cargo", o sea, de que la nulidad de la actuación no implica la nulidad de la prueba, ya que cuando menos estas últimas deben tener el valor de prueba anticipada o sumaria. Por consiguiente, erró de derecho el Tribunal "al rechazarlas de plano", pues las pruebas en cuestión demuestran que Nemesia y David eran hermanos; y erró de hecho al no dar por demostrado el matrimonio de Ramón Antonio Rey con Orocia Céspedes.

En seguida sostiene el censor que el Tribunal desacertó en la apreciación de la segunda inspección judicial al haber afirmado que Casto Ramos no es el padre de la demandante, siendo que por decreto de la Curia se corrigió la partida de bautismo de la actora, con lo cual se pone de presente su estado civil de legitimada. Finaliza la recurrente expresando que el Tribunal quebrantó las normas sustanciales que regulan la legitimación y el derecho preferente a la herencia que tiene sobre los bienes hereditarios dejados por David Rey.

Se considera

1. La representación sucesoria, según lo tiene dicho la doctrina de la Corte, es una forma de heredar mediante la cual el descendiente legítimo de un hijo legítimo o natural del causante, o de un hermano legítimo o natural de éste, sube a ocupar el lugar hereditario de dicho hijo o hermano, que no pudo o no quiso suceder (Cas. Civ. de 9 de agosto de 1965).

2. El derecho de representación, según las disposiciones legales que la consagran y reglamentan (artículos 1041 a 1044 del C. C.), presupone los requisitos siguientes:

a) Sólo la establece la ley en línea descendiente;

b) Es menester que falte el representado;

c) El representante necesariamente debe ser descendiente legítimo;

d) Que los grados intermedios de parentesco, si el representante no es inmediato descendiente del representado se encuentren vacantes, y

e) Que el representante tenga en relación con el de cujus las condiciones personales de capacidad y de dignidad indispensables para heredarlo.

3. Al establecer don Andrés Bello la representación sucesoral, la circunscribió a la línea

descendiente, o sea, que no es admisible en la línea ascendiente, y así se exteriorizó en la exposición de motivos al Código Civil chileno cuando se dijo que "la representación no tiene cabida sino en la descendencia legítima del representado". Además, en sus notas, al proyecto del código civil, concretamente al de 1841, expresó que "no hay, pues, lugar a la representación en la ascendencia del difunto". Por otra parte, el artículo 1043 del Código Civil, al consignar los casos en que hay lugar a la representación, consigna y reitera la idea de que sólo tiene ocurrencia en la descendencia y, por tanto, descarta la posibilidad de que opere en la línea ascendiente, cuando el precepto antes mencionado formula la regla de que "no hay lugar a la representación fuera de estas descendencias". En el punto sí aparece más contundente y claro la legislación civil francesa, pues allí se expresa que "la representación no tiene lugar en favor de los ascendientes..." (artículo 741).

4. Para que tenga lugar la representación y, por ende, entren los descendientes legítimos a ocupar el lugar y el grado del representado, se requiere que éste falte, lo cual también se da cuando es incapaz, cuando es indigno de heredar, cuando ha sido desheredado y cuando repudia la herencia del de cujus (artículo 1044 del C. C.).

Precisamente el señor Bello, al explicar los alcances del artículo 987 del Código Civil chileno, equivalente al artículo 1044 del Código Civil colombiano, dejó como nota al inciso segundo, la siguiente: "Sería más duro que la incapacidad, indignidad, desheredación o repudiación del padre perjudicase a los hijos. Los descendientes del difunto tienen derecho a sucederle en sus bienes desde el momento que deja de haber una persona intermedia entre el difunto y ellos: el derecho de representación no hace más que determinar las porciones hereditarias de los representantes".

Por su parte, ha afirmado la doctrina de la Corte que una de las condiciones de la representación sucesoria consiste en que "el lugar del representado se encuentre vacante, lo que puede producirse por su muerte anterior a la del de cujus, por su indignidad para sucederle, su desheredación o por haber repudiado la herencia" (Cas. Civ. de 9 de agosto de 1965).

5. Fundamentalmente, como lo sostiene la doctrina y la jurisprudencia, la representación es un beneficio que únicamente obra en favor de la descendencia legítima, o dicho en otros términos, se requiere que los representantes sean hijos o descendientes legítimos de los representados.

Según el tenor del artículo 1043 del Código Civil, hay lugar a la representación en los eventos siguientes:

a) En la descendencia legítima del difunto;

b) En la descendencia legítima del hijo natural;

c) En la descendencia legítima de los hermanos legítimos, y

d) En la descendencia legítima de los hermanos naturales.

Claramente quedó definido al concebirse la institución de la representación sucesoral que la descendencia ilegítima no puede ser representante, aunque sí puede ser representada, o sea, el hijo natural no está legitimado para figurar como representante, pero sí puede ser representado por su descendencia legítima. Y así lo reitera la jurisprudencia (Cas. Civ. de 15 de septiembre de 1948, Gaceta Judicial número 2025, página 925; 9 de noviembre de 1951, LXX, 768; 3 de abril de 1952 LXXI, 714; 17 de julio de 1961, XCVI, 160; 9 de agosto de 1965).

6. Fuera de los requisitos analizados, es igualmente indispensable que el representante tenga en relación al de cujus las condiciones de capacidad y de dignidad necesarias para heredarlo y, por otra parte, si aquél no es inmediato descendiente del representado, se requiere que los grados de parentesco se encuentren vacantes.

7. De conformidad con los anteriores planteamientos, a quien pretenda reclamar una herencia con fundamento en la representación sucesoral, le corresponde demostrar, mediante los medios de convicción pertinentes, los presupuestos que configuran el mencionado derecho de representación.

Entonces, si como ocurre en la especie de esta litis, la demandante alega su calidad de hija legítima o legitimada del representado, de quien se dijo que falleció y que era hermano del primer causante, aquélla lleva sobre sí la carga de la prueba de todas las condiciones o requisitos que conducen a estructurar el fenómeno de la representación sucesoral, encontrándose entre tales el de que el representante debe ser descendiente legítimo, como quiera que la re-

presentación es un beneficio concedido a la descendencia legítima únicamente.

8. Si la demandante Carmen Rosa Ramos Rey, como ella misma lo alega, nació con anterioridad al matrimonio de sus padres, le correspondía demostrar que quedó legitimada mediante uno de los dos modos que consagra la ley: ipso jure *o por acto voluntario.*

La legitimación de pleno derecho o ipso jure, *que es la que interesa para el despacho del recurso extraordinario, tiene lugar en uno de estos casos:*

a) Respecto de los hijos concebidos antes del matrimonio y nacidos en él, y

b) Con relación a los hijos concebidos y nacidos antes del matrimonio de sus padres y que éstos los hubiesen reconocido como naturales. De este último caso se ocupa el artículo 238 del Código Civil, el cual dispone que "el matrimonio de los padres legitima ipso jure *a los que uno y otro hayan reconocido como hijos naturales de ambos, con los requisitos legales". En este evento, la legitimación supone dos requisitos, a saber: el reconocimiento del hijo como natural por sus padres y el matrimonio de éstos.*

9. En el caso *sub lite*, en que la demandante nació antes del matrimonio de sus padres y alega su estado de legitimada *ipso jure*, no aparece prueba de que Casto Ramos la hubiese reconocido como hija natural conforme a las disposiciones legales. De suerte que no estando demostrado que la demandante es hija legítima de Casto Ramos y Nemesia Rey, falta uno de los requisitos indispensables para que aquélla pueda recoger la herencia de David Rey, pues no ha quedado establecido que la actora tenga la calidad de descendiente legítima del representado.

10. También se duele el censor de que el fallador de segundo grado no hubiera tenido en cuenta algunas pruebas, a consecuencia del decreto de nulidad de lo actuado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda por indebida representación del demandado, pues considera que así no se hubiesen repetido los medios de convicción comprendidos por la actuación anulada, de todos modos no existe motivo fundado para desestimarlos o no concederles eficacia probatoria, pues según el censor, al menos debió estimarlos como prueba sumaria o anticipada.

Sobre el anterior planteamiento conviene observar que *en los procesos en que se decreta la nulidad con anterioridad al decreto y práctica de las pruebas, la validez de éstas puede quedar o no comprometida. Ocurre lo primero, cuando el vicio toca con la sustanciación de la misma prueba o tiene que ver con la falta de citación o emplazamiento o indebida representación de la parte contra quien se opone la prueba; ocurre lo segundo en el caso contrario, o sea, cuando la nulidad no tiene que ver con la sustanciación y validez de la prueba, ni con la citación o emplazamiento o indebida representación de la parte contra quien se hacen valer los medios de convicción. Por consiguiente, cuando las pruebas son invalidas, porque tiene lugar la primera hipótesis, necesariamente se deben repetir en el litigio, pues si así no se actúa, el juzgador no puede evaluarlas luego. Y es obvio que la nulidad del proceso por falta de citación o emplazamiento o indebida representación de la parte contra quien se aduce la prueba comprende igualmente la validez de la prueba decretada y practicada durante la actuación anulada, puesto que respecto de dicha parte los principios rectores de publicidad y contradicción de la prueba han quedado subestimados. Cada vez que queden comprometidos estos principios, queda igualmente comprometido el derecho de defensa de dicha parte. Esta ha sido la doctrina de la Corte (Sentencia de 9 de abril de 1980, aún no publicada).*

Como en el litigio la nulidad de lo actuado se decretó a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, por indebida representación de la parte demandada, contra la cual se pretendía hacer valer dichas pruebas, las que no fueron repetidas o renovadas, se concluye que el sentenciador no desacertó al desestimarlas o no concederles eficacia probatoria.

11. Ante la conclusión precedente, es superflua que la Corte examine el resto de los reparos que le formula el censor a la sentencia del Tribunal, como quiera que con el soporte que ha quedado en pie se impediría el quiebre del fallo atacado, así le asistiera la razón al recurrente en otros puntos de la impugnación.

Por tanto, el Tribunal no cometió el desacierto en la estimación de las pruebas que le achaca en el punto el recurrente, ni por ende quebrantó las disposiciones sustanciales señaladas en la censura, por lo que los cargos no prosperan.

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 21 de octubre de 1980, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ricardo Uribe-Holguín, Ernesto Gamboa Alvarez, con aclaración de voto, *Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.*

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

Aclaración de voto

En forma breve deseo expresar mi opinión, diferente de la de los demás ilustres miembros de la Sala, en el siguiente aspecto que trae la sentencia anterior:

1. Se expone allí que cuando se anula la actuación por indebida representación de la parte demandada, las pruebas practicadas en el intervalo no pueden apreciarse en modo alguno a menos que sean repetidas o renovadas.

2. Considero que en caso tal la falta de contradicción o publicidad de las pruebas no engendra "per se" nulidad de las mismas así les reste valor demostrativo.

3. La prueba in *audita parte* tiene menor eficacia probatoria, pero no carece en absoluto de ella.

El Código de Procedimiento Civil enseña en su artículo 300 que las pruebas anticipadas (caso muy semejante al que estuvo a conocimiento de la Sala), pueden pedirse y practicarse *con o sin citación* de la parte contra la cual se quieran posteriormente aducir.

De ahí que en mi opinión, las practicadas en este proceso no han debido rechazarse de plano, como lo hizo el Tribunal, sino valorarse en su justa medida como pruebas practicadas sin citación de una de las partes, o sea dándoles un adecuado valor demostrativo, que no por escaso que sea, debe negarse *in limine* y sin analizarlas con la sana crítica que, ya superada la etapa de la tarifa legal, consagra el actual Código de Procedimiento Civil en desarrollo del método de la persuasión racional.

4. Esta aclaración se refiere a la parte de las motivaciones del fallo de la Corte que acepta el rechazo de plano de las pruebas en cuestión hecho por el Tribunal, sin que por demás tenga trascendencia para la resolución misma del recurso, el que por los motivos ya expuestos en el fallo que lo desató, no estaba llamado a prosperar.

Ernesto Gamboa Alvarez

Fecha *ut supra*.

INSINUACION DE LA DONACION

El límite para que la donación valga sin ser insinuada, permanece inmodificable en la suma de dos mil pesos, a la cual no es posible aplicar factores de corrección monetaria, tenidos en cuenta por la doctrina cuando se trata de subsanar un daño mediante la reposición de un patrimonio; pues es de la exclusiva competencia del legislador y la norma que así lo consagra no admite interpretaciones contrarias a su texto.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Ernesto Gamboa Alvarez.

Bogotá, D. E., 23 de julio de 1981.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 7 de noviembre de 1980, que dictó el Tribunal Superior de Buga en este proceso ordinario de Daniel Florencio Loaiza contra Teresa de Jesús Arias Loaiza.

El litigio

1. En demanda inicial del 9 de febrero de 1978, luego reformada, y ante el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo, Loaiza trajo a juicio por vía ordinaria a Teresa de Jesús, con el fin de obtener, en síntesis, que en forma principal se declare la simulación del contrato de compraventa contenido en la Escritura 485 del 21 de noviembre de 1977 de la Notaría de La Unión (Valle), mediante la cual José Adán Loaiza Loaiza, posteriormente fallecido, traspasó a Teresa de Jesús Arias Loaiza tres inmuebles debidamente descritos y alindados; que, en consecuencia, tales bienes pertenecen a la sucesión del vendedor; y que la demandada debe restituirlos, junto con sus frutos y las costas del proceso. Subsidiariamente impreció el demandante se declare que hubo lesión enorme para el vendedor en la referida compraventa y que, en consecuencia, proceda a su rescisión con sus prestaciones consecuenciales.

2. En resumen la causa para pedir la estructuró el demandante, como hermano legítimo y heredero del vendedor, en que la compraventa aludida es inexistente o simulada, pues no hubo precio ni intención de las partes en orden a transferir y adquirir el dominio del inmueble, el que por demás tenía para esa época un valor de $ 1.000.000.00 y, no obstante, la venta se dijo hacer por un precio de $ 50.500.00, que justamente corresponde a la suma de sus avalúos catastrales.

3. Con oposición de la demandada, quien especialmente insistió en que dicha venta había obedecido a la retribución o pago de servicios que por largo tiempo le prestó al vendedor, se trabó el debate que, después de surtidas las pruebas y alegaciones de las partes, culminó el 1º de febrero de 1979 con sentencia del juzgado que acogió la súplica principal de declaratoria de simulación y de restitución de los inmuebles en cuestión al acervo hereditario del vendedor.

4. Interpuso apelación la demandada contra dicha providencia, lo que dio campo a segunda instancia ante el Tribunal de Buga, desatada con sentencia del 7 de noviembre de 1980, que revocó la del inferior y, en su lugar, dispuso que, siendo simulada la compraventa entre José Adán y Teresa de Jesús, el vínculo jurídico realmente existente es una donación de aquél a ésta, "valedera hasta la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) y nula en el exceso de tal valor", por haberse omitido el requisito de la insinuación previsto en el artículo 1458 del Código Civil.

Y, consecuencialmente, ordenó la restitución de la cuota de los bienes no comprendida en la declaración de donación, a favor de la sucesión ilíquida del causante y a cargo de la demandada, quien interpuso recurso de casación contra lo así resuelto por el Tribunal.

Las motivaciones del fallo impugnado

La Corte advierte anticipadamente que el recurso de casación apunta exclusivamente a impugnar lo relativo a la cuantía máxima de $ 2.000.00, que el Tribunal señaló como válida para la donación efectuada por José Adán a favor de la demandada. En consecuencia, sólo es necesario destacar en cuanto a consideraciones del sentenciador, además de que no encontró reparo a los presupuestos procesales, que limitó a dicha suma de dos mil pesos ($ 2.000) la validez de la donación en referencia y la declaró nula en el exceso, por así disponerlo el mencionado artículo 1458 del Código Civil.

La demanda de casación

Trae un solo cargo, en el marco de la primera causal, que acusa la sentencia impugnada como violatoria, por vía directa, del artículo 1458 del Código Civil, en concordancia con el 1º de la Ley 57 de 1887, por interpretación errónea; y de los artículos 1740 1741, 1742, subrogado por el 2º de la Ley 50 de 1936; 1743, 1746, 1748, 1750 y 1751, por aplicación indebida.

Así desenvuelve el censor la acusación:

"Manda el artículo 1458 del Código Civil que: 'La donación entre vivos que no se insinuare, *sólo tendrá efectos hasta el valor de dos mil pesos*, y será nula en el exceso.

" 'Se entiende por insinuación la autorización del juez competente solicitada por el donante o donatario.

" 'El juez autorizará las donaciones en que no se contravenga ninguna disposición legal'.

"Es la norma que erróneamente interpretada con un fetichismo legalista propio de la Escuela Exegética o de la jurisprudencia conceptualista, para la que la función judicial debe limitarse a la aplicación literal y mecánica de las disposiciones legales a los casos concretos y particulares sometidos a su conocimiento y resolución, llevó al Tribunal *ad quem* a concluir en la sentencia recurrida en casación que la donación cuya pretensión de anulación dio lugar a la formación de este proceso, sólo valía '...hasta la suma de *dos mil pesos*...' (destaco y subrayo), por falta de insinuación.

"Pero es que fallar de acuerdo con la ley no es hacerlo con base en el texto literal de la norma cuando las diversas circunstancias, particularmente las económicas y sociales han cambiado desde la fecha de su expedición, sin el lleno de contenidos actuales en el momento de administrar justicia.

"Nuestro Código Civil fue expedido 107 años antes del fallo acusado. El artículo 1º de la Ley 57 de 1887 adoptó como Código Civil de la República, el Civil de la Nación, *sancionado el 26 de mayo de 1873*".

"En esa época, los Presupuestos Nacionales de Rentas y Gastos para la vigencia económica 1873-74 eran, en su orden $ 3.473.000.00 y $ 3.898.024.65. La administración de justicia le costaba a la Federación $ 24.580.00, y los sueldos de todo el personal de la Corte Suprema de Justicia valían $ 15.000.00 en el año. (Ver la Ley 75 del 16 de mayo de 1873.)

"Las Pensiones Alimenticias decretadas por el Congreso de los Estados Unidos de Colombia en favor de viudas y huérfanos de los próceres de la Independencia no excedían para cada familia de 6 personas promedio de los $ 40 á $ 50 mensuales. (Cfr. las Leyes 24, 30, 31, 35 y 62 de 1873, entre muchas otras.)

"Y en 1886, un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia se ganaba en el año $ 4.800. En igual período, los Consejeros de Estado y los Ministros del Despacho devengaban $ 3.840 y $ 5.400, respectivamente. Los Senadores y Representantes tenían sueldo mensual de $ 300. Y en todo un año de trabajo los Directores Departamentales de Educación Pública apenas si percibían $ 1.800 de remuneración de servicios tan calificados.

"Cuando se sancionó el Código Civil de la Nación en 26 de mayo de 1873, ya estaba vigente la Ley 30 del 14 de mayo de 1872, que estableció *el peso oro metálico*, equivalente a 2.5 gramos de oro de 950 milésimas de pureza, según lo dispuesto por la Convención Monetaria celebrada el 23 de diciembre de 1865 entre Italia, Bélgica y Suiza, como *unidad monetaria* de los Estados Unidos de Colombia.

"En la actualidad la onza troy de oro está valiendo en los mercados del metal de Londres y Zurich, que rigen los precios de compra por parte del Banco de la República, US$ 504 dólares. US$ 504 ÷ 31.1035 = US$ 16.203964 el gramo que, multiplicado por $ 52.00, precio del certificado de cambio al día, arrojan para el gramo de oro un valor corriente de un curso de $ 842.60 y, para los 5.000 gramos de oro que

pesan *dos mil pesos oro* del Código Civil, $ 4.218.030.70.

"Con todo respeto debo expresar que semejante manera de interpretar en 1980 el artículo 1458 del Código Civil de 1873 es errónea, carece de respaldo en la realidad de la economía y de la sociedad.

"Y pienso que lo correcto es actualizar la norma. Que entre otras cosas habla, sin precisar, de *valor de dos mil pesos*, que tampoco puede ser valor nominal, como valor real, pero, sin duda, el valor de una determinada cantidad, 2,5 gramos de oro por cada peso. Ver qué bienes, servicios se compraban en 1873-1887 con dos mil pesos y qué se compra hoy. Cuánto valen ahora dos mil pesos de entonces, y mantener la *validez de la donación hasta dicho tope real*.

"Esta inquietud mía encuentra respaldo en las sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de 9, 11, 14 y 15 de febrero de 1978, proferidas en los procesos de Agripina González viuda de Córdoba, Bibiana Rodríguez, Octavio Roberto Buitrago y Rubiela del Socorro Sepúlveda viuda de Gómez, de que fue ponente el ilustrado jurista doctor Jorge Valencia Arango, que reconocieron a las demandantes el valor-oro, el valor actualizado, de dos mil pesos de 1938, en que entró a regir el artículo 95 del anterior Código Penal como indemnización del daño moral, de las que vale destacar los siguientes luminosos apartes:

"'Las cifras o cantidades monetarias, incluídas en las leyes, tienen, en el momento de su expedición, un doble valor:

'a) El nominal, en cuanto expresan una cantidad determinada en unidades monetarias, y

'b) El valor real, es decir, el poder adquisitivo de tales unidades monetarias en la fecha de expedición de la ley.

'"Con el transcurso del tiempo, el valor nominal no se modifica, mas el valor real o poder adquisitivo sufre permanentes modificaciones, pero en la práctica, en países subdesarrollados, siempre en continuo y permanente movimiento de desvalorización.

'"Si el intérprete no atiende... a tales variaciones, implícitas en la conciencia del legislador a quien hay que presumir sabio, torna la ley justa en injusta, la norma sabia en absurda y la equidad deviene en iniquidad.

'"Es deber de la jurisprudencia desentrañar el sentido de la norma y mantenerla, mediante esfuerzos de interpretación, tan nueva y actual como lo exigen las cambiantes circunstancias sociales a que ella debe aplicarse".

'Igualmente tiene eco en el Legislador Penal de 1980, que en el artículo 106 del Decreto 100 de dicho año señaló con autoridad que dos mil pesos fijados como indemnización del daño moral por el artículo 95 del Estatuto de 1938, equivalían a 1.000 gramos de oro o a su precio en pesos de la fecha de la sentencia.

'Y, para terminar, en Ihering, Homes, Geny, Ehrlich, Magnaud, Kantorowicz, Cardozo, Pound, Dualde, Austin, Gray, Llewellyn, Frank, Cossio, Recasen Siches y en las «claudicaciones de Ripert», quien arrepentido de los postulados exegéticos de interpretación de la ley acabó por escribir:

"...que para cada nuevo caso el juez debe aplicar la ley considerando que ésta les *es una norma actual, una regla presente, aunque frecuentemente sepa que ella tiene un pasado muy largo. El juez debe tomar en cuenta la situación de las cosas existentes precisamente en el momento en que la ley ha de ser aplicada.* Al cumplir ese deber, de que haya *oportunidad* en la aplicación de las normas, es decir, de que la regla se aplique no en su sentido pretérito, sino a la altura del tiempo presente, el juez asegura el progreso del derecho..."

"El error de interpretación del artículo 1458 del Código Civil de 1873 en que incurrió el Tribunal *ad quem* en el fallo recurrido lo condujo, como consecuencia, a declarar la nulidad de la donación cuya existencia reconoció, en el exceso de dos mil pesos nominales del año en mención, dándole aplicación indebida, por exceso de rigor, a sus otros artículos 1740, 1741, 1742 (subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936), 1743, 1746, 1748, 1750 y 1751.

"Que el fallador de segundo grado hubiera interpretado correctamente la norma 1458 del Código Civil, en concordancia, reitero, con el artículo 1º de la Ley 57 de 1887, que lo hubiera actualizado, no sólo habría reconocido la existencia de la donación válida hasta dos mil pesos, sino por todo su valor, igual en la fecha del fallo a $ 580.000.00, y se hubiera abstenido de dar aplicación, por no ser procedente, a los ar-

tículos 1741, 1742, 1743, 1746, 1748, 1750 y 1751, también del Código Civil.

"Se ve, pues, cómo los yerros demostrados y comprobados son trascendentes a la parte resolutiva del fal o acusado e imponen su casación en favor del derecho objetivo o material y los intereses de la parte demandada y recurrente".

Considera la Corte

1. De ordinario no se transcriben sino se resumen los argumentos de la censura. Pero en esta ocasión, por tratarse de un planteamiento original, se ha considerado pertinente efectuar las transcripciones anteriores, necesarias en orden a una mayor claridad y precisión en el despacho del cargo.

2. *Se observa en primer lugar que todo el movimiento doctrinario que con ahínco reciente apunta a que el factor de la desvalorización monetaria sea justiciero y equitativamente tenido en cuenta en determinadas situaciones, ha sobrevenido con especial relación a las pretensiones de indemnización de perjuicios, o sea cuando se trata de subsanar un daño mediante la reposición de un patrimonio en forma tal que el resultado de dicha reparación o indemnización venga a dejar de menos las cosas como si el perjuicio no se hubiera producido, todo en guarda del elevado principio de equidad que preside las relaciones sociales y que se renovado e inagotable manantial de la interpretación que dicha darse a leyes, obligaciones y contratos.*

Pero en el campo preciso de la donación entre vivos debe tenerse en cuenta que, por definición, consiste en un acto jurídico de índole contractual, que es gratuito por esencia, pues tiene por objeto la utilidad del donatario a costa de gravamen para el donante.

Y si la razón de ser del artículo 1458 del Código Civil es en el fondo proteger al donante contra donación que no haya recibido a través de la insinuación el beneplácito del juez competente, a quien entre otras cuestiones debe demostrársele que el donante, después de efectuada la donación, conserva suficientes medios económicos para su congrua subsistencia (artículos 1443, 1536 y 1665 del Código Civil), el hecho de que el límite para que la donación valga sin ser insinuada haya permanecido inmodificado desde hace muchos años en la suma de dos mil pesos no es necesariamente factor de inequidad contra el donatario, y en este pleito recurrente, quien es un simple titular favorecido por un acto de beneficencia o gratuidad del que no puede predicarse que ocasionó desmedro en su patrimonio por haber recibido, sin contraprestación alguna, menos el valor que sin insinuación pretendió traspasarle el donante.

3. *Ahora bien: el límite cuantitativo que la ley señala para tener por nula una donación que no es objeto de insinuación, es de la exclusiva competencia del legislador y no admite interpretaciones contrarias a su texto y contundente, como lo pregona el artículo 27 del Código Civil.*

Y no sobra mencionar que, no obstante que tal señalamiento de dos mil pesos data de casi un siglo atrás, el Decreto 3680 de 1965, o sea de poco tiempo atrás, nuevamente refrendó esa misma cantidad, así ya se hubiera desvalorizado considerablemente el peso colombiano en los 80 años que para ese entonces llevaba de vigencia el Código Civil, pues en el citado ordenamiento se reitera a contrario sensu que las donaciones por más de dos mil pesos siguen requiriendo insinuación, excepto cuando se hagan a entidades de derecho público con destino a fines educativos, de salubridad colectiva o de obras públicas.

Tal Decreto está corroborando que no sólo para fines del siglo pasado sino ya en los tercios finales del presente, la voluntad de la ley ha sido señalar en un máximo de dos mil pesos la cuantía de las donaciones que válidamente no requieren insinuación.

4. *Por último, valga para el caso lo que ocurre con el señalamiento de los cuantías para efectos de la competencia de la justicia civil, pues así sea un hecho notorio e innegable, la desvalorización del peso colombiano, al ejecto continúan rigiendo en forma estricta para establecer y delimitar la competencia de la justicia ordinaria. Y solamente cuando sobrevenga expresa modificación de tal normatividad, podrá y deberá aplicarse la nueva escala, aun cuando en la realidad la anterior ya hubiere sido desbordada con creces y distorsionada por la onda inflacionaria y por la consiguiente desvalorización de la moneda.*

De todo lo dicho puede concluirse que el cargo en estudio no puede acogerse.

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 dictada por el Tribunal de Buga el 7 de noviembre de 1980, en este proceso ordinario de Daniel Florencio Loaiza contra Teresa de Jesús Arias Loaiza.

Las costas en casación corren a cargo de la recurrente.

Notifíquese, cúmplase, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Uribe-Holguín, Ernesto Gamboa Alvarez, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrotti
Secretario.

RECURSO DE REVISION

La nulidad originada en la sentencia ha de provenir exclusivamente de ésta.

Si la sentencia, como acto de suma preclusión, omite resolver sobre uno de los extremos de la litis, el interesado debe solicitar su adición o complementación; no pretender corregir el yerro mediante este recurso extraordinario.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Ernesto Gamboa Alvarez.

Bogotá, D. E., 4 de agosto de 1981.

Pasa la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión propuesto el 26 de enero del presente año, por Fernando Canaval Castañeda, contra la sentencia del 30 de octubre de 1980, dictada por el Tribunal Superior de Popayán, en el proceso ejecutivo de Guillermo Antonio Pino Delgado contra Fernando Canaval Castañeda.

1. La demanda introductoria del recurso que se decide fue admitida por la Corte el 24 de marzo del año en curso y en ella Canaval pide que, con citación de Pino Delgado, se revise la sentencia mencionada, que declaró seguir adelante la ejecución que este último le hubiera iniciado ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán.

2. Para sustentar el recurso, Canaval invoca la causal 8ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil y como hechos configurativos de ésta, alega lo siguiente:

a) Guillermo Antonio Pino Delgado, con apoyo en una letra de cambio girada por Laureano Cerón Díaz y aceptada por el recurrente, le presentó demanda ejecutiva por la suma de $ 250.000.00 más sus intereses, ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán, en donde el ejecutado propuso oportunamente *cinco* excepciones de mérito, lo cual fue debidamente tramitado;

b) El juzgado resolvió las excepciones en sentencia del 20 de febrero de 1976, en la cual declaró probadas las de "carencia de intención de hacer negociable la letra", "inficiencia ejecutiva de la letra derivada del negocio jurídico que le dio origen", y "excepción personal contra el actor", sentencia que fue apelada por el ejecutante ante el Tribunal de Popayán, que en forma oficiosa decretó y practicó algunas pruebas;

c) Surtido el trámite del recurso, el *ad quem* dictó sentencia el 18 de agosto de 1976, en donde dispuso revocar la que fue materia del recurso y en cambio ordenar la suspensión del dicho proceso ejecutivo "hasta tanto se decida en fallo firme e irrevocable lo concerniente a la resolución de la promesa de contrato, a que se refiere la copia de la demanda allegada en la segunda instancia", decisión que así se dictó en virtud de que entre Laureano Cerón y Fernando Canaval se había celebrado el 10 de mayo de 1975 un contrato que denominaron promesa de venta, siendo en realidad promesa de permuta, y en el cual crearon la letra de $ 250.000.00 como parte del precio de los bienes materia de la permuta y dijeron que tanto dicha letra como otras de ciuenta mil pesos, serían destruídas y se cambiarían por cuarenta y tres letras de cambio, todas ellas por $ 7.000.00, excepto la última por $ 6.000.00, como parte del precio de los bienes materia de la permuta, destrucción que debería ocurrir el día en que los contratantes elevaran a escritura pública la referida promesa;

d) El día 10 de mayo de 1975, Cerón y Canaval debían comparecer a la Notaría Segunda de Popayán para el efecto indicado, pero no se otorgó la escritura pública porque el primero exigió al segundo una garantía hipotecaria no contemplada en la promesa, de manera que el

incumplimiento de aquél lo condujo a formular proceso ordinario contra éste para obtener la resolución del contrato de promesa y al mismo tiempo endosó por igual valor recibido la referida letra de $ 260.000.00 a Guillermo Antonio Pino Delgado, quien así inició el proceso ejecutivo a que se ha hecho mención, notándose que ambos procesos correspondieron al Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán;

e) Cuando el Tribunal dictó la sentencia de agosto de 1976, aún estaba en trámite el ordinario de resolución del contrato, motivo por el cual suspendió el ejecutivo en espera de que fuera fallado el ordinario, que efectivamente recibió sentencia el 29 de febrero de 1980, que declaró probada la excepción de contrato no cumplido y absolvió de todo cargo al demandado Canaval, decisión que no fue recurrida por el demandante Cerón Díaz y que por tanto quedó debidamente ejecutoriada;

f) En firme esta sentencia y con copia de la misma, se solicitó al juzgado que procediera a resolver ahora sí el ejecutivo de Pino contra Canaval, en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal en agosto de 1976, y así procedió el juzgado mediante fallo del 29 de abril de 1980, en providencia que declaró probadas las excepciones de: "que la letra materia del proceso no es negociable"; "la de carencia de intención de hacer negociable la letra"; "la de inoficiosa ejecutiva de la letra derivada del negocio jurídico que le dio origen" y "la excepción personal contra el actor"; sentencia que nuevamente fue apelada por el ejecutante y que el Tribunal, al desatar el recurso en fallo del 30 de octubre de 1980, que es hoy día objeto del presente recurso extraordinario de revisión, revocó y en su lugar dispuso: "llévese adelante la ejecución en la forma dispuesta en el mandamiento ejecutivo. Condénase al ejecutado al pago de las costas del proceso y liquídense éstas conjuntamente con el crédito. Las correspondientes a esta segunda instancia liquídense por la Secretaría en su oportunidad";

g) Se observa que dicha sentencia no resolvió ni dijo algo respecto de las cinco excepciones propuestas por el demandado y que eran materia del recurso de apelación, lo que significa, como aparece del salvamento de voto de uno de los magistrados de dicho Tribunal, que ese error fundamental genera nulidad de la sentencia al pretermitirse la instancia respecto de las excepciones, que no fueron consideradas por el Tribunal, "que a la postre resultan ser todas", salvamento de voto que inclusive señala el cambio del recurso extraordinario de revisión para reparar la injusticia anotada;

h) La sentencia, cuya revisión se solicita, fue dictada además con violación del fallo del 29 de febrero de 1980, pronunciado por el Juez Primero Civil del Circuito de Popayán, en el ordinario que le promovió Cerón y en donde fue absuelto el demandado, pues "como el fallo en el proceso ordinario fue favorable a Fernando Canaval Castañeda, era consecuencia lógica y necesaria la absolución de éste en el proceso ejecutivo y no se podía, violando todos los derechos, revivir nuevamente un proceso ya decidido por la justicia ordinaria; sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada y que termina con el proceso ejecutivo, porque la letra de cambio tuvo origen en la promesa de permuta y en la súplica tercera de la demanda ordinaria aparece que dicha letra era parte del precio de un solo negocio, respecto del cual fue absuelto el demandado Canaval Castañeda. Y como el propio Tribunal lo había ordenado al suspender el Ejecutivo, era un imperativo de ley que la posterior sentencia de excepciones, una vez absuelto el demandado en el ordinario, no fuera contraria a la dictada en ese último proceso, de manera que la cosa juzgada tiene pleno valor, por cuanto la excepción propuesta por Canaval Castañeda lo fue con apoyo en el numeral 12 del artículo 784 del Código de Comercio, o sea la derivada del negocio jurídico que dio origen a la creación del título, de donde se concluye que existe unidad en la sentencia del Tribunal de Popayán, cuya revisión se ha solicitado;

i) Pino Delgado conocía y consentía el contrato de promesa de permuta al haber aceptado la letra que era una simple garantía de dicho contrato, letra que al fallarse el ordinario a favor del demandado, quedó sin valor alguno;

j) Aun cuando en la súplica tercera del proceso ordinario Cerón Díaz pidió el reintegro de unos semovientes materia de la negociación, o el pago de su valor, que equivale a la letra de cambio en cuestión, por tratarse de un solo negocio la absolución del demandado en el ordinario implica que la letra no puede serle cobrada, no obstante que el Tribunal, en la sentencia recurrida en revisión, expresa que en tal letra no había condición alguna, con lo cual desconoce tanto el contrato de promesa de permuta como la demanda ordinaria y la confesión de Laureano Cerón Díaz y de Guillermo Anto-

nio Pino Delgado, con todo lo cual el sentenciador "desconoce y se lleva de calle todas las pruebas aportadas por el demandado... que demuestran hasta la saciedad que la sentencia del 30 de octubre de 1980 es nula y viola todo el derecho sustantivo y procesal de la República de Colombia".

3. Con expresa oposición del demandante se adelantó el trámite del recurso, se practicaron las pruebas solicitadas, se dio traslado a las partes para alegar, y llegó la oportunidad de desatar el recurso extraordinario, sin que se advierta vicio que pueda anular la actuación, desde luego que se encuentran satisfechos los presupuestos procesales.

Considera la Corte

La causal de revisión que invoca el actor es la contemplada en el numeral 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, o sea existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso.

En términos generales, la sentencia como hecho jurídico, está destinada a operar fuera del proceso, a diferencia de las demás providencias judiciales, que nacen y se agotan dentro de él, bien sea como actos procesales ocurridos por impulso de parte o, por excepción, en virtud de la espontánea actividad del juzgador. Estos últimos actos van formando y consolidando el proceso por vía preclusiva para que culmine en su desenlace normal que es la sentencia: la preclusión que acompasa y armoniza los actos procesales y que dota al proceso de un desarrollo orgánico, no excede en sus efectos de los límites del proceso mismo, pues terminado éste la preclusión pierde su calidad dinámica y los actos procesales ya cumplidos no tienen eficacia mientras no se produzca el acto final que es la sentencia.

Tal decisión, por el contrario, al nacer como culminación del proceso, no opera simplemente sobre la fenecida relación procesal sino como consecuencia de la extinción de ésta.

De ahí que mientras las demás decisiones jurisdiccionales son aptas para cumplir la preclusión, la sentencia lo es para operar la suma preclusión, pues no consiste en un mero eslabón procesal, sino en un simple hecho jurídico apto para subsistir por sí misma y generar sus consecuencias en el ambiente jurídico general.

2. Pero como la sentencia puede tener vicios intrínsecos, hay unos que por su sola presencia le atribuyen al fallo, desde su nacimiento, un carácter negativo o de ineficacia, lo que puede ocurrir o bien cuando faltan los elementos constitutivos de la sentencia como acto procesal, es decir no tiene existencia, o cuando en una sentencia procesalmente válida falta un contenido capaz de decidir la relación controvertida, o sea es nula la sentencia.

3. En presencia de la causal de revisión invocada debe recordarse que de acuerdo con el actual Código de Procedimiento Civil, las causales de nulidad de un proceso son taxativas, tal como lo disponen los artículos 152 y 153 de dicho estatuto.

Y que para acusar válidamente una sentencia que no tenga recurso como origen de nulidad del proceso, es indispensable que tal nulidad provenga exclusivamente de la sentencia, o sea del acto de suma preclusión, no de actos preparatorios para ponerle fin a la relación procesal, y que tal nulidad aparezca así enlistada en el código respectivo.

4. Requisito indispensable para formular recurso de revisión contra una sentencia por la causal 8ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, es que la sentencia impugnada como nula no sea "susceptible de recurso".

5. Cuando la sentencia omite resolución sobre uno de los extremos de la litis, como es el supuesto fáctico en que se apoya la causal de revisión en estudio, queda al interesado el recurso, entendido como remedio procesal, de solicitar su adición mediante sentencia complementaria, a voces del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil.

Y si no se hace uso de tal recurso, no puede pretenderse que la muerte del afectado tenga reparo a través de un recurso restricto y extraordinario, como lo es el de revisión, que por esencia propone que quien lo invoca hubiera agotado sin éxito todo otro recurso.

6. Es obvio que el ejecutado, al conocer la sentencia de segunda instancia que le fue desfavorable tuvo oportunidad de que el Tribunal se la hubiera complementado mediante estudio y decisión de la primera excepción que propuso ante el a quo; y si prescindió voluntaria o involuntariamente de pedir con apoyo en el artículo 311 tal complementación, su desidia no puede subsanársela con la concesión de un recurso que no tiene esa finalidad.

Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de a República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de revisión interpuesto por el ejecutado contra la sentencia dictada el 30 de octubre de 1980 por el Tribunal Superior de Popayán, en el proceso ejecutivo de Guillermo Antonio Pino, contra Fernando Canaval, de conformidad con las motivaciones que atrás aparecen.

Segundo. CONDÉNASE en costas y perjuicios al recurrente. Oportunamente practíquese a su liquidación.

Tercero. Devuélvase al juzgado de origen el expediente que fue remitido para efectos de este recurso extraordinario.

Notifíquese, cópiese y publíquese.

(Aprobado el 22 de julio de 1981).

Ricardo Uribe-Holguín, Ernesto Gamboa Alvarez, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

DERECHO DE HERENCIA

En qué consiste. Efectos que produce su cesión a título oneroso. Diferencia con el derecho de dominio. Posesión de la herencia. Elementos de la posesión. Tratándose de la posesión de la herencia no se dan los elementos corpus y animus. La posesión legal del heredero es una ficción de la ley, una posesión ficticia diferente de la verdadera posesión.

El heredero puede disponer de los derechos herenciales sin llenar formalidades previas, puede ceder a cualquier título no la calidad intrínseca de heredero, sino los derechos que tenga a los bienes relictos.

Sucesión procesal. Uno sólo de los herederos tiene personería activa cuando se trata de pedir para la herencia, no así cuando se pide en contra de la herencia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Ernesto Gamboa Alvarez.

Bogotá, D. E., 10 de agosto de 1981.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 21 de octubre de 1980, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario de Inversiones Astorga Limitada contra Amelia Moreno de Burbi.

Antecedentes

1. En demanda ordinaria del 14 de diciembre de 1978, que correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, Inversiones Astorga Limitada trajo a juicio a Amelia Moreno de Burbi, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que la sucesión ilíquida de Viola de Groat o de Groot, viuda de Camacho, es la propietaria exclusiva del terreno correspondiente a la manzana 34 del plano de la urbanización La Florida, protocolizado mediante Escritura 537 de 1951 de la Notaría Sexta de Bogotá, predio ubicado en esta ciudad y comprendido dentro de los linderos que relata la demanda. Y que, en consecuencia, la misma sucesión ilíquida es la propietaria exclusiva de los lotes de terreno números 8 y 14 de la referida manzana 34, cuyos linderos también aparecen relacionados;

b) Que se condene a Amelia Moreno de Burbi a restituir a la sucesión de Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho, representada por Inversiones Astorga Limitada, en su condición de cesionaria de los derechos herenciales de Alfredo Camacho García, los inmuebles precisados en la súplica anterior.

En subsidio que se condene a la demandada a restituir a la propietaria, o sea a la referida sucesión ilíquida representada por Inversiones Astorga Limitada, la porción de terreno que posee la demandada dentro de la antedicha manzana 34 de la urbanización La Florida de Bogotá, porción que también aparece determinada por sus linderos correspondientes;

c) Que se condene a la demandada a restituir a la sucesión en referencia, los frutos naturales y civiles producidos por los predios poseídos, y no solamente los percibidos, sino los que la propietaria hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad de haberlos tenido en su poder, desde cuando entró a poseerlos hasta el día de la restitución;

d) Que se condene a la demandada, como poseedora de mala fe, a declinar la restitución de los predios con el único derecho, en cuanto a mejoras se refiere, de llevarse los materiales de dichas mejoras, con sujeción a lo dispuesto

en el inciso 6 del artículo 966 del Código Civil, todo con costas procesales a su cargo.

2. La causa para pedir fue sustentada así por la demandante:

a) La sucesión de Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho, es la propietaria de la manzana 34 de la urbanización La Florida, situada en Bogotá, según plano protocolizado con la Escritura 587 del 19 de abril de 1951, de la Notaría Sexta de Bogotá;

b) La sucesión en referencia es la propietaria exclusiva de los lotes de terreno números 3 y 14 del plano catastral de lotes de la referida manzana 34, plano distinguido en la División Distrital de Catastro con la sectorización 06203, Código 22B-35A, manzana catastral 09;

c) La causante adquirió el derecho de dominio de la manzana en referencia, por adjudicación que se le hizo en la liquidación de la sociedad "Urbanizadora Colombia S. A.", efectuada por Escritura 587 del 19 de abril de 1951, de la Notaría Sexta de Bogotá, registrada el 7 de mayo del mismo año en el Libro Primero, a la página 241, bajo el número 6797, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá;

d) La causante falleció en Bogotá el 15 de abril de 1954 y su proceso sucesorio, aún en trámite ante el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de esta ciudad, se declaró abierto el 27 de agosto de 1954 y mediante ese mismo auto fue reconocido Alfredo Camacho de Groot como heredero, en su condición de hijo legítimo de la causante, heredero que falleció más tarde y su proceso sucesorio aún se tramita en el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, en donde por auto del 9 de octubre de 1967 fue reconocido como heredero Alfredo Camacho García en su condición de hijo natural del causante;

e) En el proceso de sucesión de Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho, fue reconocido como interesado o heredero Alfredo Camacho García, el 14 de mayo de 1970;

f) Alfredo Camacho García cedió a favor de Inversiones Astorga Limitada su derecho hereneial en la sucesión de su padre, Alfredo Camacho de Groot y en la sucesión de Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho, por medio de la Escritura 185 del 13 de febrero de 1978, de la Notaría Dieciocho de Bogotá, y por auto del 29 de mayo de 1978, el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá reconoció a Inversiones Astorga Limitada como cesionaria de los derechos hereneiales de Alfredo Camacho García en la sucesión de su padre Alfredo Camacho de Groot y en tal condición, es uno de los interesados en las sucesiones de Alfredo Camacho de Groot y Viola de Groat o de Groot vinda de Camacho, proceso este último en el cual no se ha proferido decreto de posesión efectiva de la herencia;

g) Amelia Moreno de Burbi es la poseedora material, sin justo título y de mala fe, de los predios de propiedad de la sucesión de Viola de Groat o de Groot vinda de Camacho, precisados en las súplicas de la demanda y que forman parte de la manzana 34 del plano de la urbanización La Florida de Bogotá;

h) La sucesión propietaria de los terrenos en cuestión ha dejado de percibir los frutos que, con medianas inteligencia y actividad, hubiera podido percibir si hubiera tenido los anteriores predios en su poder, e

i) La sucesión propietaria robusa pagarle al demandado el precio que tendrían los materiales de las mejoras útiles o voluptuarias que hubiere hecho, después de separados de los predios objeto de la reivindicación.

3. Con oposición de la demandada, quien negó en lo fundamental los hechos alegados por la demandante y propuso excepciones perentorias, consistentes en "falta de causa y acción"; ineptitud sustantiva de la demanda por carencia de personería del actor como representante de la sucesión de Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho; prescripción adquisitiva del dominio y prescripción de las acciones reivindicatorias y de petición de herencia, se trabó el debate que, después de cumplidos cabalmente todos sus trámites y con aducción de las pruebas y alegatos de las partes, recibió el 11 de junio de 1980 sentencia de primera instancia, que declaró probada la excepción de "carencia de personería del actor como representante de la sucesión de Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho", absolviendo consecuencialmente a la demandada de todos los cargos que se le habían formulado e impuso las costas del proceso a cargo de la demandante, quien contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación que, después de tramitado debidamente, también le fue decidido en forma adversa por el Tribunal de Bogotá, con fallo del 21 de octubre de 1980, que dispuso revocar lo resuelto en sus dos numerales primeros por el *a quo* y, en su lugar, absolvió a la demandada de las pretensiones contenidas en la demanda, dejando en vigencia

las demás resoluciones del juzgado, fallo contra el cual la misma demandante interpuso recurso de casación, del que ahora se ocupa la Corte.

Motivaciones de la sentencia impugnada

1. Después de recontar el proceso y de no encontrar reparo a los presupuestos del mismo, comienza por describir la acción de dominio y consigna cuáles son los tres elementos axiológicos que la configuran, de donde deduce que a Inversiones Astorga Limitada, le corresponde demostrar que Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho, representada por sus herederos o sucesores, es titular del derecho de dominio sobre la heredad material de la reivindicación; que legalmente, además, tiene derecho a suceder; que el bien es reivindicable y que lo posee Amelia Moreno viuda de Barbi.

2. Agrega que está demostrado que Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho, recibió de Urbanizadora Colombia S. A. en liquidación, el lote de terreno identificado como manzana 34 de la urbanización en referencia, conforme a la Escritura 537 del 19 de abril de 1951, debidamente registrada, "acto jurídico en el cual intervinieron Alfredo Camacho y Enrique Lester Camacho para partir con aquélla, como cuerpo cierto, la heredad en comento así:

"Para la señora Viola de Groat de Camacho, la manzana A, nomenclatura D, veintiocho treinta y cuatro (24-34); uno (1) nomenclatura veinticinco A treinta (25-A-30); dos (2) nomenclatura veinticinco, veintinueve (25-29); trece (13) nomenclatura veintidós B treinta y cinco A (22-B-35-A); para según la planilla de valorización nomenclatura número veintiocho B treinta y cinco A (28-B-35-A), parte de la dieciocho (18) nomenclatura veinticuatro treinta y cinco (24-35); veintitrés (23) nomenclatura veintitrés A treinta y cinco (23-A-35); veinticuatro (24), nomenclatura número veintitrés treinta y cinco A (23-35-A) y la treinta nomenclatura veintidós B treinta (22-B-30)".

"En la anotada porción de terreno encuéntrense incluidos los lotes tres (3) y catorce (14), como se precisará más adelante, si a ello ha lugar".

3. Refiere luego que Inversiones Astorga Limitada reivindica no para sí, sino para la comunidad hereditaria de Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho, cuya sucesión está ilíquida, "circunstancia pretensional" que supone que el bien objeto de reivindicación pertenezca a esa masa hereneial y, además, que la demandante tenga vocación hereditaria para obrar a nombre de la personalidad jurídica transmisible de tal causante.

Al efecto, considera que está acreditado que Inversiones Astorga Limitada adquirió de Alfredo Camacho García el derecho de herencia que éste tiene "o le corresponde en las sucesiones *mortis causa* intestadas de Alfredo Camacho de Groat o de Groot y de Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho, en su calidad de hijo natural del primero y de heredero o interesado reconocido respecto de la segunda, sucesiones, cuyos procesos cursan respectivamente en los Juzgados 13 y 16 Civiles del Circuito", tal como lo refiere la Escritura 185 de 1978 de la Notaría 16 de Bogotá.

Inversiones Astorga Limitada se encuentra reconocida en el sucesorio de Alfredo Camacho de Groat o de Groot fue reconocido en el proceso derechos herenciales que al señor Alfredo Camacho García le corresponden dentro del presente proceso, en su condición de heredero del causante".

Se encuentra probado que Alfredo Camacho de Groat o de Groot fue reconocido en el proceso de sucesión de Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho, sucesión actualmente ilíquida y que cursa en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito.

4. Pero el sentenciador agrega que "de rompo adviértese que ni Alfredo Camacho García, ni Inversiones Astorga Limitada han sido reconocidos en el proceso de Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho, comunidad hereneial a nombre de la cual se obra en este proceso. De modo que no corresponde a la realidad lo consignado en el título escriturario en que el primero le vendió al segundo los derechos herenciales, en cuando dijose que Alfredo Camacho García había sido reconocido como heredero de Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho. "allí Alfredo Camacho García quiso tramitar los derechos de su padre natural Alfredo Camacho de Groat o de Groot en la herencia de Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho, quien falleció durante la actuación sucesoral de la última. Su óbito representa un evidente caso de sucesión procesal, fenómeno éste particularmente contemplado para el proceso de sucesión, pues al decir del artículo 621 del Código de Procedimiento Civil, 'si falleciere alguno de los asignatarios después de haber sido reconocidos en el proceso, cualquiera de sus herederos podrá intervenir en su lugar para los fines del

artículo 1378 del Código Civil, pero en la partición o adjudicación de bienes la hijuela se hará a nombre y a favor del fallecido' ".

"La sucesión procesal es relativa a la noción de parte. Por ella una persona que no sea inicial titular del derecho perseguido o comprendido en un proceso puede obtener que se admita como parte (Art. 60 *ejusdem*).

"Esta institución tiene un eminente contenido procesal. Así que son de tal naturaleza los derechos que emanz, bajo cuya proyección hay de mantenerse los que adquiere el sujeto sustituto. En general el proceso continúa con éste. Respecto del proceso sucesorio, también. Pero con la singularidad de que, en tratándose de óbito del coasignatario, la intervención está limitada a sus herederos, 'todos juntos o por medio de un procurador común', para que pidan la partición, la cual debe hacerse a nombre y a favor de aquél.

"El ejercicio de los derechos inherentes al heredero o herederos del coasignatario muerto es meramente facultativo. Estos, como es obvio, pueden o no hacerlos efectivos. Sin embargo, en caso de que opten por lo primero, es absolutamente indispensable que se hagan reconocer como sustitutos, mediante auto que es apelable en el efecto devolutivo (Art. 60 *Ibidem*).

"En la especie de esta litis Inversiones Astorga Limitada no ha sido reconocida como sustituto de Alfredo Camacho de Groat o de Groot o por lo menos no existe constancia alguna. Y esta circunstancia indubitablemente conduce a la imposibilidad que ejerza las facultades que el coasignatario fallecido, Alfredo Camacho de Groat o de Groot tenía en la sucesión de Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho.

"Por lo demás, es preciso recalcar —ya se dijo—, que la sucesión procesal apenas confiere derechos procesales, vale decir, los que son propios de la parte. Lo cual significa, con exclusión que el individuo que sustituye por ese acto no adquiere los derechos materiales o sustantivos del sustituido y consiguientemente que, en el caso de autos, aquél no representa al *de cujus* en todos los derechos y obligaciones transmitidos al heredero muerto. Desde luego su interés procesal concrétase tan sólo en pedir la partición para que la hijuela se haga a *nombre y a favor del fallecido* (se subraya)".

"No siendo la sucesión una persona jurídica, son los herederos quienes asumen los derechos y obligaciones del causante y quienes intervienen para sucederlo en los procesos que estaban en curso al momento de su muerte. El causante sigue siendo la parte; sólo que los herederos asumen su representación mientras la sucesión está iliquida, pero con el entendimiento de que, respecto del derecho litigioso o del objeto sobre el cual verse el proceso, sólo es sucedido por quien lo reciba en adjudicación.

"En rigor, el recurrente acepta los razonamientos anteriores. 'Sin duda, éste afirma, la ley, en este caso, establece que los sucesores del fallecido no heredan al causante original, puesto que ninguna adjudicación puede hacérseles, limitándose a representar al coasignatario para el único efecto de pedir la partición'.

"Entonces, si Inversiones Astorga Limitada de modo alguno representa a la personalidad jurídica transmisible de Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho, no se ve cómo tenga personería para reivindicar la heredad materia del pleito 'para la sucesión de la propietaria aludida'.

"Afirmar que Inversiones Astorga Limitada representa 'al representante de la sucesión de Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho', y que por este evento se encuentra legitimada en la causa para obtener la reivindicación de un bien a nombre de la última, vale tanto como expresar que tiene su representación, lo que, en concepto de esta Sala es inadmisible.

"El juez de instancia concluyó en que Inversiones Astorga Limitada no tiene personería para intentar acciones que permitan reivindicar bienes de propiedad de la sucesión, porque no tenía capacidad procesal. Esta decisión es acertada, no obstante que, olvidando la técnica procesal, lo hizo a través de una de las excepciones propuestas por la parte demandada, estando como estaba estudiando de entrada el primer elemento de la pretensión reivindicatoria.

"Agrégase a lo anterior que tanto Inversiones Astorga Limitada el demandante, como Amelia Moreno de Burbi, la demandada, tienen a su haber títulos de igual naturaleza y eficacia jurídica.

"Sucede, en efecto, que el aducido por aquélla comprende la venta de los derechos herenciales relativos a Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho, con las particularidades ya anotadas. Cosa que igualmente sucede con el perteneciente a ésta, quien adquirió de Enrique Lester Camacho, heredero de la causante, 'los derechos y acciones que tiene vinculados en in-

mueble ubicado en el Distrito Especial de Bogotá, urbanización 'La Florida', que comprende los lotes números tres y catorce (3 y 14)...'; quedando autorizada por ese negocio jurídico para que se hiciera 'parte en el juicio de sucesión de la señora Viola de Groot viuda de Camacho, como cesionaria de los derechos que enajena' (Fls. 18 v. y 95, C. Nº 1).

"Ninguno de esos documentos prevalece el uno sobre el otro, el último de los cuales tiene fecha anterior —Escritura 125 del 22 de enero de 1959, Notaría Sexta de Bogotá— y los dos colocan a sus titulares en idéntica situación jurídica respecto del haber herencial del *de cujus*. Por manera que, aceptando la tesis del recurrente, la demandada estaría representando también 'al representante de la sucesión de doña Viola', esto es, a Enrique Lester Camacho".

3. Y con base en las anteriores consideraciones, el Tribunal motivó su decisión, contra la cual la demandante interpuso el recurso de casación que ahora ocupa a la Corte.

La demanda de casación

Trae un cargo único con fundamento en la causal primera y mediante el cual acusa la sentencia como directamente violatoria de los artículos 757 inciso 1º, 783 inciso 1º, 1013, 1155, 1296, 1377 y 1606 del Código Civil y el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación y de los artículos 60 y 621 del Código de Procedimiento Civil, 1268 del Código Civil, por aplicación indebida. Y en forma indirecta, a consecuencia de errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas que luego se señalan, la acusa como violatoria del artículo 951, inciso 2º del Código Civil por aplicación indebida, y de los artículos 669, 762, 768, 787, 946, 947, 950, 952, 964 inciso 1º, 966 inciso 5º y 2531 regla 3ª del Código Civil, y el artículo 218 numeral 3º del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación.

La censura se desenvuelve así:

1. En cuanto a las *violaciones directas*, el recurrente considera que la sentencia conculcó el derecho sustantivo de Inversiones Astorga Limitada, para ser tenida como continuadora y representante de la personalidad jurídica de Alfredo Camacho de Groot, y desconoció su derecho, en cuanto representante de éste, a incoar acciones como la reivindicatoria de este pleito a favor, y para la sucesión de Viola de Groot viuda de Camacho, causante de cuya personalidad jurídica es continuador y representante Alfredo Camacho de Groot.

La representación o continuación de la personalidad jurídica del causante por sus asignatarios a título universal, es un derecho subjetivo sustancial consagrado en los artículos 1013 y 757 inciso 1º, 783 inciso 1º, 1296 y 1155 del Código Civil, pues ellos suceden al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, siendo preciso que tenga la calidad de herederos, la que surge de la delación de la herencia y ofrecimiento de ella a quien tiene vocación hereditaria, consagrada en el artículo 1013 del mismo Código, unida a la aceptación, acto que por disposición del artículo 1296 *ibidem*, retrotrae sus efectos al momento de la delación, entre los cuales se encuentra la posesión de la herencia por el heredero desde el instante mismo de dicha delación, tal como lo prevén los referidos artículos 757 inciso 1º y 783 inciso 1º de la misma obra.

2. En el caso *sub judice*, la violación de las normas anteriores, por falta de aplicación, se perpetró en forma directa y sin consideración al resultado del acervo probatorio, porque el Tribunal apreció correctamente la prueba de los hechos de donde surge el derecho a la representación del causante, o sea la muerte de la propietaria Viola de Groot viuda de Camacho, la calidad de heredero que respecto de ésta tenía su hijo Alfredo Camacho de Groot, la muerte de este cesionario, la calidad de heredero que respecto de éste tenía su hijo Alfredo Camacho García y la calidad de cesionaria de la cuota hereditaria de esta última en cabeza de Inversiones Astorga Limitada. La violación se cometió al no aplicar a estos hechos las normas anteriores.

Fallecida Viola de Camacho, su personalidad jurídica se estima legalmente continuada por su heredero Alfredo Camacho de Groot, fallecido éste, su personalidad es representada o continuada por su heredero, con el efecto adicional de que esta representación en sus derechos transmisibles, sustantivos y procesales existe desde la delación de la herencia, por tener los herederos que la aceptaron, desde ese instante, la representación de la misma, todo según las normas sustanciales señaladas que el Tribunal violó por falta de aplicación al no considerar existente la representación de dichos causantes por sus herederos y no las hizo actuar en la sentencia, siendo las pertinentes para regir los hechos descritos.

Y como Inversiones Astorga Limitada había adquirido la cuota hereditaria de uno de los asignatarios universales de Alfredo Camacho de Groot, dicha sociedad tiene, como efecto de la adquisición y porque se los reconoce el artículo 1377 del Código Civil, los mismos derechos que tenía su vendedor en la sucesión del causante, entre ellos los de continuar su personalidad jurídica, sucediéndole en sus derechos transmisibles, y el de ejercer el derecho de acción que le cabía a este último en reclamo de los derechos de la causante Viola de Camacho, cuya personalidad representaba.

El Tribunal aceptó el hecho de que Inversiones Astorga Limitada había adquirido la cuota hereditaria de Alfredo Camacho García, pero le negó los derechos de representación y de acción que había adquirido anexos a la cuota herencial y junto con éstos. Al negárselos, el *ad quem* dejó de aplicar las normas que confieren estos derechos a la compradora o cesionaria, o sea los artículos 1377 y 1955 del Código Civil, y de consiguiente, el Tribunal al negar la representación de los causantes por sus herederos y por los cesionarios de éstos, quebrantó también por falta de aplicación el artículo 1505 del Código Civil, texto sustancial que confiere a los actos del representante, respecto del representado, iguales efectos como si hubiere actuado o contratado él mismo, norma consagratoria del derecho de los representantes y representados a que los actos de los primeros produzcan efectos jurídicos respecto de los segundos, como si estos mismos los hubiesen ejercitado.

Y por último, al estimar el Tribunal que Inversiones Astorga Limitada no representa la persona del causante Alfredo Camacho de Groot y al negarle por lo mismo a aquélla y a éste la representación de la causante Viola de Groot viuda de Camacho para el efecto de ejercitar el derecho de acción en reclamo de sus derechos transmisibles, concedió el derecho de la sucesión a comparecer como parte en el presente proceso, representada por uno de sus herederos, y éste a su vez representado por la sociedad cesionaria, violando así el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, que confiere o consagra el derecho de acción.

3. La situación fáctica que se sometió al juicio del sentenciador está caracterizada por el ejercicio de la acción reivindicatoria por parte de la sucesión de Viola de Camacho, representada por la sucesión de Alfredo Camacho de Groot, cuya personalidad jurídica es continuada por Inversiones Astorga Limitada, en su calidad de cesionaria y actual titular de la cuota hereditaria de un asignatario de este último. En la situación descrita se ofrece al sentenciador la situación jurídica que versa sobre la representación del causante por sus herederos, con el fin de sucederle en uno de sus derechos transmisibles, a saber: el dominio del inmueble en litigio, y su derecho a obtener la reivindicación del mismo.

No se plantea en el proceso ningún caso de sucesión procesal, como equivocadamente lo entendió el sentenciador, sino un caso de ejercicio directo del derecho de dominio por parte de la propietaria y por ministerio de uno de sus representantes.

Las normas atinentes a la sucesión procesal no son, entonces, las llamadas a desatar el litigio porque en éste no se trata de suceder procesalmente, ni se plantea la intervención del heredero en proceso alguno preexistente a la muerte del causante para ocupar su lugar de parte en el mismo. Por lo contrario, en el proceso se trata de ejercitar el dominio, y no de los derechos sustantivos transmisibles a la causante, con independencia total de su proceso de sucesión.

Este error *in judicando* se cometió independientemente de la apreciación de las pruebas. El Tribunal creyó encontrar en los autos "un evidente caso de *sucesión procesal*", creado o configurado por la muerte de Alfredo Camacho de Groot, acaecida después de su reconocimiento como heredero de Viola de Camacho, dentro del proceso sucesorio de ésta. Y encontrando el Tribunal que Inversiones Astorga no había sido reconocida como sustituta de Alfredo Camacho de Groot en el sucesorio de doña Viola, sentenció que dicha circunstancia "indudablemente conduce a la imposibilidad que ejerza las facultades que el cosignatario fallecido —Alfredo Camacho de Groot o de Groot—, tenía en la sucesión de Viola de Groot o de Groot viuda de Camacho". Guiado por su confusión entre la continuación de la personalidad del causante por sus herederos, por una parte, y la sucesión procesal por la otra; confundiendo también la sucesión misma con el proceso de sucesión; y entendiendo que la sucesión procesal apenas confiere derechos procesales, el Tribunal remató su razonamiento afirmando textualmente "el individuo que sustituye por este acto (sucesión procesal, se aclara) no adquiere los derechos materiales o sustantivos del sustituido y consiguientemente que, en el caso de autos, aquél no representa al *de cujus* en todos los derechos

y obligaciones transmitidos al heredero muerto. Desde luego su interés procesal concretase tan sólo en pedir la partición para que la hijuela se haga 'a nombre y a favor del fallecido' ".

4. Fijado así el equivocado discurrir del Tribunal, fluye la aplicación impertinente de los artículos 1378 del Código Civil, 60 y 621 del Código de Procedimiento Civil, pues el artículo 60 contempla la situación fáctica del fallecimiento de una de las partes durante el recurso de un proceso y establece el efecto jurídico de su continuación con los herederos del fallecido, o sea supone la preexistencia de un proceso y consagra el derecho o deber de los herederos a ocupar un *lugar* en el mismo, supuesto de hecho consagrado en la norma y que es diferente de los hechos propuestos en el proceso y aceptados por el Tribunal, porque este litigio se plantea en ejercicio directo del derecho de dominio que tenía el causante por parte de los continuadores de su personalidad jurídica y sin consideración alguna al problema fáctico de reemplazar al causante, en cuanto parte de un proceso preexistente en el que estuviese actuando el fallecido. Desde luego, el heredero que interviene en el proceso en lugar de su causante, no ejercerá las facultades procesales de éste en el proceso en cuestión, mas ello no implica que por disposición de otras normas, dejadas de aplicar, dicho heredero no tuviese su representación para actuar *fuera* del proceso o dentro de éste, en su calidad de continuador de su personalidad jurídica.

Y el artículo 621 del Código de Procedimiento Civil fue aplicado indebidamente por el Tribunal, pues contempla como supuesto de hecho la situación creada por el fallecido de un cosignatario, después de haber sido reconocido en el proceso de sucesión y establece, como efecto jurídico, el derecho de sus herederos a intervenir en su lugar, para los fines del artículo 1378 del Código Civil, o sea para pedir la partición que hubiera podido solicitar su causante. A su turno, este artículo, que fue aplicado indebidamente, confiere a los herederos del cosignatario que fallece después de habérsele deferido la aceptación, el derecho a pedir la partición. La primera norma contempla una situación procesal en el fallecimiento de un cosignatario que había sido reconocido previamente en el proceso de sucesión y la segunda no contempla la existencia de este proceso de sucesión, sino tan sólo la simple delación de una herencia a favor.

Pero una y otra disposiciones confieren a los herederos del fallecido el derecho a pedir la partición a nombre y a favor del mismo. En el caso en litigio no se plantea, como ya se dijo, la sucesión procesal ni el derecho a pedir la partición en lugar del cosignatario fallecido, de tal manera que las referidas normas del Código de Procedimiento Civil no son las apropiadas para dcontar una situación fáctica completamente distinta, caracterizada por la sucesión de los herederos de los derechos sustantivos transmisibles del causante y su representación para ejercerlo, con tal independencia del proceso de sucesión en que aquél estuviese actuando y de su derecho a pedir la partición.

En resumen la aplicación indebida del artículo 60 del Código de Procedimiento Civil la perpetró el Tribunal al sentenciar que la ausencia de auto por medio del cual se hubiese reconocido a Alfredo Camacho García o a Inversiones Astorga Limitada como "sustitutos" de Alfredo Camacho de Groot dentro del proceso de sucesión de Viola de Camacho, "conllevaba (sic) indubitablemente" la imposibilidad de ejercer las facultades que tenía Camacho de Groot en la sucesión de su madre, violación que se cometió porque dicho artículo contempla exclusivamente la sucesión procesal y las facultades de las partes dentro de un proceso, de manera que, si bien Inversiones Astorga Limitada no había intervenido en lugar del fallecido y por ello no tenía, o mejor, no había ejercitado sus facultades procesales, la falta de estas facultades para obrar en el proceso de sucesión de la causante no impedía que, por fuera de dicho proceso y en virtud de otras normas, ejerciera la representación o continuación de la persona de Alfredo Camacho de Groot, derecho que adquirió al comprar la cuota hereditaria, antes del reconocimiento judicial de su calidad de cesionaria y aún con prescindencia de dicho reconocimiento. Por tanto dicho artículo 60 se aplicó al ejercicio de las facultades sustantivas o sustanciales del cosignatario fallecido y con el fin de conculcarlas, facultades que no están contempladas en su supuesto de hecho.

Y la aplicación indebida de los artículos 621 del Código de Procedimiento Civil y 1378 del Código Civil, se perpetró en forma directa al aplicar estas normas, que confieren el derecho a pedir la partición en lugar del fallecido, a una situación jurídica diferente, como lo es la representación del causante en sus derechos sustantivos transmisibles, fuera del proceso de sucesión en que había sido reconocido y con fines sustancialmente diversos.

Tal indebida aplicación conculcó el derecho de acción de Inversiones Astorga Limitada y de la

sucesión de Alfredo Camacho para ejercitar sus derechos sustantivos transmisibles.

5. Al error *in judicando* consistente en desconocer la representación de la sucesión de Viola de Groot viuda de Camacho, el Tribunal agregó el yerro de juzgar imprósperas la acción reivindicatoria a pretexto de que "tanto Inversiones Astorga Limitada el demandante, como Amelia Moreno de Burbi, la demandada, tienen a su haber títulos de igual naturaleza y eficacia jurídica". Después de analizar los tales títulos, estimando el *ad quem* que ninguno de ellos prevalece sobre el otro, juzgó que "colocan a sus titulares en igual situación jurídica respecto del haber hereneial del *de cujus*. Por manera que, aceptando la tesis del recurrente, la demandada estaría representando también al representante de la sucesión de doña Viola, esto es, a Enrique Lester Camacho". En estos razonamientos fundamentó el Tribunal el fallo absolutorio de la segunda instancia, el que por estos aspectos violó en forma indirecta y por aplicación indebida, el artículo 951 inciso 2º del Código Civil, y también en forma indirecta y por falta de aplicación los artículos 669, 762, 768, 787, 946, 947, 950, 952, 964 inciso 1º, 966 inciso 5º y 2351 regla tercera *ejusdem* y el artículo 413, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil, como resultado de *errores manifiestos de hecho* en la apreciación de la demanda y de las pruebas que así se señalan:

1ª La demanda: el Tribunal, al desatar la controversia, no tuvo en cuenta la demanda, en cuanto en ésta se expresa claramente que Inversiones Astorga Limitada no pide para sí misma la reivindicación, sino que lo hace para la sucesión de Viola de Groot viuda de Camacho y en representación de ésta. La preterición de la demanda en el acto mismo de fallar condujo al Tribunal a enfrentar, en orden a establecer el derecho prevalente a la posesión de la cosa, el título en que a su juicio se funda la posesión de Amelia Moreno de Burbi, con el título en que, también a juicio del Tribunal, se fundaba el derecho de Inversiones Astorga Limitada, a quien para estos efectos, el Tribunal sí tiene como demandante. Este error en la apreciación de la demanda motivó la aplicación indebida del artículo 951 inciso 2º del Código Civil, que hace imprósperas la acción reivindicatoria en contra de quien posee con igual o mejor derecho que el reivindicador, porque habiendo incoado Inversiones Astorga Limitada dicha acción no para sí, sino para la comunidad hereneial de Viola de Camacho, era el título de ésta, en cuanto reivindicadora, el que debió confrontarse con el título en que estimó el *ad quem* fundaba la demanda su derecho a poseer el inmueble del pleito.

Si el Tribunal hubiese apreciado correctamente la demanda, habría encontrado que el reivindicador es la sucesión de Viola de Camacho en su calidad de propietaria del inmueble y habría aplicado las normas que consagran el derecho del propietario a la restitución de un inmueble por su poseedor, o sea los artículos 669, 787, 946, 947, 950, 952 y 964 del Código Civil y no habría aplicado el artículo 951 inciso 2º de la misma obra, porque enfrentaba la posesión con la propiedad, debería decretarse y no negarse, como se negó, la reivindicación.

Y como consecuencia de este yerro el Tribunal dejó de aplicar el artículo 669 del mismo Código, que define el dominio y establece el derecho del propietario a gozar de la cosa; el 946 *ibidem*, que concede al dueño la acción reivindicatoria de la cosa singular de que no está en posesión, en armonía con el 787 *idem* y con el 947 del citado Código, que hacen surgir la acción reivindicatoria desde el instante en que el dueño pierde la posesión de la cosa y facultan al dueño para reivindicar sus bienes inmuebles. Y se dejó de aplicar el 950 *ejusdem*, que concede la acción reivindicatoria próspera al propietario pleno de la cosa.

2ª La Escritura 537 de 1951 de la Notaría Sexta de Bogotá, registrada el 7 de mayo de dicho año, y el certificado del Registrador de Bogotá, en donde consta la vigencia de la inscripción de esta escritura, documentos que el Tribunal no apreció en forma alguna, pues si lo hubiese hecho, habría tenido por probado el derecho de dominio de la verdadera reivindicadora sobre el inmueble y, al confrontarlo con el hecho de la posesión material de la demandada, habría decretado la restitución del mismo, con aplicación de las normas sustanciales pertinentes y no habría aplicado el artículo 951, inciso 2º del Código Civil, porque habría encontrado prevalente el título de la reivindicadora.

3ª La contestación de la demanda, de la cual el Tribunal hizo caso omiso y no apreció las declaraciones y confesiones que hizo la demandada en ese escrito, sobre el carácter *exclusivo* de su posesión sobre el inmueble reivindicado y, particularmente, la confesión de su ánimo de señora o dueña y de su contradicción del derecho de dominio de la sucesión de Viola de Camacho sobre el predio. La demandada declaró,

textualmente, al contestar el segundo de los hechos de la demanda, lo siguiente: "No es cierto. La señora Amelia Moreno viuda de Burbi es la propietaria absoluta de ellos", o sea de los inmuebles que se pretende reivindicar. Igualmente, al formular su oposición, declaró: "Propongo las excepciones de prescripción adquisitiva de dominio y prescripción de las acciones reivindicatoria y de petición de herencia, alegadas a favor de mi representada, señora Amelia Moreno viuda de Burbi". Y concluyó así: "Es así como la señora Amelia Moreno viuda de Burbi ha venido poseyendo dichos lotes en forma material, regular y pacífica desde dicha fecha hasta el presente".

La demandada declaró haber adquirido las "acciones y derechos que le correspondían a don Enrique Lester Camacho en la sucesión de doña Viola de Groot viuda de Camacho en su condición de hijo legítimo, vinculados en los lotes 3 y 14 de la manzana 34 de la urbanización La Florida de esta ciudad". Pero señaló a la escritura respectiva como un mero antecedente de su posesión, porque dijo enseguida ser la dueña de dicho inmueble y propuso la excepción de prescripción, manifestaciones que, evidentemente y sin lugar a dudas, comprueban que la demandada ha tenido el inmueble para sí, en calidad de poseedora, como si fuera dueña. Tal contestación prueba que Amelia Moreno de Burbi no detenta el inmueble como sucesora de Enrique Lester Camacho en sus derechos de coasignatario de la dueña del predio y que no lo detenta con "ánimo de comunidad", como si fuera coasignataria de este bien relicto, pues por el contrario, su ánimo de apropiarse la cosa con exclusión de todas las demás personas es patente. Las declaraciones consignadas en la contestación a la demanda establecen la posesión excluyente de la demandada sobre el predio y, por tanto, hacen contravidentes las conclusiones del Tribunal en el sentido de que la demandada posee el predio como adquiriente de derechos hereditarios y de que ejerce su posesión como representante de Enrique Lester Camacho.

El Tribunal, pues, ignoró la prueba de que la demandada detenta el inmueble para sí, como poseedora exclusiva, y dio por establecido que ella no había abandonado el ánimo de comunidad y concluyó erróneamente que la demandada está representando al representante de la sucesión de Viola de Camacho, no obstante las confesiones que hizo al contestar la demanda y haber alegado en su favor la prescripción adquisitiva, yerro fáctico que condujo al Tribunal a aplicar indebidamente el artículo 951 inciso 2º del Código Civil, y a violar por falta de aplicación las normas sustanciales citadas al efecto en el cargo, en cuanto dichas normas permiten a los condueños y coasignatarios poseer con exclusión de los demás partícipes; a los meros tenedores intervenir su tenencia en posesión, en cuanto les da derecho, en ciertas circunstancias, a prescribir y a poseer; al permitir que surja la posesión para una persona y perderse para otra desde cuando la primera se apodera de la cosa con el ánimo de hacerla suya; al considerar poseedor de una cosa a quien la detenta con ánimo de señor y dueño; y al conferir la acción reivindicatoria al dueño de un inmueble y señalar como sujeto pasivo de ella y obligado a la restitución, al poseedor del mismo.

4ª La inspección judicial practicada en el proceso no fue tenida en cuenta por el Tribunal, a pesar de que demuestra el "corpus" o tenencia integrante de la posesión excluyente de Amelia Moreno de Burbi sobre el inmueble reivindicado, a través de las declaraciones que hicieron ante la juez los ocupantes de aquél, manifestaciones de las cuales el *a quo* dejó constancia en el sentido de ser inquilinos "del encargado que tiene la señora Amelia", de quien los ocupantes afirman ser la dueña del predio. Si el Tribunal hubiese apreciado esta prueba, habría dado por acreditada la posesión material exclusiva de la demanda sobre el inmueble y habría decretado su restitución a la propietaria, pero como no lo hizo, dejó de aplicar las normas sustanciales contenidas en los artículos 762, 946, 947, 950 y 952 del Código Civil y 413 del Código de Procedimiento Civil, por haber preterido la posesión exclusiva y excluyente de la demandante y haber conculcado el derecho de la sucesión propietaria de la restitución.

5ª El Tribunal no tuvo en cuenta el testimonio del doctor Carlos Rugeles Castillo, que también prueba la posesión exclusiva y excluyente de la demandada sobre el inmueble reivindicado, especialmente el hecho de que lo recibió y dio comienzo a su explotación, dándolo en arrendamiento por sí sola a dos personas. Esta declaración concurre con la inspección judicial a acreditar la posesión exclusiva y excluyente de Amelia de Burbi sobre el bien reivindicado, y también prueba que Amelia de Burbi no posee el inmueble con el derecho de haber adquirido derechos hereditales, "vinculados" al mis-

no como representante del cosignatario Enrique Lester Camacho, sino en su propio nombre, contra todo el mundo y con pretensión de usucapir en contra de la comunidad sucesoral de Viola de Camacho. Por este motivo, incurrió el Tribunal en la violación de las referidas normas sustanciales.

5ª La Escritura 125 de 1959 de la Notaría Sexta de Bogotá, cuyo contenido no apreció el Tribunal en cuanto recoge la venta del derecho de herencia de Enrique Lester Camacho, vinculado al inmueble en pleito, con aceptación de la misma por Amelia Moreno de Barbi, documento que prueba que esta última, antes de tomar posesión excluyente sobre el inmueble, sabía que compraba el derecho hereneial de Enrique Lester Camacho y que no estaba adquiriendo el derecho de dominio sobre el mismo. Tampoco apreció el contenido de esta prueba en cuanto a la declaración expresa que hizo Enrique Camacho a Amelia Moreno, en el propio acto notarial, de que él no era el propietario del inmueble sino apenas un heredero de la propietaria verdadera, Viola de Camacho, cuya sucesión se encontraba iliquida, lo que pone de presente que la demandada, al comenzar su posesión, no tuvo la conciencia de haber adquirido el dominio del inmueble ni creyó haber recibido la cosa de manos del propietario, como quiera que tenía conocimiento de que su autor Enrique Lester Camacho no era el dueño del fundo. Y como el Tribunal hizo caso omiso del contenido de la escritura en cuestión, este yerro lo llevó a violar, por falta de aplicación, los artículos 768, 961, inciso 1º y 966, inciso 5º del Código Civil, pues si hubiese apreciado tal prueba, habría tenido que aceptar como acreditado el conocimiento inicial de la demandada de que cuanto adquiría no era el dominio sino un derecho hereneial limitado, como también habría encontrado la prueba de la ciencia de la poseedora acerca del hecho de que su autor no era el dueño verdadero de la cosa.

Y en presencia de esas pruebas y hechos, el Tribunal ha debido aplicar las normas que los sobarmen, en cuanto disponen que el poseedor que *ab initio* conoce tales hechos no es poseedor de buena fe, y en cuanto confieren al propietario el derecho a la restitución de los frutos y la impone al poseedor de mala fe, extendiéndola no solamente a los frutos percibidos sino a aquellos que la propietaria hubiese podido percibir con mediana inteligencia y actividad; y habría aplicado el artículo 966, inciso 5º del Código Civil, que priva a los poseedores de mala fe del derecho al abono de mejoras útiles, decretada que sea la reivindicación.

Considera la Corte

1. Todo el tema litigioso se reduce, en el fondo, a establecer en qué consiste el derecho de herencia y cuáles efectos produce su cesión a título oneroso.

Cuando el Código Civil dice que derecho real es el que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona, no expresa idea distinta a la romana que consideró el derecho real como relación directa entre la persona y la cosa, y el derecho personal como relación entre personas que obliga al deudor a cumplir la prestación debida. Así, el titular del jus in re *puede, sin contar con nadie, apoderarse de una cosa donde quiera que esté, pero el titular del* jus ad rem *no puede hacer cosa distinta de exigir a su deudor la prestación de lo debido.*

Y aun cuando esta idea tradicional ha sido impugnada por quienes anotan que ningún derecho puede consistir en una simple relación entre persona y cosa, lo verdad es que los sujetos pasivos de los derechos reales son las personas indeterminadas, al paso que en los derechos personales están claramente determinados.

2. El derecho de herencia, como tal, es real, absoluto, oponible erga omnes *y goza de los derechos de preferencia y de persecución (Art. 665 numeral 2, C.C.). El heredero por su título derivado de la ley o del testamento, adquiere el derecho a suceder al difunto en ese patrimonio,* en esa universalidad jurídica: hereditas etiam sine ullo corpore, juris intellectum habet.

Este derecho del heredero es distinto del derecho de dominio en cuanto a su objeto: el objeto del derecho de dominio son las cosas corporales (Art. 669 ib), mientras que el de herencia versa sobre una cosa incorporal, o sea la universalidad jurídica formada por el patrimonio sucesorio.

De ahí que por razón de su objeto, el dominio real sobre cosas consideradas singularmente, ut singulis, *y el derecho de herencia sobre la universalidad del patrimonio del causante se confluyen en forma tal que "por muerte de un individuo el heredero adquiere* per universitatem *el dominio de los bienes de la sucesión, pero no el dominio singular respecto de cada uno de ellos". (Garavito, T. III Nº 1841).*

Además del carácter perpetuo de heredero, semel heres semper heres, *que se extiende sobre los bienes desconocidos, si los hubiere, en el interregno entre la delación y la partición el heredero no goza del dominio singular de los bienes relictos, el que sólo viene a adquirir cuando se liquide la herencia y se le adjudican los bienes correspondientes.*

3. Y surge aquí un interesante fenómeno doctrinario relativo a la posesión de la herencia.

Según las notas explicativas de don Andrés Bello al artículo 869 de su proyecto de 1853, que corresponde al artículo 783 del Código Civil Colombiano, se adoptó lo mismo que en el artículo 966 del proyecto "inédito" el principio francés de le mort saisit le vif *(principio muy anterior al Código de Napoleón), consistente en que la transmisión de los bienes del difunto a sus herederos se hace* inmediatamente *y se opera* de pleno derecho *sin necesidad de que los herederos llenen* formalidad alguna.

Este fenómeno jurídico se describe en Francia con la palabra saisine, *de origen germánico, que equivale a posesión (ver Baudry Lacantinerie).*

Entonces, es fácil comprender el sistema sobre posesión *de la herencia que rige entre nosotros, en donde todos los herederos, testamentarios o* ab intestato, *tienen la "saisine" porque todos entran en posesión legal de la herencia desde que ésta se les defiere, sin necesidad de llenar formalidad alguna.*

4. Esta posesión de pleno derecho, en cierto modo derivada del concepto romano sobre transmisión de la herencia a los herederos necesarios, presenta algunas dificultades en el Código Civil, pues no se acopla a las estructuras de la posesión y de la tradición asentadas sobre los principios tradicionales del derecho romano.

En efecto: la posesión es un estado de hecho que sirve de signo visible a la propiedad y que se compone de dos elementos: el ánimo y el cuerpo.

Pero en tratándose de la posesión de la herencia, estos principios no actúan, pues el heredero adquiere su posesión de pleno derecho (Arts. 757, 783 y 1013 del C. C.), aunque él mismo lo ignore y no tenga las cosas en su poder, lo que puede excluir el animus *y el* corpus. *En el fondo sucede que la posesión legal del heredero es una ficción legal, una posesión ficticia diferente de la verdadera posesión.*

Y aun cuando el artículo 783 dice que la posesión del heredero no es diferente de la que tenía el causante, y luego el 778 expresa que la posesión del heredero comienza con él, la aparente contradicción se desvanece si se entiende que el heredero, a voluntad suya, puede sumar o no a su posesión la del causante, sin que sea obligatorio e ineludible encadenar una con otra.

5. Y peculiar efecto de la doctrina expuesta es fingir que antes de la aceptación del heredero, la herencia no está vacante, pues el heredero la posee antes de aceptarla y su aceptación no es el acto jurídico mediante el cual la adquiere, sino su renuncia al derecho de repudiarla. Aquí estriba la diferencia entre la aceptación de la herencia en el derecho colombiano y en el francés, y la aditio de hereditate *del derecho romano.*

6. Todo lo anterior explica que el heredero pueda disponer de los derechos hereditarios, sin llenar formalidades previas, y pueda ejercer contra terceros, para la herencia que se les ha deferido, las acciones que pertenecían al de cujus. *A su turno, si no ha repudiado, puede ser compelido a pagar las deudas hereditarias una vez vencido el plazo de que trata el artículo 1434 del Código Civil, salvo su derecho de pedir plazo para deliberar si acepta o no (1289 ib.).*

7. Como todo derecho patrimonial, el de herencia es cesible a cualquier título y si bien la calidad intrínseca de heredero que tenga una persona, no puede transmitirse a persona distinta, sí pueden transferirse los derechos que a los bienes relictos tenga el heredero.

8. De todo lo expuesto fluye que el Tribunal no atinó al negar la pretensión reivindicatoria de Inversiones Astorga Ltda. (cesionaria a título singular del heredero Alfredo Camacho García en la herencia del fallecido Alfredo Camacho de Groot, a su vez heredero de Viola Groot de Camacho), con el argumento de que el cedente no había sido reconocido como heredero de Camacho de Groot en el proceso sucesorio de Viola de Camacho, pues es claro que el carácter de heredero, y la posesión legal de la herencia no brotan de la providencia judicial que así lo determine, sino que de pleno derecho surgen en virtud de la ley o del testamento, y la aceptación de la herencia no es cosa distinta que la renuncia del derecho a repudiarla.

9. La sucesión procesal de que tratan los artículos 60 y 621 del Código de Procedimiento Civil y que invoca erradamente el sentenciador para cerrarle el paso al cesionario de un heredero, a su vez heredero del causante, además de ser el artículo 60 una norma innecesaria y apenas simplemente explicativa, tienen simple ámbito procesal, pero no de carácter hereditario, pues el 621 se refiere a reglamentar la manera cómo los herederos de un asignatario ya reconocido procesalmente y que luego falleciere, puedan intervenir en el proceso, pues cuando los bienes se adjudicarán a nombre del fallecido.

Y si bien es cierto que la sucesión procesal atañe al carácter de parte en el proceso sucesorio, en modo alguno se refiere a su carácter sustancial.

Si el heredero no se hace parte en el proceso sucesoral es lógico que no puede intervenir en él. Por tanto, no se le tendrá en cuenta en la partición o adjudicación de los bienes relictos.

Y si se trata de heredero de heredero, los bienes no le serán adjudicados a su nombre sino a nombre de su antecesor, ordenamiento que tiene marcado sabor impositivo o tributario.

Pero si no interviene en el proceso de sucesión, no deja de ser heredero ni ello le impide ejercer las facultades o acciones que tenía su causante. Máxime si al ejercerlas está ejecutando acto de heredero inicitativo de su aceptación, conforme obvia y reiterada doctrina que fluye del artículo 1299 del Código Civil.

10. El Tribunal entendió que el caso de sucesión procesal "apenas confiere derechos procesales, vale decir, los que son propios de parte", para significar que "no adquiere los derechos materiales o sustantivos del sustituido y consiguientemente que, en el caso de autos, aquél no representa al de cujus en todos los derechos y obligaciones transmitidos al heredero muerto", equivocada apreciación que no resiste mayor análisis frente a las normas sustanciales que pregonan que el heredero, es decir, el aceptante, lo es con posesión legal de la herencia, desde el instante mismo de la muerte del causante, aun ignorándolo y sin necesidad de requisito alguno como el que de la aditio se exigía en la época romana y que, por lo ya explicado, no es aplicable en nuestro ordenamiento legal o sucesoral.

Al obrar así, el sentenciador aplicó indebidamente los artículos 1378 del Código Civil; 60 y 621 del Código de Procedimiento Civil, y dejó de aplicar los artículos 757, inciso 1º; 788, inciso 1º; 1013, 1155, 1296, 1377 y 1505 del Código Civil, tal como lo pregona la censura, que por tanto está llamada a prosperar, pues el demandante sí tiene la "personería" para intentar acciones que permitan reivindicar bienes de propiedad de la sucesión", que le fue negada igualmente aduciendo que "no tenía capacidad procesal".

11. Como corolario de todo lo expuesto, ya en el campo de la reivindicación solicitada, se observa que la anterior legitimatio ad causam *de la sociedad demandante no merece reparo alguno, pues cuando se trata de pedir para la herencia, uno solo de los herederos tiene personería activa para ello, al contrario de cuando se trata de pedir en contra de la herencia.*

Al caso viene la siguiente doctrina de la Corte recientemente publicada:

"Ahora bien, en el evento de que un tercero esté en posesión de un bien mueble o inmueble perteneciente a la sucesión ilíquida, ¿quién tiene la personería para iniciar y seguir la acción reivindicatoria correspondiente? Como la comunidad universal, conocida generalmente con la denominación de sucesión no es una persona jurídica que tenga un representante, la doctrina y la jurisprudencia han sostenido siempre que por activa o como demandante en acción reivindicatoria de un bien para la sucesión puede comparecer cualquier heredero, y por pasiva o como parte demandada, a fin de que la acción produzca efecto respecto de todos los comuneros, deben ser citados todos los que forman dicha comunidad universal.

"En sentencia de 1º de abril de 1954, en que se hace un recuento completo de la jurisprudencia sobre la capacidad para comparecer en juicio de la comunidad de cosa universal o de cosa singular, dijo la Corte: 'En consecuencia, cualquier comunero, tanto en la comunidad de cosa universal como en la comunidad de cosa singular puede promover la acción reivindicatoria en beneficio de todos. Esta actuación judicial enderezada a la conservación de la cosa aprovecha a toda la comunidad, a tal punto que el efecto de la interrupción civil que se deriva de su demanda favorece a todos los comuneros, como lo establece el artículo 2525 del Código Civil'. (LXXVII).

"Esta misma doctrina ha sido reiterada entre otros en fallos de 17 y 30 de agosto y 15 de septiembre del mismo año (LXXVIII, páginas

325, 397 y 606). Por manera que al demandar las herederas Mercedes y Carmen Chinchilla u Ospina a la Nación, no en sus propios nombres sino para la sucesión ilíquida de Justino Ospina Sánchez, la restitución o entrega del lote de terreno en extensión de 25 fanegadas que hacía parte de la hacienda 'San Francisco y El Sosiego', y, al haberlo ordenado en esta forma la sentencia recurrida, reconoció correctamente la legitimación activa de la parte demandante.

"De otro lado, la cita que hace la censura del artículo 956 del Código Civil, que señala como indebidamente aplicado, está completamente fuera de lugar, porque la parte demandada en este proceso no lo fue como heredera de Justino Ospina, sino como poseedora del bien que se reivindica. El texto en cuestión se refiere justamente al caso contrario: a la acción de dominio que se dirige contra un heredero (*Gaceta Judicial*, Tomo CLII, página 223)".

12. El Tribunal, al no darle cabida a la pretensión reivindicatoria en referencia, no obstante obrar en autos la plena prueba de que la causante Viola de Camacho era dueña, en mayor extensión, de los inmuebles en litigio, y que su heredero Alfredo Camacho de Groot había fallecido posteriormente, dejando a su turno como heredero a Alfredo Camacho García, quien cedió, por Escritura pública, todos sus derechos en ambas sucesiones a la sociedad demandante, violó las normas sustanciales citadas en el resto de la censura y por los conceptos allí indicados.

Máxime si el Tribunal, con notorio error de hecho, refirió que la demandada era sucesora de la causante Viola de Groot y que por tanto tenía título común con la demandante, sin percibir que claramente la demandada *obra a nombre propio* para oponerse a la reivindicación, y no como poseedora a nombre de su causante. Y, en cambio, la demandante no actúa a nombre propio sino para la sucesión de Viola de Camacho y, por tanto, su título es anterior a la iniciación de la posesión personal de la demandada.

Todo lo cual conduce inexorablemente a la quiebra del fallo acusado.

Sentencia de reemplazo

1. Los presupuestos procesales no merecen reparo.

2. Conforme lo expone el Tribunal, "está demostrado que Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho recibió de la 'Urbanizadora Colombia S. A., en liquidación', el lote de terreno identificado como 'manzana treinta y cuatro (34) nomenclatura veintidós B treinta y cinco A (22-B-35-A)', pero en la planilla de valorización por impuesto de 'Las Américas' con el número veintiocho B treinta y cinco A (28-B-35-A)', conforme con la Escritura quinientos treinta y siete (537), de abril diecinueve (19) de mil novecientos cincuenta y uno (1951), debidamente registrada. Acto jurídico en el cual intervinieron Alfredo Camacho y Enrique Lester Camacho para partir con aquélla, como cuerpo cierto, la heredad en comento, así:

"Para la señora Viola de Groat de Camacho la manzana A, nomenclatura D, veinticuatro treinta y cuatro (24-34); uno (1) nomenclatura veinticinco A treinta (25-A-30); dos (2) nomenclatura veinticinco veintinueve (25-29); trece (13) nomenclatura veintidós B treinta y cinco A (22-B-35-A); para según la planilla de valorización nomenclatura número veintiocho B treinta y cinco A (28-B-35-A), parte de la dieciocho (18) nomenclatura veinticuatro treinta y cinco (24-35); veintitrés (23) nomenclatura veintitrés A treinta y cinco (23-A-35); veinticuatro (24), nomenclatura veintitrés treinta y cinco (23-35); veinticinco (25), nomenclatura número veintitrés treinta y cinco A (23-35-A); y la treinta (30), nomenclatura veintidós B treinta (22-B-30). En la anotada porción de terreno encuéntranse incluidos los lotes tres (3) y catorce (14)".

La copia de la Escritura número 537 del 19 de abril de 1951 de la Notaría Sexta de Bogotá, los certificados de la Oficina de Registro, la inspección judicial y el dictamen pericial que obran en el expediente (Fls. 2 a 27 y 73 vto. a 82), acreditan plenamente esa circunstancia.

3. La demandada confiesa su carácter de poseedora desde el 22 de enero de 1959, respecto de los terrenos materia de la reivindicación, fecha posterior al título de dominio que exhibe la demandante, que, como se dijo, obra no a nombre propio sino para la sucesión de Viola de Camacho. Situación que implica, además, que, como el título de dominio que exhibe la demandante se remonta al menos hasta la adquisición que realizó en vida Viola de Groot viuda de Camacho, título por tanto muy anterior y y prevalente a la posesión personal de la demandada, que arranca inclusive cuando ya había fallecido la titular del dominio, a cuyo

nombre y para su sucesión está reivindicando la demandante.

4. Por tanto, las condiciones de la pretensión reivindicatoria se encuentran reunidas cabalmente, lo que implica su prosperidad.

5. La demandada formuló varias excepciones, unas principales y otras secundarias, las primeras denominadas "carencia de causa para pedir" y "falta de acción", que en realidad no son excepciones y que quedan sin piso al prosperar la acción incoada.

Las segundas se refieren básicamente a "carencia de personería de la actora como representante de la sucesión de Viola de Camacho", que se apoyan en los argumentos acogidos por el Tribunal y que fueron objeto de próspero ataque por la recurrente, en casación, motivo por el cual tampoco pueden acogerse.

Y además propuso las excepciones de prescripción ordinaria y extraordinaria, alegando haber comprado a Enrique Lester Camacho, también heredero de Viola de Camacho, los derechos sucesorales del primero en la herencia de la segunda, vinculados a los lotes de terreno en discusión, por Escritura 125 del 22 de enero de 1959 de la Notaría Sexta de Bogotá y haber poseído con ese título desde el 22 de enero de 1959.

Pero estas excepciones no son de recibo, pues la posesión que alega la demandada la hace valer como posesión propia y el título en que se apoya se refiere claramente a derechos de Enrique Lester Camacho en la sucesión de Viola de Camacho, o sea con ellos se estaría reconociendo un dominio originalmente ajeno y en comunidad con otros herederos citados indirectamente en ese mismo título (fls. 95 y 96, cuaderno 1).

De contera, la prescripción adquisitiva que alega la demandada no se formuló mediante demanda de reconvención, motivo que impide pronunciamiento alguno al respecto.

Notándose por último que la compra que exhibe la demandada no fue de cuerpo cierto sino de derechos hereditarios, la posesión en nombre propio, con interversión del título respectivo, a lo sumo pudo ocurrir después del 22 de enero de 1959 y la prescripción ordinaria no se consumó, pues el auto admisorio de la demanda le fue notificado el 19 de enero de 1979 (folio 45, cuaderno 1), o sea, sin haberse completado los veinte años previstos en la Ley 50 de 1936.

Por todo lo anterior, tampoco pueden acogerse las excepciones de prescripción en comentario.

6. En cuanto a prestaciones mutuas, debe considerarse a la demandada como poseedora de mala fe, pues a sabiendas de haber adquirido derechos herenciales de un coheredero, posteriormente alega que estaba poseyendo a nombre propio.

En consecuencia, devolverá a la reivindicante, o sea a la sucesión de Viola de Camacho, a razón de $ 1.500,00 mensuales, a partir del 22 de enero de 1959, y hasta el 23 de agosto de 1979, y de ahí en adelante, hasta cuando se efectúe la restitución de tales inmuebles, a razón de $ 5.000.00 mensuales, todo de acuerdo con el dictamen pericial, debidamente explicado y fundamentado, que obra a folios 78 a 81 del cuaderno 1, aun cuando no fueron alegadas, en cuanto a mejoras, sólo tendrá derecho a llevarse los materiales, sin detrimento del inmueble, de acuerdo con el artículo 966, inciso 6º del Código Civil, tal como lo admite la demandante.

La actitud procesal de las partes o de sus apoderados no les implica responsabilidad alguna derivada de los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada el 21 de octubre de 1980 por el Tribunal de Bogotá en este proceso ordinario de Inversiones Astorga Limitada contra Amelia Moreno de Burbi, y en instancia REVOCA la del Juzgado Cuarto Civil del Circuito y, en su lugar,

Resuelve

Primero. Recházanse las excepciones propuestas por la demandada.

Segundo. La sucesión ilíquida de la señora Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho es la propietaria plena de los lotes números tres (3) y catorce (14) del plano catastral de loteo de la manzana treinta y cuatro (34) del plano de la urbanización "La Florida", situada en Bogotá, protocolizado con la Escritura pública número 537 del 19 de abril de 1951, de la Notaría Sexta de Bogotá, lotes comprendidos den-

tro de los siguientes linderos, respectivamente: *Lote número 3:* Por el norte, en treinta y ocho (38) metros exactos o aproximadamente, en parte con el lote número 2 (predio Nº 22-B-81 de la carrera 35-A de la nomenclatura oficial de Bogotá, D. E.), y en parte con el lote número 20 (predio número 35-A-29, de la Avenida de las Américas, según la nomenclatura oficial de Bogotá, D. E.), lote de las mismas manzanas y urbanización, poseídos por Oscar Pérez. Por el oriente: en doce (12) metros exactos o aproximados, con la carrera 35-A de la nomenclatura oficial de Bogotá, D. E.; por el sur, en treinta y ocho (38) metros exactos o aproximadamente, con el lote número 4 de las mismas manzana y urbanización (predio número 22-B-57) de la carrera 35-A de la nomenclatura oficial de Bogotá, D. E.), ocupado por José Antonio Tiusavá y María Rosa como arrendatarios de Pedro Camacho Argüelles; y por el occidente, en doce (12) metros exactos o aproximados, en parte con el lote número 19 (predio Nº 35-A-41 de la Avenida de Las Américas, según la nomenclatura oficial de Bogotá, D. E.) y en parte, con el lote número 14 (predio número 22-B-64 de la Avenida 21, hoy Transversal 32, según la nomenclatura oficial de Bogotá, D. E.), lotes de la misma manzana y urbanización, poseído en último por Amelia Moreno de Burbi. *Lote número 14:* Contiguo al anterior, linda así: Por el norte, en treinta y ocho (38) metros exactos o aproximadamente, con el lote número 15 de las mismas manzana y urbanización (predio número 22-B-74 de la Avenida 21, hoy Transversal 32, según la nomenclatura oficial de Bogotá, D. E.), poseído por Oscar Pérez; por el oriente, en doce (12) metros exactos o aproximadamente, en parte con el lote número 3 (predio Nº 22-B-67 de la carrera 35-A según la nomenclatura oficial de Bogotá, D. E.), sin separación física actual respecto de ésta, poseído por Amelia Moreno de Burbi, y en parte con el lote número 4 (predio número 22-B-57 de la Carrera 35-A, de la nomenclatura oficial de Bogotá, D. E.), ocupado por José Antonio Tiusava y María Rosa, como arrendatarios de Pedro Camacho Argüelles, lotes de las mismas manzana y urbanización; por el sur, en treintiocho con cincuenta metros (38.50) exactos o aproximadamente, con el lote número 13 de las mismas manzana y urbanización (predio Nº 22-B-54 de la Avenida 21, hoy Transversal 32, según la nomenclatura oficial de Bogotá, D. E.), poseído por Mario Reinaldo Bohórquez Méndez; y por el occidente, en doce (12) metros exactos o aproximadamente, con el antiguo camino de Engativá, posteriormente Avenida 21, hoy Transversal 32, según la nomenclatura oficial de Bogotá, D. E.

Tercero. Condénase a Amelia Moreno de Burbi a restituir a la sucesión de Viola de Groat o de Groot viuda de Camacho, representada por Inversiones Astorga Limitada, en su condición de cesionaria de los derechos hereditales de Alfredo Camacho García, los lotes precisados en la resolución anterior.

Cuarto. Condénase a Amelia Moreno de Burbi como poseedora de mala fe a restituir por concepto de frutos a la sucesión en referencia, la suma de $ 1.500.00 mensuales a partir del 22 de enero de 1959 y hasta el 23 de agosto de 1979, y de allí en adelante hasta cuando se efectúe la restitución de tales inmuebles, a razón de $ 5.000.00 mensuales, todo de acuerdo con el dictamen pericial debidamente explicado y fundamentado, que obra a folios 78 a 81 del cuaderno número 1.

Parágrafo. En cuanto a mejoras, la demandada sólo tendrá derecho a retirar los materiales, sin detrimento de los inmuebles reivindicados.

Costas en ambas instancias de cargo de la demandada.

Sin costas en casación.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen. (Aprobado, 27 de julio de 1981).

Ricardo Uribe-Holguín, Ernesto Gamboa Alvarez, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén (con salvamento de voto), *Alberto Ospina Botero.*

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

Salvamento de voto

Por cuanto no comparto las resoluciones contenidas en la sentencia que precede, ni las motivaciones cardinales en que aquéllas se sustentan, con el respeto debido a mis colegas de Sala brevemente expongo a continuación las razones de mi discrepancia.

Primero. Para un mejor entendimiento de mi desavenencia con la posición adoptada por la

mayoría de la Sala, es pertinente relievar algunos de los antecedentes del litigio. Ellos son:

a) Al liquidarse la sociedad "Urbanizadora Colombia S. A.", mediante la Escritura pública número 537 de 19 de abril de 1951, otorgada en la Notaría Sexta de Bogotá, se adjudicó a Viola Groat de Camacho, entre otros inmuebles, el lote de terreno correspondiente a "la manzana treinta y cuatro (34), nomenclatura veintidós B treinta y cinco A (22B-35A), pero según la planilla de valorización, nomenclatura número veintiocho B treinta y cinco A (28B-35A)" de la urbanización "Las Américas";

b) Ocurrido el óbito de la anterior adjudicataria y abierto que fue su proceso sucesorio, Enrique Lester Camacho, quien estaba reconocido como heredero suyo en su calidad civil de hijo legítimo de la causante, mediante la Escritura pública *número 125 de 22 de enero de 1959*, otorgada en la misma Notaría Sexta e inscrita en el registro en febrero siguiente, transfirió a título de venta a favor de Amelia Moreno de Burbi "los derechos y acciones que tiene vinculados en los lotes números tres y catorce (3 y 14), del plano de la urbanización, protocolizado junto con la Escritura" número 537 antretitula, lotes que hacen "parte de la manzana treinta y cuatro (34) distinguidas en la nomenclatura con el número veintidós B treinta y cinco A (22B-35A)..."; y

c) Mediante la Escritura Pública número 185 *de 13 de febrero de 1978*, otorgada en la Notaría Dieciocho del mismo Círculo, Alfredo Camacho García, quien a la sazón había sido reconocido como heredero en la sucesión de su padre natural Alfredo Camacho de Groat, hijo de Viola de Groat de Camacho y como tal, heredero en la sucesión de ésta, cedió a favor de la sociedad "Inversiones Astorga Limitada", "el derecho de herencia que el compareciente tiene o le corresponde en las sucesiones *mortis causa* intestadas de Alfredo Camacho de Groat y de Viola de Groat...".

Segunda. Para deducir la presente acción reivindicatoria en nombre de la sucesión ilíquida de Viola de Groat viuda de Camacho la sociedad aquí actora invoca, como prueba del derecho de propiedad que alega, el primero y el tercero de los documentos escriturarios referidos, o sea, las Escrituras números 537 de 19 de abril de 1951 y 185 de 13 de febrero de 1978. Y demanda a Amelia Moreno de Burbi sindicándola de "poseedora material" de los terrenos, de quien dice que carece de "justo título y buena fe".

Sin desconocer la calidad de poseedora que desde la demanda se le atribuyó, en su contestación, la demandada aseveró que ella es propietaria de los referidos dos lotes de terreno, puesto que, dijo, mediante Escritura Nº 125 de 22 de enero de 1959 compró a Enrique Lester Camacho "las acciones y derechos" que a éste correspondían en la sucesión de su madre, "vinculados en los lotes 3 y 14 de la manzana 34 de la urbanización La Florida de esta ciudad".

Con apoyo en esta cardinal afirmación propuso, entre otras, las excepciones de prescripción extintiva, tanto ordinaria como extraordinaria, pues aseveró que viene poseyendo materialmente tales inmuebles desde hace más de veinte años, o sea desde el 22 de enero de 1959.

Tercera. Delanteramente observo que para deducir el error de hecho manifiesto y trascendente en que apoya la quiebra del fallo del Tribunal, la Sala de la Corte estima, y así lo asevera en su sentencia, que para oponerse a la reivindicación Amelia Moreno de Burbi no actúa como sucesora de la causante Viola de Groat, sino que *obra a nombre propio*...

Y que posteriormente en la sentencia de instancia, para rechazar la excepción de prescripción extintiva propuesta, se dice por la mayoría de la Sala que la demandada alega una posesión "y el título en que se apoya se refiere claramente a derechos de Enrique Lester Camacho en la sucesión de Viola de Camacho, o sea *con ello se estaría reconociendo un dominio originalmente ajeno y en comunidad con otros herederos citados indirectamente en ese mismo título*" (el subrayado es mío).

De tales argumentaciones me parece entender que a través de la sentencia de cuyas motivaciones y resolución me separo, la mayoría de la Sala imputa a la demandada dos categorías divergentes, para, con apoyo en cada una de ellas, tomar deducciones incoherentes e ilógicas: de un lado, se casa la sentencia al estimar que para oponerse a la reivindicación la demandada alega una posesión propia, sin título común con la demandante; de otro, se rechaza la prescripción al creer que no es poseedora, pues que si su tenencia la justifica con la Escritura número 125 de enero de 1959, "con ello estaría reconociendo un dominio originalmente ajeno y en comunidad con otros herederos".

En verdad que no alcanzo a comprender cómo, para decidir el litigio, la posición procesal asumida por la demandada se analice primera-

mente con absoluta independencia de la precitada Escritura número 125; y que luego, a renglón seguido, pero para alcanzar un efecto diferente, se estime esa posición como derivada del contenido de dicho título escriturario.

Cuarto. Para que el fallo guarde la necesaria coherencia, me parece que es indispensable que a la demandada de este proceso, antes de darle dos tratamientos antagónicos, sólo debe considerársele en una sola de esas dos situaciones apuntadas: o que alega una "posesión propia", puesto que *obra a nombre propio*, con abstracción de lo que la Escritura número 125 de 1959, indica; o que actúa como poseedora de una comunidad, los demás herederos de la sucesión de Viola de Groat, caso en el cual no es dado prescindir del contexto de dicho título escriturario.

Si lo primero, habría que advertir que como su posesión material arranca del 22 de enero de 1959, lo que parece encontrarse probado y aún aceptado, la prescripción extintiva extraordinaria de la acción se abriría paso, pues como tal no necesitaría título alguno; y si lo segundo, o sea si se la considera como poseedora de una comunidad, entonces tendría que deducirse, como lo dedujo a mi entender con lógica el *ad quem*, que tanto la demandante como la demandada "tienen a su haber títulos de igual naturaleza y eficacia jurídica", desde luego que así el de la una como el de la otra estaría en la compra de derechos hereditarios en la misma sucesión, y por lo mismo con un antecedente común que sería la Escritura de 1951, por la cual la causante de los derechos cedidos adquirió los inmuebles objeto de este proceso.

En verdad que, como con acierto lo apunta el Tribunal de Bogotá, "ninguno de estos documentos prevalece el uno sobre el otro, el último de los cuales tiene fecha anterior —Escritura 125 del 22 de enero de 1959— y los dos colocan a sus titulares en idéntica situación jurídica respecto del haber hereneial del *de cujus*...".

Quinta. En este orden de ideas no encuentro razón valedera que me impulse a creer que la escritura de la demandante, o sea la número 135 *de 13 de febrero de 1978*, contentiva de la cesión de los derechos hereditarios que a Alfredo Camacho García corresponden en la sucesión de Viola de Groat, habilite a esta cesionaria para reivindicar y asumir una posición de privilegio relativamente a la demandada, quien también es cesionaria de otros derechos herenciales en la misma sucesión, y cuyo título, la Escritura número 125 *de enero de 1959*, según la sentencia, no la habilita siquiera para alegar la prescripción extintiva.

Si el antecedente de estas dos escrituras es el mismo, pues el derecho se remonta a 1951, cuando la causante Viola de Groat lo adquirió mediante Escritura número 537; y si las dos contienen actos jurídicos de la misma naturaleza, cesión de derechos en la misma sucesión, no vislumbro la razón que justifique atribuirle tantísimos poder y efectos a la primera, y simultáneamente negárselos en forma absoluta a la segunda.

Conclusión. En razón de las anteriores breves apreciaciones, me aparto de los planteamientos hechos por la mayoría de la Sala respecto del despacho del recurso extraordinario, cuyas conclusiones deploro no compartir y por lo consiguiente salvo el voto.

Bogotá, D. E., 10 de agosto de 1981.

Humberto Murcia Ballén

FILIACION NATURAL

Aunque la concepción y el nacimiento de quien pretende obtener la declaración de filiación natural hayan tenido lugar durante la vigencia de la Ley 45 de 1936, la controversia debe ventilarse conforme a la ley que regía al instaurarse el proceso. Y como esta última —Ley 75 de 1968— no exige ya la estabilidad y notoriedad de las relaciones sexuales, la demandante no está obligada a probar que entre la madre y el presunto padre existieron relaciones con tales calificativos, aunque así lo hubiese afirmado tanto en la causa petendi como en el petitum.

EXCEPTIO PLURIUM CONSTUPRATORUM

Para su prosperidad deberá demostrarse que al menos una de las relaciones sexuales de la madre con el tercero tuvo lugar en cualquier fecha comprendida entre el inicio y la terminación de la época en que, conforme al artículo 92 del Código Civil, se presume que tuvo lugar la concepción.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Germán Giraldo Zuluaga.

Bogotá, D. E., 11 de agosto de 1981.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por Luis Carlos Bravo Escobar, contra la sentencia del 4 de septiembre de 1980, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario suscitado por el recurrente frente a la menor María Cristina Ospina.

I

Antecedentes

Amparo Ospina Toro y Luis Carlos Bravo Escobar, tenían relaciones de amistad que por los años de 1966 a 1968 se tornaron en íntimas, trato del que nació, el 6 de julio de 1967, María Cristina; como el presunto padre, tiempo después del nacimiento de la hija común, se desentendiera de sus obligaciones para con ésta, su madre, Amparo Ospina Toro, mediante demanda que fue admitida por el Juzgado Primero Civil de Menores de Medellín, el 2 de julio de 1973, llamó a proceso a Luis Carlos para que se le declarase padre natural de María Cristina y se le condenase a pagarle alimentos. Tramitada la causa y previa práctica de numerosas pruebas, algunas de las cuales fueron decretadas de oficio, el juzgado del conocimiento, en fallo de 23 de febrero de 1976, declaró la paternidad natural suplicada y decretó la pensión alimenticia en cuantía de $ 1.600 mensuales.

II

El presente litigio

1. En demanda ordinaria que fue admitida por auto del 11 de agosto de 1976, dictado por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín, Luis Carlos Bravo Escobar, en ejercicio de la acción de revisión, demandó a María Cristina Ospina, representada por Amparo Ospina, para que fuera revocada la sentencia condenatoria

mencionada que, el 23 de febrero anterior, había proferido el Juez Primero de menores.

2. La causa para pedir se hace consistir en que el proceso adelantado ante el juez de menores resulta violatorio "de los principios de preclusión y eventualidad y que también se dejó de lado el principio de perentoriedad de los términos judiciales", pues varias pruebas se practicaron después del vencimiento del término respectivo. Agrega el demandante que en la práctica de pruebas, el juez de menores desbordó sus facultades y que valoró erradamente las declaraciones de Javier Ochoa, Dora Luz Ramírez, Olga Inés Salazar, María Gilma del mismo apellido y Raúl Eduardo Agudelo, que debieron ser desechadas; que las declaraciones de parte del demandante Bravo Escobar fueron mal valoradas, pues se violó el principio de indivisibilidad de la confesión; que otras pruebas no fueron apreciadas, entre ellas la pericia médica; que, en fin, se declaró la paternidad natural sin que exista la prueba de alguna de las causas que permiten inferirla.

3. Con oposición expresa de la demandada y del curador *ad litem* que se le designó, se adelantó la primera instancia que culminó con fallo denegatorio de la revisión. Apelada esta providencia por el demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, previo decreto de prueba pericial en el laboratorio de genética del Instituto de Bienestar Familiar, para informar "si existe o no posibilidad de que la niña María Cristina, hija de Amparo Ospina Toro, haya sido concebida por la relación carnal de la madre con Luis Carlos Bravo Escobar"; profirió la sentencia del 4 de septiembre de 1980, por medio de la cual confirmó íntegramente la de primer grado.

III

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Al consignar sus conclusiones expresa el Tribunal que la declaración de paternidad natural ahora impugnada, se basó en la existencia de relaciones sexuales entre María Amparo Ospina y Luis Carlos Bravo Escobar, para cuando ocurrió la concepción de María Cristina Ospina, es decir en la época comprendida entre el 6 de septiembre de 1966 y el 6 de enero de 1967.

El Tribunal encuentra probado el trato carnal dicho, con apoyo en lo siguiente:

1º Al darse respuesta al hecho primero de la demanda presentada ante el juez de menores, el demandado Bravo Escobar violó el artículo 92 del Código de Procedimiento Civil, pues eludió contestar claramente si había tenido o no relaciones íntimas con Amparo de 1966 a 1968, lo cual constituye indicio en su contra, según lo que disponen los artículos 95 y 249 del Código de Procedimiento Civil. Hay pues indicio de que fueron verdaderas esas relaciones.

2º El demandado, al dar respuesta al hecho tercero de la misma demanda, confesó que él tuvo relaciones sexuales ocasionales con María Amparo Ospina desde antes de 1966, durante este año, en 1967, en 1968 y en los años subsiguientes, las que ésta tuvo también con otros hombres, "por lo cual —añade—, no puedo aceptar la paternidad que se me atribuye, sin que ella quede rigurosamente comprobada, lo cual le será imposible a la actora".

Encuentra el Tribunal que los hechos confesados no son indivisibles, pues la circunstancia de que el confesante afirma que las relaciones sexuales de Amparo durante esa época fueron con varios hombres, es hecho distinto que no guarda íntima conexión con su confesión de haberlas tenido él también; que, en tal situación, no se quebranta el artículo 200 *ibidem* por haberse tomado como prueba del trato sexual la confesión del demandado y haberse negado el mismo valor probatorio a su afirmación de que otros hombres, en la misma época, tuvieron con María Amparo relaciones de la misma estirpe.

3º Los declarantes Dora Luz Ramírez (Fl. 32), Olga Inés Salazar (Fl. 34) y Raúl Eduardo Agudelo (Fl. 49 Vto.), dicen que acompañaron a la pareja formada por Luis Carlos Bravo y Amparo Ospina a lugares de diversión desde 1966 a que los vieron allí juntos, estando ésta ya embarazada, lo cual reitera el testigo Agudelo en careo con Luis Carlos (Fls. 105 Vto. a 107).

4º Con las declaraciones de Olga Salazar (Fls. 34 Vto. y 35), María Gilma Salazar (Fl. 46), Raúl Eduardo Agudelo (Fls. 50 Vto. y 51 Vto.), Dora Luz Ramírez (Fl. 51) y Javier Ochoa (Fls. 87 y 90) da por demostrada al Tribunal la ayuda económica que Bravo Escobar prestó a Amparo Ospina durante el embarazo, el parto y después de éste, ya que aquél mensualmente suministraba a ésta una pensión en dinero, pagaba el arrendamiento de la casa que Amparo ocupaba a la sazón y dio dineros para la fiesta que se llevó a cabo con ocasión del bautizo de María Cristina, la hija.

3º Que está probado documentalmente, que, desde el 20 de abril de 1967, cuando ya Amparo se encontraba en estado de embarazo, Luis Carlos firmó como coarrendatario el contrato de arrendamiento celebrado por aquélla y éste con el Banco Central Hipotecario; dice el Tribunal que esto no fue una simple fianza, pues él pagó voluntariamente las mensualidades, para lo cual entregaba a Amparo el dinero suficiente, razón que permite rechazar la calificación que aquél hace en el sentido de que hizo los pagos porque Amparo se había constituido en mora. Si así hubiese sido, los pagos se hubieran hecho directamente al Banco.

6º Con la confesión del demandado encuentra acreditado el Tribunal que, durante la época de la preñez de Amparo, aquél tuvo con ésta relaciones íntimas; y con las declaraciones de Javier Ochoa, Dora Luz Ramírez e Inés Salazar halla demostrado que Luis Carlos visitaba a Amparo en su casa y que la aconsejaba para que soportara con esperanza las molestias del embarazo.

7º Finalmente expresa el Tribunal que con declaraciones testimoniales está acreditado que el presunto padre hizo significativos regalos a la niña María Cristina y que durante los dos primeros años de la existencia de ésta la trató con cariño paternal.

Pasa después el fallador a referirse a las críticas que se hacen a los declarantes, las que encuentra intrascendentes, ya que en nada desvirtúan la objetividad de los testimonios. Procede enseguida al análisis de los testimonios que, según lo alega el demandante, demostrarían que María Amparo Ospina habría tenido también relaciones sexuales con otros hombres para la precisa época en que fue concebida su hija María Cristina"; y después de estudiar ampliamente las declaraciones testimoniales de Horacio Vásquez Mejía (Fl. 14), Jesús Adolfo Gómez (Fl. 16), León Posada (Fl. 15 Vto.) y Luis Vásquez (Fl. 20 Vto.), el Tribunal llega a la siguiente conclusión:

De todo lo comentado se llega simplemente a la conclusión de que sólo con el señor Mauricio Arango cohabitó la madre natural. Ella misma lo reconoce a través de todo el proceso, y dice que cuando inició la vida con Luis Carlos Bravo ya había finalizado la amistad con el señor Arango desde hacía mucho tiempo. Este mismo individuo en su declaración rendida en la primera instancia coadyuva las manifestaciones de la señora Ospina (C. Nº 2, Fls. 18 y ss.).

"Que tal cosa es verdad resulta indiscutible, pues no hay siquiera un solo testigo que afirme haber visto a Amparo Ospina en compañía de Mauricio Arango a partir de 1965. En verdad, las declaraciones últimamente comentadas en algunos de sus apartes, refiérense a tal manceho, pero no están en condiciones de precisar la época, y por la manera como rinden su testimonio puede inferirse sin ambajes que ella cubre un tiempo anterior a 1964.

"A través de toda la controversia el procurador de Bravo Escobar pretendió establecer que la señora Ospina fue reputada siempre como de vida sexual pública, y que por tal circunstancia era llamada 'La Geisha'.

"Con indicios tan leves no es posible demostrar la cohabitación de esta señora con otros hombres durante el tiempo en que debió tener lugar la concepción".

Para cerrar sus comentarios, el *ad quem* hace esta final consideración:

"8º Prueba técnica. En el Juzgado Civil de Menores fue practicado un dictamen de peritos, quienes afirman que por los caracteres disímiles existentes entre el presunto padre y el hijo, no pudo ser éste engendrado por aquél. El peritaje fue objetado por error grave, se tramitaron las objeciones, pero no fue posible practicar otro experticio que fue pedido por el objetante.

"Pero tanto el juez de menores como el del Circuito menospreciaron esa prueba y se atuvieron a la otra que establecía con plena claridad ser Luis Carlos Bravo Escobar el padre de la menor. Esta Sala comparte las afirmaciones de aquellos funcionarios, y lo hace por ser el concepto de los expertos una prueba deficientemente practicada, y porque, en verdad, la otra que demuestra la relación padre-hijo es mucho más fuerte.

"A más de ello, con el propósito de alejar cualquier duda, esta Corporación exhortó al Instituto de Bienestar Familiar de Bogotá, para que por mediación de las dependencias especializadas practicasen exámenes a la madre, a la hija y al presunto padre.

"También se solicitó que esas mismas dependencias informasen 'si dados los medios que tuvieron a su alcance los peritos médicos Rafael Elejalde Salazar y César Augusto Giraldo al rendir el dictamen, las conclusiones a que llegaron gozan de alta posibilidad de acierto, o si por el contrario hay mucho riesgo de que se hubiesen equivocado' (C. Nº 5, Fl. 39).

"Luego de mucha espera y de reiterada insistencia, se pudo alcanzar la respuesta sólo del segundo punto, y así contestó el doctor Emilio Yunis Turbay, Jefe del Laboratorio de Genética de Bienestar Familiar, luego de analizar los elementos que tuvieron en cuenta y las posibilidades: 'Es muy difícil, para no decir imposible, tomar esos datos como marcadores genéticos de sí o no, más aún cuando de ninguna manera tienen esa categoría... En consecuencia, con todo lo anterior tengo que considerar que el peritazgo practicado, a más de insuficiente, de ninguna manera puede tomarse como excluyente de la paternidad del señor Luis Carlos Bravo Escobar en la menor María Cristina' (Fls. 58 y 59).

"El representante del demandado solicitó ampliación de ese informe, pero, decretado, fue imposible conseguirlo a pesar de la insistencia".

IV

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Dos cargos, con apoyo ambos en la causal primera, se enderezan contra la sentencia del Tribunal, los que se despacharán en el mismo orden de su proposición.

Cargo primero. Denuncia el censor aplicación indebida del ordinal 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, debido a errores en la apreciación y valoración de la prueba, así:

1. *Errores manifiestos de hecho en la apreciación de la prueba.*

a) Dice el censor que el Tribunal no examinó la demanda introductoria del proceso de paternidad natural adelantado ante el juez de menores, con lo cual pretirió el estudio de su contexto dejando de ver que tanto en la *causa petendi* como en el *petitum* se alega que las relaciones sexuales habidas entre María Amparo y Luis Carlos, fueron permanentes y estables desde 1966 hasta 1968, por lo cual, mas si se tiene de presente que tales hechos se dicen acaecidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 75 de 1968, "no se trataba tampoco de demostrar en el proceso que cualesquiera relaciones sexuales habían existido entre demandante y demandado";

b) Censura el recurrente al Tribunal por no haber examinado la diligencia de juramento que se ve a folios 4 y 5, en que Luis Carlos Bravo confesó haber tenido "en una época" relaciones sexuales "ocasionales" con María Amparo, no estables y permanentes, ni bajo un mismo techo;

c) En triple yerro endilga el impugnante al Tribunal por haber desfigurado el contenido objetivo de la contestación a la demanda (Fls. 5 y 6), pues si se exigió que el hecho de las relaciones sexuales permanentes y estables fuera probado, ello comporta cara negativa; en segundo lugar, del conjunto de respuestas a la demanda brota que Luis Carlos Bravo ciertamente negó los hechos en que ella se funda y, por último, se dio una inteligencia de que carece, a la respuesta al hecho primero;

d) Achácase al Tribunal error en la apreciación del escrito de respuesta a la demanda introductoria del proceso adelantado ante el juez de menores, ya que si Luis Carlos Bravo, al dar contestación al hecho 3º, afirmó que él no había tenido parte en la procreación de María Cristina, porque María Amparo, su madre, desde antes de 1966, durante este año y los de 1967 y 1968, "tuvo y ha tenido relaciones con muchas personas, inclusive conmigo, las que en mi caso tuvieron el simple carácter de ocasionales y, en todo caso, no estables ni permanentes, por lo cual no puedo aceptar la paternidad...", el Tribunal no podía deducir de esta confesión la prueba de trato sexual estable y permanente, que fue el afirmado en la demanda; que la respuesta al hecho sexto, respuesta que transcribe, la dejó de ver el Tribunal, pues allí se acepta que existieron esas relaciones, pero ocasionales, de 1966 a 1968, y no permanentes y estables del 6 de septiembre de 1966 al 6 de enero de 1967, como erradamente lo dedujo el Tribunal.

En resumen, dice el recurrente:

"Habiendo calificado don Luis Carlos Bravo las relaciones sexuales que acepta haber tenido con la demandante Amparo Ospina Toro en relación con su frecuencia, como relaciones simplemente ocasionales; y en relación con el tiempo, como colocadas dentro de un período que corre desde muy antes de 1966 y se extiende a los años subsiguientes a 1968, deja, sin embargo, el Tribunal de atender esta calificación tocante con el modo y tiempo de un solo hecho, las relaciones sexuales, para dividirla a su amaño y entenderlas precisamente colocadas en períodos distintos pero consecutivos, uno de los cuales es para el fallador, precisamente, el de la época en que se presume haberse realizado la concepción de la menor María Cristina Os-

pina, deducida esta época por la aplicación del artículo 92 del Código Civil".

Pasa luego la censura a denunciar errores de hecho en la apreciación de la prueba testimonial, pues encuentra que el *ad quem* los hizo decir a los testigos lo que no expresan, puesto que del dicho de éstos no puede deducirse que Luis Carlos Bravo tuvo, para la época de la concepción de María Cristina, trato carnal con María Amparo Ospina.

Finalmente, el censor endilga al Tribunal error de hecho en la apreciación de la prueba pericial, al dejar de apreciar el dictamen que se ve de folios 43 a 45, al compartir las razones que para rechazarlo expusieron el juez de menores y el *a quo*.

La Corte considera

1. Desde luego que la niña María Cristina Ospina, según se demuestra con la copia de su registro civil que se ve al folio 3 vuelto, cuaderno 1, nació el 6 de julio de 1967, su concepción tuvo necesariamente que ocurrir entre el 7 de enero del mismo año y el 10 de septiembre de 1966, conforme a la regla que consagra el artículo 92 del Código Civil, como quiera que la presunción de derecho allí establecida determina plazos de días y no de meses. En tales circunstancias, resulta evidente que aquélla nació y fue concebida durante la vigencia de la Ley 45 de 1936. Esta situación, empero, no obliga a que dicha ley rija para siempre toda relación jurídica que brote de la concepción o del nacimiento de María Cristina, ya que *tratándose de proceso en que se investigue la paternidad natural, la ley aplicable es la que esté vigente al momento de trabarse la relación jurídica procesal y no la que estaba en vigor cuando el hijo fue concebido o cuando nació.*

2. Si pues el auto admisorio de la demanda introductoria de este proceso se notificó en octubre de 1976, para cuando estaba vigiendo la Ley 75 de 1968 y si además el auto admisorio de la demanda de paternidad natural presentada ante el juez de menores, se notificó a Luis Carlos Bravo Escobar, en vigencia de esta misma Ley, síguese que uno y otro procesos debían desatarse con aplicación de ésta y no de la Ley 45 de 1936, que había cesado en su imperio para entonces.

3. La declaración judicial de paternidad natural que tanto una y otra leyes han autorizado cuando, para la época de la concepción del hijo demandante, han existido relaciones sexuales entre la madre de éste y el demandado, presunto padre, 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 sólo exige que haya existido trato carnal de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción del hijo, así estas 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.

En esto consistió una de las grandes reformas introducidas por la Ley 75 citada. En el pasado, acreditar simplemente relaciones sexuales entre un hombre y una mujer para la época de la concepción del hijo de éste, carecía de trascendencia, en orden a la declaración de paternidad natural, si al mismo tiempo no se aportaba prueba de que esas relaciones habían ocurrido de manera notoria y habían sido estables; faltando cualquiera de los requisitos de notoriedad o estabilidad, no podía hacerse la declaración judicial de paternidad natural. Desde el 1º de enero de 1969, por el contrario, siempre que sea aplicable la Ley 75 apuntada, la declaración debe hacerse con la simple prueba de que existieron relaciones sexuales, sin otro calificación.

4. Pues bien, aunque es verdad que en la demanda propuesta por María Amparo Ospina, en representación de su hija natural, se dijo que las relaciones de tipo sexual que aquélla afirmó haber tenido con Luis Carlos Bravo Escobar desde antes de 1966 y hasta 1968 fueron "estables y permanentes", esta calificación, por estar hoy borrada de los linderos legales, no obstante que se repitió tanto en la causa petendi como en el petitum, no obligaba a ser demostrada por la demandante, sobre quien sí pesaba la carga de acreditar la existencia de las relaciones sexuales, sin otro calificativo. La ley procesal ha declarado, en el artículo 177, que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los supuestos de

hecho, entonces, no son los que se afirmen en la causa petendi de la demanda inicial del proceso o en su petitum, sino los que comporte la norma legal respectiva.

De consiguiente, en la especie de esta litis, aunque en la demanda en que se solicitó la declaración de paternidad natural se expresó que las relaciones sexuales entre María Amparo y Luis Carlos habían sido "estables y permanentes" y aunque para cuando María Cristina fue concebida y nació regía la Ley 45 de 1936, a la demandante incumbía, por haberse tramitado el proceso durante la vigencia de la Ley 75 de 1968, probar los supuestos de hecho del numeral 4º del artículo 6º de esta última ley, entre los que no se encuentran los de estabilidad y permanencia de las relaciones sexuales invocadas como fundamento para una declaración de paternidad natural.

Brota de todo lo anterior la inconsistencia del primer cargo, cuyo punto de partida, según lo expresa el recurrente al final del folio 14 del cuaderno de la Corte, fue la omisión manifiesta del Tribunal, al dejar de ver que en la demanda se afirmó, como supuesto de la pretensión, la existencia de relaciones sexuales *permanentes y estables*.

5. Pero conviene agregar que no es contraevidente la conclusión combatida del Tribunal, sino armónica y lógica, teniendo de presente que Luis Carlos Bravo Escobar, al responder al hecho 3º de la demanda, relativo a que desde el año de 1966, hasta el de 1968, inclusive, María Amparo Ospina sostuvo con él "relaciones amorosas, sexuales, estables y permanentes", y que como obligada consecuencia de éstas, el 6 de julio de 1967 nació María Cristina, procreada por ellos, contestó al folio 5: "Al hecho 3º. Es cierto el nacimiento de la niña mencionada; pero es falso que yo hubiera intervenido en su procreación, pues la demandante, muy antes del año de 1966; durante este año y en 1967 y 1968, y en los años subsiguientes, tuvo y ha tenido relaciones con muchas personas, inclusive conmigo, las que en mi caso tuvieron el simple carácter de ocasionales, y, en todo caso, no estables ni permanentes, por lo cual no puedo aceptar la paternidad que se me atribuye, sin que ella quede rigurosamente comprobada, lo que le será imposible a la actora".

Y si se recuerda que Bravo Escobar, al ser preguntado bajo juramento por el juez de menores (Fl. 1 vto.) sobre la naturaleza de las relaciones que había tenido con María Amparo Ospina, respondió: "En una época tuve relaciones sexuales ocasionales con dicha señorita, relaciones que ella mantenía además con otras personas cuyos nombres no recuerdo en este momento, pero que estoy dispuesto a suministrar en otra oportunidad", debe convenirse que el Tribunal no cometió yerro alguno cuando dedujo que en la época de la concepción de María Cristina, Amparo y Luis Carlos tuvieron relaciones de tipo sexual, las que, de otro lado, el Tribunal nunca ha afirmado que fueran estables y permanentes.

6. Quedando, entonces, en pie la prueba de confesión, el ataque dirigido contra las declaraciones testimoniales resulta inocuo, pues aun en el caso de prosperar, no tendría trascendencia desde luego que las relaciones de tipo carnal seguirían soportadas en la prueba de confesión.

7. Finalmente, es conveniente precisar que el Tribunal, para restar toda fuerza de convicción al dictamen pericial de los médicos Elejalde y Giraldo, tuvo dos soportes: las deficiencias observadas en su práctica y el dictamen del jefe del laboratorio de genética del Instituto de Bienestar Familiar, quien conceptuó que el dictamen practicado, "a más de insuficiente, de ninguna manera puede tomarse como excluyente de la paternidad del señor Luis Carlos Bravo Escobar en la menor María Cristina". Pues bien, este último soporte del Tribunal no fue siquiera mencionado por el impugnante y menos combatido, por lo cual no puede salir airoso el ataque relativo a esa prueba técnica.

Este primer cargo, por ende, no prospera.

Segundo cargo

El censor en esta impugnación, endilga al Tribunal la comisión de error evidente de hecho, "al haber dejado de apreciar la confesión rendida por la señora Amparo Ospina Toro y conforme a la cual tuvo relaciones sexuales con muchos hombres durante el período en que puede presumirse la concepción, error que lo llevó a no encontrar demostrada la *exceptio plurium concumbentium*", lo que lo llevó a aplicar indebidamente el artículo 6º, numeral 4º, incisos 1º y 2º de la Ley 75 de 1968 y a dejar de aplicar el inciso 3º de la misma norma.

Expresa el recurrente que está de acuerdo con el Tribunal en que la afirmación de Luis Carlos Bravo Escobar, relativa a que durante la época de la concepción de María Cristina, la madre de ésta tuvo relaciones sexuales con otros

hombres, "no cualifica su confesión, sino que la hace compuesta y, por tanto, en este aspecto tan sólo permite su división"; que, sin embargo, la prueba de tal excepción no consiste en la confesión de Luis Carlos sino en la propia confesión de Amparo Ospina que el Tribunal no tuvo en cuenta por no haberla visto.

Dice el impugnante que a folios 29 vuelto del cuaderno principal, se ve la diligencia de interrogatorio de parte absuelta por Amparo Ospina, quien, al preguntarle Luis Carlos Bravo: "Cómo es cierto, sí o no, y yo afirmo que sí, que usted ha mantenido relaciones sexuales con varios hombres y en diversas oportunidades en los años anteriores y posteriores (a) 1966?, respondió: "Sí; que lo anterior constituye la prueba de la *exceptio plurium* que el Tribunal no reconoció, por no haberla visto.

La Corte considera

Basta leer con cuidado la pregunta que le fue formulada a la absolvente para concluir que su respuesta, ni por asomo, tiene la extensión que le da el recurrente. Obsérvese que en la pregunta, de manera muy clara se excluyó todo el año de 1966, puesto que se inquirió a la absolvente sobre los hechos realizados en los años anteriores a 1966 y posteriores a ese mismo año, es decir, que del lapso total quedó excluido el año de 1966.

Tácitamente, como se desprende de otras de las preguntas formuladas por Luis Carlos Bravo en el interrogatorio mencionado, éste acepta que durante el año de 1966, Amparo sólo tuvo relaciones de tipo sexual con él.

La respuesta afirmativa de la absolvente, pues, sólo puede entenderse como que ella, antes de 1966 y después de este año, tuvo relaciones con varios hombres, que luego precisa fueron Luis Carlos Bravo Escobar y Mauricio Arango, puntualizando que con este último sus relaciones se llevaron a cabo de 1960 a 1965. Nada permite, en sana lógica, concluir que Amparo haya aceptado que tuvo relaciones con persona distinta a Luis Carlos Bravo del 10 de septiembre de 1966 a enero 7 de 1967, lapso que constituye la época en que fue concebida María Cristina, desde luego que se demostró haber nacido el 6 de julio de 1967.

Como quiere que la prosperidad de la exceptio plurium constupratorum *está condicionada a la prueba plena de que la madre del hijo demandante, "durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, la doctrina jurisprudencial ha exigido que el demandado excepcionante acredite que esos contubernios múltiples acaecieron señaladamente en cualquiera de los días comprendidos entre el inicio de la época de la concepción y su fin. No basta demostrar, por ende, que la madre tuvo relaciones sexuales con otro hombre en el año en que la concepción se inició o en aquél en que tuvo fin; indispensable es que se precise el tiempo de su ocurrencia, de tal modo que no quede duda en cuanto a que, al menos una de las relaciones sexuales habidas con el tercero, tuvo lugar en cualquiera de los días transcurridos entre el principio y el fin de la época en que, con presunción de derecho, tuvo que ocurrir la concepción del hijo demandante (artículos 6º, numeral 4º, inciso final, de la Ley 75 de 1968, y 92 del Código Civil.*

Para reconocer la mencionada excepción, como ya lo ha dicho la Corte, necesítase prueba plena de que el trato carnal con el tercero ocurrió precisamente en la época de la concepción y no en tiempo posterior o anterior, y que, en el punto, es suficiente la menor duda para que no sea posible al fallador acceder al reconocimiento de esa excepción.

Viene de todo lo anterior, como lógica conclusión, que aunque el Tribunal hubiese podido haber incurrido en el error que se le atribuye de haber pasado por alto el interrogatorio absuelto por Amparo Ospina, resultaría que tal preterición de prueba sería intrascendente.

Por lo dicho, el segundo cargo tampoco puede prosperar.

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, NO CASA la sentencia de cuatro de septiembre de mil novecientos ochenta, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso, suscitado por Luis Carlos Bravo Escobar frente a María Cristina Ospina.

Costas a cargo de la parte recurrente en casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

PACTO DE RETROVENTA

En qué consiste. El derecho de rescate debe ejercerlo el vendedor dentro del plazo legal o convencional. Este último puede prorrogarse sin sobrepasar el primero. Tanto la prórroga como su duración deben estar claramente determinados en beneficio de terceros, quienes no pueden quedar sujetos a posteriores acuerdos de las partes ni a la sorpresa de contraestipulaciones en esta materia.

El vendedor debe dar aviso al comprador con seis meses de antelación en tratándose de bienes raíces, que ejercitará su derecho de recobrar la cosa.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Alberto Ospina Botero.

Bogotá, D. E., 17 de agosto de 1981.

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por dos de los demandados contra la sentencia de 6 de noviembre de 1980, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el proceso ordinario de Julia Gutiérrez de León contra Arcesio de Jesús Castro Ahumada y otros.

Antecedentes

I. Por demanda presentada el 2 de marzo de 1979, solicitó la mencionada demandante que con audiencia de Fernando Antonio Martínez, Arcesio de Jesús Castro Ahumada y María Agustina Calvo de Agudelo, se hicieran los pronunciamientos siguientes:

a) Que la demandante tiene en su favor el derecho de recobrar la cosa vendida, por haber hecho valer, dentro del término legal, el pacto de retroventa celebrado con Fernando Antonio Martínez Cervantes, de que da cuenta la Escritura pública número 638 de 23 de agosto de 1976, de la Notaría Pública del Círculo de Soledad;

b) Que quedan resueltos los contratos de compraventa celebrados entre Fernando Antonio Martínez Cervantes y Arcesio de Jesús Castro Ahumada, y entre este último y María Agustina Calvo de Agudelo, contenidos en las Escrituras públicas números 467 de 4 de agosto de 1977 de la Notaría Pública de Soledad, y 203 de 10 de febrero de 1978, de la Notaría Cuarta del Círculo de Barranquilla, respectivamente;

c) Que se disponga la cancelación de las escrituras mencionadas y el registro de las mismas;

d) Que se condene a la demandada María Agustina Calvo de Agudelo a restituir a la demandante el bien raíz descrito en la demanda;

e) Que se condene al demandado Fernando Antonio Martínez Cervantes a pagar a la demandante el valor de los perjuicios que le causó "el incumplimiento de aquél".

II. Como supuestos de hecho en que la demandante apoya sus pretensiones, refiere los siguientes:

a) Por Escritura pública número 638 de 23 de agosto de 1976, de la Notaría Pública del Círculo de Soledad, la demandante Julia Gutiérrez de De León dio en venta a Fernando Antonio Martínez Cervantes el bien raíz de que trata el hecho primero de la demanda;

b) En la cláusula primera de la mencionada escritura se acordó que "la venta quedaba sometida a pacto de retroventa", a pesar de lo

cual el demandado Fernando Antonio Martínez no ha cumplido con tales estipulaciones:

c) La demandante Gutiérrez de De León ha requerido judicialmente al demandado Martínez Cervantes, "manifestándole su deseo de hacer efectiva la readquisición del inmueble, lo cual se pone de presente con el auto de 23 de agosto de 1977, proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Soledad, con fundamento en lo previsto por el artículo 1943 del Código Civil y por los avisos que en igual sentido se le hicieron llegar al demandado, por el mismo Juzgado, los días 26 de agosto y 2 de septiembre de 1977";

d) El demandado Fernando Antonio Martínez Cervantes, de mala fe, incumplió el pacto de retroventa al haber enajenado el inmueble a Arcesio de Jesús Castro Ahumada, como consta en la Escritura pública 467 de 4 de agosto de 1977, de la Notaría Pública del Círculo de Soledad. Este último adquirente, a su vez, le vendió a María Agustina Calvo de Agudelo, según se desprende de la Escritura pública número 208 de 10 de febrero de 1978, de la Notaría Cuarta del Círculo de Barranquilla;

e) La demandante está dispuesta a pagarle al demandado Martínez Cervantes la suma de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00), "por concepto de la retroventa";

f) De acuerdo con los artículos 1548 y 1541 del Código Civil, a la libelista Gutiérrez de De León le asiste el derecho para demandar de Martínez Cervantes la restitución del inmueble con indemnización de perjuicios como "también la resolución de los contratos celebrados con posterioridad a la venta con pacto de retroventa".

III. Los demandados respondieron en el sentido de admitir algunos hechos y de negar los restantes, por lo que terminaron con oposición a las súplicas de la demanda.

IV. La primera instancia, terminó con sentencia de 10 de junio de 1980, adversa a la demandante, lo que dio lugar a que ésta interpusiera el recurso de apelación, habiendo terminado la segunda instancia con fallo de 6 de noviembre del mismo año, mediante el cual se revocó el proferido por el *a quo* y se despacharon favorablemente las súplicas de la demanda. Contra esta decisión, interpusieron el recurso extraordinario de casación dos de los demandados.

La sentencia del Tribunal

Una vez que el *ad quem* refiere los antecedentes del litigio y, expresa, con fundamento en el artículo 1939 del Código Civil, en qué consiste el pacto de retroventa, se ocupa de los medios de convicción y en esta labor sostiene que "consta en autos, no sólo porque fue aceptado por la parte demandada sino por medio de la Escritura pública 638 de la Notaría Única de Soledad y el certificado de tradición, que fue adjuntado a la demanda, que la señora Julia Gutiérrez de De León le vendió con pacto de retroventa al señor Antonio Martínez Cervantes el inmueble de este proceso. En el contrato contenido en los documentos antes mencionados, se estipuló que el término de duración de la convención sería de seis (6) meses prorrogables a partir de la fecha, o sea del 23 de agosto de 1976. Por consiguiente, el deudor en retrovender, es decir, el señor Fernando Antonio Martínez Cervantes, comprador del inmueble, tenía que expresarle a la vendedora, señora Julia Gutiérrez de De León, que no prorrogaba el contrato y como no lo hizo, se amplió la duración del negocio jurídico por otros seis (6) meses, según lo establece el artículo 1943 del Código Civil. Como puede observarse, al quedar prorrogado el contrato, la nueva fecha se extendía hasta el 23 de agosto de 1977 y, como la demandante requirió al demandado para que le retrovendiera, su petición fue oportuna y no extemporánea, como dice la funcionaria de primer grado".

En seguida afirma el Tribunal que en relación con los demandados Arcesio Castro Ahumada y María Agustina Calvo de Agudelo, terceros respecto del contrato de venta con pacto de retroventa, se les aplica lo que disponen los artículos 1940 y 1548 del Código Civil, o sea, si dichos demandados, "como personas prudentes y diligentes iban a comprar el inmueble, que se reclama en este proceso, tenían que acercarse a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos a sacar el certificado de tradición y, ya con ese documento en sus manos, cerciorarse de la situación jurídica del bien que pensaban adquirir, es decir, estos señores no están cobijados por la buena fe de que habla el artículo 1548 del Código Civil, ya que la condición resolutoria consta en los títulos por medio de los cuales la demandante le vendió con pacto de retroventa a uno de los demandados".

Por último, el sentenciador de segundo grado afirma que en lo atinente con la reclamación de perjuicios, tal súplica sí no se abre paso.

El recurso de casación

Dos cargos, ambos por la causal primera, formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, de los cuales se despachará el primero, por estar llamado a prosperar.

Cargo primero

Lo hace consistir en quebranto directo del artículo 1948 del Código Civil, por interpretación errónea.

Comienza el recurrente por transcribir algunos pasajes del fallo acusado, luego de lo cual dice que el *ad quem* desacertó en la determinación del sentido y alcance del artículo 1943, como quiera que este precepto expresa que el tiempo máximo para intentar la acción derivada del pacto de retroventa es de cuatro años, contados desde la fecha del contrato, y que el comprador "tiene derecho en todo caso a que el vendedor le dé noticia anticipada que no será inferior a seis (6) meses, en tratándose de inmuebles, de que recuperará el bien vendido". Por tanto, "se tiene que es el vendedor quien tiene la obligación de dar aviso anticipado al comprador de que no prorrogará el contrato" y no lo contrario, como desacertadamente lo dijo el Tribunal.

Después de transcribir un tratadista de derecho civil, el censor concluye que el demandado Fernando A. Martínez Cervantes "no tenía por qué avisar a la compradora, previamente, su intención de no prorrogar el contrato".

Se considera

1. La venta, según lo establece expresamente la ley, puede ser pura y simple o, por el contrario, puede ser objeto de modalidades, entre ellas, la de quedar sujeta a condición suspensiva o resolutoria (artículo 1963 del C. C.). Por tal virtud, dentro de los pactos autorizados legalmente y dentro de la soberanía contractual, puede el vendedor en una convención de compraventa reservarse el derecho de recobrar la cosa vendida, restituyendo al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o, en defecto de esta estipulación, lo que haya costado la compra (Art. 1939 del C. C.).

2. Cuando así ocurre, las partes han convenido, como accesoria de la venta, el denominado pacto de retroventa, que en otros términos, según doctrina reiterada de tratadistas y de la Corte, no pasa de ser una condición resolutoria expresa que, cuando falla, determina que la venta se convierta en pura y simple, y que cuando ocurre o se efectúa, extingue los derechos del comprador y las cosas vuelven al estado que antes tenían. "El pacto de retroventa —tiene sentado la jurisprudencia de la Corte— no es sino una venta sujeta a una condición resolutoria potestativa del vendedor, consistente en el cumplimiento del evento de restituir el dinero estipulado dentro de determinado plazo, a términos que si así sucediere, se recobra ipso facto el dominio de lo vendido y, en caso contrario, tiene como virtualidad la consolidación en favor del comprador sin más formalidades" (Cas. Civ. de 13 de agosto de 1940, T. XLIX, 821; 1º de junio de 1952, T. LXXII, 503; 1º de octubre de 1977, aún no publicada).

3. Si el vendedor pretende ejercitar su derecho de rescate o restitución de lo vendido con pacto de retroventa, debe hacerlo oportunamente, esto es, dentro del plazo convencional o legal. Precisamente el artículo 1943 del Código Civil, establece que "el tiempo en que se podrá intentar la acción de retroventa no podrá pasar de cuatro años contados desde la fecha del contrato". Con todo, las partes están en libertad de fijar un plazo, con tal de que no traspase el legal, o sea, están autorizadas para señalar uno menor o igual al legal, pero nunca que exceda a éste. Nada impide, respecto del plazo convencional, que las partes de común acuerdo lo prorroguen, siempre que al actuar así no excedan del fijado por la ley.

4. Ahora bien, cuando las partes acuerdan la posibilidad de prórroga del plazo en la retroventa, tanto el pacto de prórroga como la fijación del período de la misma deben aparecer claramente determinados en el contrato, como quiera que los terceros de buena fe no pueden quedar al albur de posteriores acuerdos de las partes, o a que se les sorprenda con contraestipulaciones o prórrogas de plazos no conocidos. Es apenas obvio que el legislador hubiera establecido, entonces, que el "pacto de retroventa, en sus efectos contra terceros, se sujeta a lo dispuesto en los artículos 1547 y 1548" (Art. 1940 del C. C.), lo cual se traduce en que la resolución del contrato de compraventa sólo afecta a los terceros de mala fe.

Por otra parte, como lo tiene declarado la doctrina, cuando se habla de que el plazo es

prorrogable, "la prórroga tiene que ser objeto de nuevo acuerdo" (G. J. 1894, 336).

5. Se dijo atrás que el vendedor debía invocar el pacto de retroventa en tiempo oportuno, o sea, dentro del término convencional o legal, según el caso. Empero, para que el vendedor pueda ejercitar su derecho de recobrar la cosa, debe avisar al comprador con la debida anticipación, esto es, con seis meses de antelación, si se trata de bienes raíces, y con quince días, si se trata de bienes muebles. Este aviso, según el artículo 1943 del Código Civil, lo debe dar el vendedor al comprador y no lo contrario. Además, resulta superfluo cuando el término convencional dentro del cual debe ejercerse el pacto de retroventa, no excede al legalmente señalado para el aviso previo.

6. No dice, entonces, el precepto antes mencionado que el aviso previo debe darlo el comprador al vendedor, ni que cuando se acuerda prórroga del plazo convencional le corresponda unilateralmente al comprador expresarle al vendedor su intención de prorrogar o no. La disposición, como lo tiene sentado la doctrina de la Corte, consagra a favor del comprador el derecho de que el vendedor le dé noticia anticipada de que va a ejercer el recobro de la cosa vendida (Cas. Civ. de 17 de marzo de 1933, 218; 13 de agosto de 1940, 831).

7. Por consiguiente, como el Tribunal le dio al precepto en mención una inteligencia o alcance que no tiene, el cargo prospera, y, de consiguiente, la sentencia debe ser infirmada para sustituirla por la correspondiente decisión.

Sentencia de instancia

1. Cuando el plazo convencional o legal expira sin que el vendedor haya hecho uso de la facultad o derecho que le confiere el pacto de retroventa, se tiene que la condición resolutoria que pesaba sobre el derecho del adquirente queda fallida y, por tanto, el comprador consolida definitivamente su derecho, o sea, de dueño sujeto a condición se transforma en dueño puro y simple.

2. De conformidad con los medios de convicción, resulta: a) que la demandante Julia Gutiérrez de De León dio en venta a Fernando Antonio Martínez, con pacto de retroventa, con plazo de 6 meses, el bien raíz de que trata la demanda, todo lo cual se pone de manifiesto con la Escritura pública número 638 de 23 de agosto de 1976; b) también se estipuló la posibilidad de la prórroga del plazo; c) vencido el plazo fijado en la mencionada escritura, no aparece prueba ni de que se hubiera prorrogado, ni de que la vendedora demandante hubiera ejercitado oportunamente el derecho derivado del pacto de retroventa; d) con posterioridad a la extinción del plazo, el demandado Fernando Antonio Martínez, por haber consolidado definitivamente su derecho de dominio, procedió a vender el bien raíz a Arcesio de Jesús Castro Alhumada, quien a su vez vendió el mismo bien a María Agustina Calvo de Agudelo, pues de todo esto dan fe la Escrituras públicas números 467 de 4 de agosto de 1977, de la Notaría del Círculo de Soledad, y 203 de 10 de febrero de 1978, de la Notaría Cuarta del Círculo de Barranquilla.

3. Como la demandante dejó vencer el plazo convencional sin ejercitar la facultad que le concedía el pacto de retroventa, se concluye que no proceden las súplicas contenidas en la demanda. Y, como a esta misma conclusión llegó el fallador de primer grado, habrá de confirmarse su decisión.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 6 de noviembre de 1980, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y, actuando como Tribunal de instancia, confirma la pronunciada por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Barranquilla, de fecha 10 de junio de 1980.

Las costas de la segunda instancia corren de cargo de la parte demandante.

Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

ESTADO CIVIL - ACTAS DE REGISTRO

Su unidad es principio indiscutible, aunque atemperado, por vía de excepción, por su inoponibilidad, frente a terceros antes de su registro, cuando el conflicto versa exclusivamente sobre el estado civil en discusión o sobre sus consecuencias directas.

Si la acción ejercida es la de filiación natural frente a los herederos del presunto padre, la prueba de la relación materno filial tiene por objeto establecer la identidad entre la madre y la mujer con quien el causante tuvo las relaciones de las cuales es fruto el demandante, y no el de demostrar el estado civil de éste frente a la madre, punto que no se debate: es apenas elemento de la causa petendi y no del petitum.

Efecto retrospectivo del asentimiento de las actas; éstas no carecen de eficacia por haberse sentado con posterioridad a la formación del vínculo jurídico-procesal, si fueron aportadas legalmente, antes de proferirse la sentencia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Ernesto Gamboa Alvarez.

Bogotá, D. E., 29 de agosto de 1981.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 29 de septiembre de 1980, dictada por el Tribunal Superior de Manizales en este proceso ordinario de Luz Graciela Urrea de Chávez, contra los herederos de Ricardo Márquez Bedoya.

El litigio

1. En demanda del 4 de julio de 1977, luego reformada y que finalmente fue admitida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Manizales, Luz Graciela Urrea trajo a juicio ordinario a los numerosos herederos de Ricardo Márquez Bedoya, que aparecen relacionados en el libelo, con el fin de obtener se la declare hija natural del fallecido Ricardo Márquez Bedoya, con derecho a que se le adjudique la herencia del causante en la proporción señalada por la ley; que los demandados, quienes han sido reconocidos como herederos de Márquez, le restituyan después de ejecutoriada la sentencia, los bienes, derechos y acciones que le correspondan a la demandante, en su calidad de hija natural del causante y dentro del respectivo proceso sucesoral; que así mismo los demandados le paguen el valor de los frutos naturales y civiles de los bienes objeto de la petición de herencia y que éstos hubieren producido estando en poder de los demandados, junto con las costas del proceso; y que la sentencia se inscriba en las notarías correspondientes.

2. La demandante estructuró su causa para pedir en los hechos que así se resumen:

a) Ricardo Márquez Bedoya murió soltero en Manizales el 14 de diciembre de 1976, el proceso de su sucesión cursa en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esa ciudad y en él los demandados han sido reconocidos como herederos del causante;

b) Dichos herederos ahora demandados son: Samuel, Griselda, Inés, Anatilde, Hernando, Gerardo y Rigoberto Márquez Bedoya; Isabel Márquez Saraza; Aurelio, Darío, Ofelia, Olga, Gustavo, Esperanza y Fabiola Márquez Hincapié; y Aurelio, Hernán, Griselda, Alba, Humberto, Marina y Nohemy Gómez Márquez;

c) Luz Graciela Urrea nació el 8 de diciembre de 1939 y Ricardo Márquez Bedoya, antes de recibir su título de Abogado conoció en Bogotá por los años 1938 y 1939 a Rosa Urrea Beltrán,

madre de la demandante y quien trabajaba en la casa donde vivía Márquez Bedoya;

d) A través de ese conocimiento surgieron relaciones amorosas y sexuales entre Rosa y Ricardo, a consecuencia de las cuales Rosa quedó embarazada; Márquez, enterado de esa situación, sacó a Rosa de la casa en donde la había conocido y la llevó a vivir bajo su protección, pagando el alquiler de la pieza y suministrándole lo necesario tanto en materia de vestidos como de alimentación, lo mismo que prodigándole cuidados durante el embarazo, a casa de Soledad Castro Forero, lo que sucedió en 1939, y allí convivieron los amantes hasta poco antes del parto, pues cuando la familia de Rosa se enteró de su embarazo la llevó fuera de Bogotá, y en diciembre de 1939, el día 8, nació de Rosa una niña, que es la demandante y a quien se le dio el nombre de Luz Graciela;

e) Aun cuando Márquez Bedoya no estuvo presente en el parto y también se alejó de Bogotá, después de obtener su título profesional, con posterioridad recibió carta de Rosa dándole razón de su vida y de su hija, y por intermedio de Edgar Urrea Pérez, su amigo e ingeniero al servicio oficial, Márquez indagó por madre e hija y con dicho profesional le envió dinero a la menor y admitió ser el padre de ella, versión que confirmó delante de otras personas en repetidas ocasiones.

3. Con oposición de los demandados, quienes negaron en lo fundamental los hechos básicos de las pretensiones de la demandante, se trabó el debate y, después de allegadas las pruebas y alegaciones de las partes, amén de pruebas oficiosas decretadas por el juzgado, se cerró la primera instancia con fallo de 15 de octubre de 1979, que acogió las súplicas de la demanda, excepto en lo relativo a restitución de bienes y frutos por considerar que los demandados no estaban disfrutando de los bienes relictos.

Y por apelación de ambas partes se abrió la segunda instancia ante el Tribunal Superior de Manizales, en donde se clausuró con sentencia del 29 de septiembre de 1980, que revocó la del inferior y, en cambio, negó las peticiones de la demandante, sentencia contra la cual ésta interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

Las motivaciones del fallo impugnado

1. A modo de preámbulo el sentenciador se dedica extensamente a analizar lo relativo a la preceptiva general sobre pruebas de oficio o a petición de parte y, en particular, a mencionar que en la primera instancia el proceso entró al despacho para fallo el 17 de mayo de 1978 y 8 días después el apoderado de la parte demandante presentó copia de la inscripción del registro civil de nacimiento de Luz Graciela Urrea, expedida por la alcaldía municipal de Ubalá, que le fue devuelta por la secretaría del juzgado por no poderla pasar al despacho del juez, pues el proceso ya se encontraba para sentencia. Pero luego el mismo secretario, 3 días más tarde, aceptó pasar tal copia, junto con el memorial que la anunciaba, al despacho del juez "previa conversación entre el señor abogado que presenta la anterior solicitud y el señor juez, según instrucción de éste".

Anota que posteriormente el juzgado decretó como prueba de oficio la incorporación de la mencionada acta de registro del estado civil "contraviniendo expresos ordenamientos, y lo que es peor, a sabiendas, puesto que las constancias secretariales permiten deducir que el señor juez estaba impuesto de la prohibición del artículo 408 del Código de Procedimiento Civil".

Y continúa el Tribunal diciendo que en el caso *sub lite* la capacidad inquisitiva del juez y su independencia y autonomía para decretar pruebas de oficio no se configuran, pues "aparece el fallador manejado por una de las partes para agregar al reenvío una prueba que ésta dejó de incorporar oportunamente", de donde concluye que para lograr tal resultado tanto el juez como el abogado violaron a sabiendas un ordenamiento legal.

2. Pero aun siendo esta la situación de la primera instancia, ya para la segunda ese estado de cosas ha variado para el sentenciador porque, no obstante lo relatado, el decreto de pruebas de oficio no está sujeto a revisión alguna, motivo por el cual la prueba en cuestión debe ser tenida como legalmente incorporada y en consecuencia "debe procederse a su valoración que, por el contrario de lo considerado en primera instancia, y a la calidad de prueba única del estado civil que ostenta, no produce los efectos que el juez del conocimiento le dedujo".

Con ese propósito, pasa a comentar que el artículo 107 del Decreto 1260 de 1970, establece que "por regla general ningún *hecho*, acto o providencia relativo al estado civil o a la capacidad de las personas y sujeto a registro, surtirá efecto respecto de terceros, sino desde la fecha del registro o inscripción".

Y como la inscripción en tal registro, que es el relativo al nacimiento de la demandante como hija natural de Rosa, sólo se hizo el 22 de mayo de 1979, "de igual manera debe concluirse que el hecho del nacimiento sólo le es oponible a los demandados en este proceso desde esa fecha, y por lo mismo no lo era al momento de incoarse el proceso o de trabarse la relación procesal"; cuando cada uno de los demandados al contestar la demanda sostiene que hay allí: 'carencia de legitimación en causa' (folios 51 v. y otros), les asiste la razón, porque en ese momento, el de la contestación de la demanda, a ellos no les era oponible el nacimiento de la actora". Agrega que no puede sostenerse que los hechos de la demanda llegaron a ser ciertos en determinado momento, cuando al trabarse la relación procesal no lo eran, "porque ello equivaldría a filiación natural la deducción anterior es si se quiere más justificada, porque como se sabe, los efectos patrimoniales de la filiación natural caducan a los dos años de la muerte del presunto padre natural, que en este caso ocurrió el 14 de diciembre de 1976. Sería un absurdo jurídico que aquellos efectos pudieran sobrevivir, no obstante que el hecho del nacimiento únicamente les sea (sic) oponibles a terceros dos años y medio después de la muerte del presunto padre natural".

3. Y finaliza afirmando que las anteriores consideraciones son suficientes para infirmar la sentencia apelada, pues la demandante no estaba legitimada en la causa al momento de demandar y esta legitimación no puede configurarse en virtud de una calidad sobreviniente, de donde concluye revocando el fallo apelado para, en su lugar, no acceder a las súplicas de la demanda, fallo contra el cual la parte demandante interpuso el recurso de casación que ahora ocupa a la Corte.

La demanda de casación

Trae dos cargos, ambos enmarcados en la primera causal y que, por estar llamado a prosperar el segundo, a él contrae la Corte su estudio y decisión.

Segundo cargo. En él se acusa la sentencia como violatoria del artículo 107 del Decreto 1260 de 1970 por interpretación errónea; y de los artículos 1º y 20 de la Ley 45 de 1936; 6º numeral 4º y 10 de la Ley 75 de 1968; y 1321 a 1323 y 961 y siguientes del Código Civil, por falta de aplicación.

La acusación se desenvuelve así:

1. Aun partiendo del supuesto de que el numeral 4º del artículo 6 de la Ley 75 de 1968, exigiera la prueba del estado civil -maternidad- del demandante y, por consiguiente, tratándose de un nacimiento ocurrido después de estar en vigencia la Ley 92 de 1938 y que por tanto debiera demostrarse exclusivamente con copia o certificado del registro civil, la apreciación del Tribunal, pese a no formular objeción al mérito del documento que contiene la copia de la partida civil en cuestión, se apoya en que el artículo 107 del Decreto 1260 de 1970 le da carácter de inoponible a los demandados y de desprovisto de toda fuerza a ellos en lo que toca con el nacimiento, cuya falta de prueba se mantuvo.

2. Los decretos expedidos por el Gobierno con apoyo en las facultades extraordinarias de la Ley 8ª de 1969 y que llevan los números 1250 y 1260, muestran un mismo criterio sistemático y de ahí que en los artículos 106 y 107 del Decreto 1260, sobre exigencia de inscripción para la prueba de los hechos, actos y providencias sujetos a registro del estado civil el primero, y sobre los efectos de la anotación de tales hechos respecto de terceros el segundo, sea exactamente la misma de los artículos 43 y 44 del Decreto 1250, en cuanto a la fuerza probatoria y a la oponibilidad de los "títulos o instrumentos sujetos a inscripción o registro de instrumentos públicos", relativos a la propiedad raíz y en un principio extensivos a los vehículos automotores terrestres, redacción que a su vez reprodujo fielmente la de los artículos 2673 y 2674 del Código Civil sobre "efectos del registro", por lo cual para el recto entendimiento de dichos artículos y del 107 es ineludible examinar el carácter de *status*, su asignación y su prueba, a la vez que consultar la interpretación y aplicación que la jurisprudencia ha dado a dichos artículos.

3. Siendo un principio rector del derecho el de que tanto los negocios jurídicos como las providencias judiciales no producen efectos sino entre las partes, o respecto de terceros que de cualquier modo se asimilen a ellas, en materia del *status* con efectos *erga omnes*, rige el principio de la autoridad absoluta de las actas de estado civil, como lo pregonan tratadistas de países en donde aún impera el principio de la relatividad de la cosa juzgada en materia de estado civil, y al efecto trae citas pertinentes de los hermanos Mazeaud, y de Colin y Capitant.

4. Además, el Decreto 1260 de 1970 en su artículo 1º afirmó la indivisibilidad del estado,

luego de que la ley 75 de 1968 lo había recalcado así en su artículo 3, indivisibilidad que significa que el estado de una persona es uno y el mismo para ella y para todos los demás, "pues dentro de tal consideración nadie puede ser hijo legítimo frente a sus padres y natural respecto de otra persona o de todos; vivo frente a alguien y muerto para otros; hijo natural de determinada madre, para sí solamente o apenas frente a ella, o hijo de madre desconocida frente a los demás".

Las actas del estado civil tienen autoridad universal y ciertamente el Decreto 1260, lejos de atemperar esta regla, la mantuvo al reiterar en su artículo 103 la normatividad de los artículos 392 y 398 del Código Civil.

Y al compaginar esos principios con lo dispuesto por los artículos 106 y 107 de dicho decreto, insiste el censor en que este último comienza diciendo: "por regla general", locución de la cual no se puede prescindir y que es determinante de los alcances del precepto. Es decir: no es concebible que el legislador delegado hubiera destruido la universalidad y la unidad del estado civil y la "autoridad absoluta de las actas del estado civil", pues al emplear la locución en comentario, ella debe entenderse como "de ordinario", "por principio", "no siempre", o sea tal como lo disponía el artículo 2674 del Código Civil y lo preceptúa el 44 del Decreto 1250.

5. Los hechos, actos y providencias sujetos a registro, están enumerados por vía de ejemplo en el artículo 5 del Decreto 1260 que habla de "especialmente los nacimientos, reconocimientos de hijos, legitimaciones, adopciones, alteraciones de la patria potestad, emancipaciones, interdicción, discernimiento de guarda, rehabilitaciones, nulidades de matrimonios, divorcio, separaciones de cuerpos y de bienes, cambios de nombre, declaraciones de seudónimo, manifestaciones de avecindamiento, declaraciones de ausencia, defunciones y declaraciones de presunción de muerte, hijos inscritos".

Tan extenso y heterogéneo elenco comprende varios fenómenos: de naturaleza declarativa los unos, de acertamiento o fijación, de carácter constitutivo, relativos a la misma personalidad y a las relaciones de familia, de aspecto exclusivamente patrimonial, de radicación territorial o de simple referencia, todo lo cual merece adecuado análisis y clasificación.

Y si en lo pertinente, el nacimiento no existiera porque su prueba no existe desde un principio, o lo que es lo mismo, no era cierto y sólo es oponible a terceros desde la fecha de su inscripción, como lo dijo el Tribunal en la sentencia impugnada, bien podría darse el caso de que, anotada forzosamente la defunción como requisito para inhumar el cadáver, esa persona resultará muerta antes de haber nacido para los demás y de que una sentencia, con alcance *erga omnes*, por haberse pronunciado frente al legítimo contradictor, resultara sin efectos respecto de nadie distinto de él durante todo el tiempo que permaneció sin inscripción, aun a pesar de haberse ésta realizado luego.

Y si posiblemente no fue afortunada la unificación de los textos relativos al registro público, no se concibe interpretarlos en forma que conduzca al absurdo, siendo notorio, por demás que la interpretación de la ley se puede efectuar recurriendo a su intención o espíritu general, y a la equidad natural, para no caer en la extravagancia y el absurdo.

6. Y es lo que sucedería en este caso de mantenerse el fallo acusado, pues según la conclusión del Tribunal, Luz Graciela no existió durante cuarenta años, no llegó a nacer para la propia madre ni para los terceros, ni ante todos sus tíos, hermanos de su padre natural, y sus primos, hijos de aquéllos. Y solamente el 22 de mayo de 1979, vino a existir para éstos, luego de casada y con hijos volantones, merced al registro de su nacimiento.

7. Ahora bien, es indispensable distinguir entre los efectos personales del estado civil y sus consecuencias patrimoniales.

El registro no tiene virtualidad constitutiva, pues simplemente en él se consignan hechos precedentes con existencia y eficacia propias *ab initio*, que no surgen a la vida en ese momento, sino que tan sólo son anotados para la seguridad y memoria. De ahí que sería absurdo que un padre se sustrajese a la obligación alimentaria para con su hijo, e inclusive llegare a pedir la repetición de los pagos, so pretexto de que ni el matrimonio ni el nacimiento han sido inscritos; o que alguien que hubiera tenido noticia fidedigna de la interdicción y hubiera contratado directamente con el interdicto, alegara en su defensa que aquella medida no se había registrado aún; o que alguien, demandando en petición de herencia o reivindicación consecuencial, opusiera al pretendiente "la inoponibilidad" de la inscripción del hecho, acto o providencia determinante de su estado civil y, por ende, de su vocación hereditaria, *so pretexto* de que, para

cuando él adquirió la herencia o el bien, no había ocurrido la inscripción.

Los procedimientos, las formas y las inoponibilidades, no se han erigido para la prosperidad de fraudes y abusos y no son emboscadas para prohijarlos, pues forzosamente deben tomarse y entenderse con arreglo a la lógica y a la equidad.

8. Pasa el censor a mencionar variada y nutrida jurisprudencia de la Corte respecto del artículo 2674 del Código Civil, cuya redacción es igual a la del 107 del Decreto 1260 de 1970, y trae a cuento casos como el de si una sentencia se presenta en juicio para probar la *excepción dilatoria de la cosa juzgada* y la sentencia carece del registro debido, por lo cual la excepción se declara no probada, dicha sentencia puede y debe registrarse y presentarse en el mismo juicio para probar la *excepción perentoria de cosa juzgada*, pues no es que la sentencia no existiera sino que, para demostrar con ella la cosa juzgada, era preciso registrarla y presentar su copia en forma auténtica. Pero el registro puede practicarse en cualquier tiempo y el documento registrado produce sus efectos jurídicos *en calidad de prueba* en la oportunidad en que la parte la aduzca como tal.

Y en otra se refiere, que en cuanto al motivo de no estar registrada la escritura de compraventa cuando el pleito se inició, ello no es aceptable para luego rechazarla, pues si bien es cierto que dicho instrumento se registró mucho después de la fecha de la demanda y no fue exhibido en la primera instancia, pero sí en la segunda, no es de recibo la conclusión del recurrente de haber sido inoportuna la acción del demandante. Y dijo en esa ocasión la Corte: "el artículo 2674 consigna ciertamente una excepción a este principio —o sea que los efectos se retrotraen a la fecha en que la convención se celebró—, cuando establece la reserva que *respecto de terceros*, ningún título sujeto a registro surte efecto legal, sino desde la fecha de su inscripción; pero esta disposición no ha de entenderse en la acepción lata e ilimitada que le presta el recurrente, sino en el sentido de que el efecto retroactivo no puede oponerse a los derechos que los terceros hayan adquirido respecto del bien enajenado en el intervalo entre la fecha del contrato y la del registro del título, o los que pudieran tener o crear respecto del patrimonio del vendedor, como en los casos de quiebra" (Cas. Civ. XXVIII, Pág. 51).

Y así por el estilo, trae a cuento bastantes otras sentencias de la Corte, de las cuales dedince que si un documento está sometido al requisito del registro para su consistencia probatoria y no queda inscrito sino *tutor supra litis*, puede y debe ser apreciado por el juzgador, de conformidad con los preceptos comunes para toda prueba y en singular para la documental, cuando "la inscripción, inexistente o mal hecha, no es la raíz primordial de la cuestión debatida y sujeta a decisión judicial, o no se litiga precisamente por la irregularidad del registro", sin que la "inscripción omitida o defectuosa implique alteración o modificación de la *litis contestatio*, base inmodificable del pleito", y sin que haya de "entenderse el artículo 2674 del Código Civil —igual al 107 del Decreto 1260 de 1970—, en aceptación lata y dilatada, sino en el sentido de que el efecto retroactivo no puede oponerse a los derechos que los terceros hayan adquirido en el intervalo entre la fecha del contrato (hecho) y el día del registro". Concluye este tema insertando doctrina de la Corte consistente en que la inscripción tiene efecto retroactivo, pero respecto de terceros no surte efecto, sino desde la fecha de la inscripción, lo cual significa dicho efecto retroactivo entre las partes "que la inscripción tiene efecto retroactivo se produce sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros durante el lapso comprendido entre la fecha de la celebración del contrato (hecho, acto) y el día de la inscripción".

Todo lo cual lo ignoró el juzgador en la sentencia acusada y que al aplicarse tal doctrina, como es imperioso hacerlo, muestra un contraste entre la inteligencia recta y justiciera del artículo 107 del Decreto 1260 de 1970, conforme a sus antecedentes, dentro del sistema institucional y atendida su finalidad y su función, y la "aceptación lata y dilatada" en que lo entendió el sentenciador.

9. El registro civil de nacimiento de la demandante, es prueba de que Rosa Urrea es su madre y de la fecha del parto. Prueba por excelencia, "eficaz" para ligar la paternidad de la demandante al trato recíproco de su madre cierta y de su presunto padre. Ese nacimiento: maternidad y día, no ha sido ni podía ser la materia del litigio, que versa sobre la paternidad natural y no sobre la maternidad de Graciela Urrea; es, pues, "circunstancia vinculada al registro que no asume trascendencia o importancia —de alterar o modificar la *litis contestatio*—, sino que aparece como detalle secundario" referencial, remitido a la pertinencia y oportunidad de aquel trato y, por consiguiente, la omisión de su registro podía subsanarse en el curso

del proceso, sin cambiar las bases de la relación jurídico-procesal o las reglas del juego, o faltar a la lealtad.

La controversia se trabó bajo la afirmación de que Graciela Urrea, dada a luz por Rosa Urrea Bernal el 8 de diciembre de 1939, fue engendrada por Ricardo Márquez Bedoya durante las relaciones carnales que éste sostuvo con Rosa en 1938 a 1939 en Bogotá, hecho que no fue negado o impugnado por los demandados y que debía demostrarse para conformar el supuesto del numeral 4º del artículo 6 de la ley 75 de 1968. Así, la prueba del nacimiento de la demandante por medio del registro civil sentado en 1979 y allegado con regularidad, en manera alguna altera o modifica esas bases o reglas del proceso.

Además, la congruencia del fallo exige su conformidad con las pretensiones de la demanda y que se tenga en cuenta "cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre que versa el proceso" como lo dispone el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual y también por este aspecto, el Tribunal no sólo debió tener presente el registro civil aportado, sino igualmente reconocer su valor intrínseco, absoluto y universal, y admitirlo como prueba de la paternidad y del día del nacimiento de la demandante, persona y fecha que ella manifestó en su libelo, elementos del *factum* del numeral 4º del artículo 6 de la Ley 75 de 1968.

Y no hay impedimento alguno para que el efecto retroactivo que está llamado a producir de suyo la inscripción de hecho, acto o providencia sujetos a registro, se haya presentado en este caso, pues la inoponibilidad del registro a terceros antes de su asentamiento, no es absoluta y ciega como quiera que tiene su razón de ser en la tutela de los legítimos derechos de esos terceros, constituidos en el interín. Y no se puede afirmar que los demandados hubieran adquirido derecho legítimo en el lapso comprendido entre el nacimiento de Graciela Urrea y la muerte de Ricardo Márquez, y el 22 de mayo de 1979, cuando se produjo la inscripción de ese nacimiento, pues tales derechos no podrían hipotéticamente ser otros que el derecho a una sentencia absolutoria, antes de la finalización del proceso, desde la misma contestación de la demanda y sin que se hubieran surtido íntegras las oportunidades de prueba, incluso las de oficio, lo cual no constituye ni derecho, ni menos aún legítimo, adquirido, sólido o respetable, como para que el estado civil de la demandante se fraccionara en dos: uno para ante sí misma y otro, vacío, respecto de sus contendores.

Y como la acción básica entablada y que fue denegada es la de estado, que es imprescriptible y no caduca, a diferencia de los efectos patrimoniales del estado civil de hijo natural, los que caducan respecto de los herederos a quienes no se notifica la demanda de filiación dentro de los dos años siguientes a la muerte del supuesto padre, es evidente que los herederos en acción de estado no adquirieron derecho alguno que puedan oponer al registro del nacimiento, o más claramente, al efecto universal, absoluto y genuino de ese registro como prueba del parto.

10. Para rematar, el censor expresa que como consecuencia del yerro hermenéutico anotado, el Tribunal dejó de aplicar las normas sustanciales citadas en el resto del encabezamiento del cargo y relativas al derecho del hijo para obtener judicialmente su declaratoria de filiación natural, y a reclamar la cuota hereditaria que le corresponda en el acervo hereditario de su difunto padre, junto con su secuela de petición y reivindicación de la herencia y sus frutos.

Consideraciones de la Corte

1. *Como la sentencia atacada y el recurso interpuesto contra ella giran en torno a la interpretación del artículo 107 del Decreto 1260 de 1970, debe destacarse que dicha norma no contiene un carácter absoluto ni un mandato inmodificable, como quiera que comienza por establecer que* por regla general *(o sea no siempre) los hechos, actos o providencias relativos al estado civil no producen efectos respecto de terceros, sino desde la fecha del registro o inscripción.*

Tal redacción significa, a contrario sensu, *que por vía excepcional sí pueden producirlos.*

2. *La* unidad *del estado civil es principio indiscutible (Art. 1º ib.), así esté atemperado para determinadas circunstancias por la inoponibilidad, en ciertos casos, de dicho estado, o mejor de sus efectos, especialmente los de índole patrimonial, como lo contempla el último inciso del artículo 10 de la Ley 75 de 1968.*

Pero para tener en cuenta esta inoponibilidad que, por vía de excepción, llegue a reducir el ámbito de la unidad del estado civil, es indispensable que el conflicto verse directamente o exclusivo sobre el estado civil en discusión o sobre sus directas consecuencias, o mejor dicho sobre sus alcances primarios y específicos.

3. *En el litigio que por virtud del recurso en estudio se está examinando y decidiendo, la acción y la pretensión ejercidas son las de filiación natural de la demandante Luz Graciela Urrea frente a su posible padre natural Ricardo Márquez Bedoya, ya fallecido y representado por sus herederos, a fin de que se la declare hija natural de dicho señor y se le reconozca su prioritario derecho a heredarlo.*

De lo anterior surge incuestionablemente que no está en juego, ni es objeto de decisión jurisdiccional alguna, cuestión distinta a la acción y la pretensión en comentario, y específicamente no está en litigio, en forma directa o derivada el estado civil de la demandante respecto de su progenitora Rosa Urrea.

De ahí que la prueba de dicho estado, o mejor de dicha relación materno-filial, tenga simple carácter circunstancial y sea apenas elemento integrante de la causa petendi, que no del petitum *somolido a litis.*

Esta mera circunstancia sirve de comienzo para delimitar en el caso controvertido el alcance del artículo 107 en cuestión y para considerar que en el punto de dicha norma, de suyo con efectos no siempre aplicables a ultranza, carece de virtualidad en este proceso para delimitar la legitimación en la causa de quienes en él son partes, o sea de la pretendida hija y el pretenso padre natural, así éste último venga a estar representado por sus herederos.

4. *Y es importante consignar que la legitimación en la causa, por regla general, no es menester que esté demostrada desde la presentación de la demanda, sino que exista cabalmente para el momento de pronunciarse la sentencia, como así ocurrió en el caso que se contempla.*

5. *Ahora bien: en este proceso de filiación se observa que básicamente las causales invocadas por la demandante son las consagradas en los numerales 4º y 5º del artículo 6 de la Ley 75 de 1968, a saber: relaciones sexuales entre el demandado y Rosa Urrea, madre de la demandante; y trato personal del demandado a la progenitora de la demandante, Rosa Urrea, durante el embarazo y su parto.*

Es obvio que no sólo esas causales sino las demás previstas en el artículo en comento, vienen en el fondo a reconocer o probar la existencia de relaciones sexuales entre el padre y la madre, pues no de otra clase de relaciones puede engendrarse una persona natural. Cuestión distinta es que la ley admita para ello la prueba, de suyo plena, de diversas circunstancias, como rapto, violación, seducción, confesión escrita del padre, trato entre padre y madre, trato entre padre e hijo, etc., hechos si bien no directamente demostrativos de tales relaciones, sí suficientes para indicativamente tenerlas por realizadas y para que pueda concluirse, mediante decisión jurisdiccional, que "se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente" (Art. 6, Ley 75 de 1968).

En el fondo, se trata de un juego combinado y armonizado de presunciones legalmente autorizadas o aceptadas.

6. *De ahí se deriva, en cuanto a las dos causales en comentario, que específicamente debe demostrarse o bien las relaciones sexuales entre el padre y la madre, o bien el tratamiento entre ellos durante el embarazo y el parto.*

Y en realidad el estado civil del presunto hijo respecto de la madre 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 animado 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.

7. *En consecuencia, al no estar en discusión el estado civil entre hijo y madre, no se trata de probar inexorablemente este 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 ésta, como partícipe en esas relaciones, fue la misma persona que dio a luz al pretendido hijo natural de su amante.*

Entonces, de todo ello puede concluirse que, si bien al estructurar la causa para pedir la declaratoria de filiación por las causales referidas debe afirmarse como condición de la acción que el supuesto padre tuvo relaciones sexuales con la madre del actor (circunstancia que para dar paso a la pretensión debe demostrarse

no en orden a los efectos y alcances del parentesco o estado civil entre el actor y su madre), la prueba de dicho estado civil no debe exigirse como tal, sino como prueba del nacimiento del actor y de identificación de su madre como partícipe de las relaciones sexuales que entre ésta y el pretendido padre sirvieron, según se afirma, para dar vida al pretendido hijo natural.

Cuestión distinta es que de suyo, en virtud de los ya referidos caracteres de unidad del estado civil y de autoridad absoluta del acta pública que legalmente sirva para demostrarlo, el asentamiento de la relativa al nacimiento del hijo demuestre en primer lugar su existencia, y en segundo término quién sea su madre si allí tal se mencionare, y su padre en caso de haberse cumplido determinados requisitos coetáneos o posteriores (artículos 48, 53, 54, 57, 58, 59 y 61 del Decreto 1260 de 1970).

8. De otro lado, no puede desconocerse el efecto, retroactivo o mejor retrospectivo, del asentamiento de las actas del estado civil al contener en ellas las fechas en que se produjo el hecho registrado, bien sea nacimiento, matrimonio o defunción, y por tanto al referirse a tales fechas como aquellas desde las cuales tiene existencia, no sólo fáctica sino jurídica el hecho así registrado.

Todo lo anterior como obligada consecuencia de la evidente distinción que, obviamente existe, entre el estado civil y su prueba.

9. Establecido lo anterior, que sirve para concluir que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 107 del Decreto en comentario, resta examinar si la prueba que de oficio llegó al expediente para comprobar el nacimiento de la demandante como hija de Rosa Urrea, para efecto de la declaratoria de filiación natural que aquélla solicitó frente a Ricardo Márquez, representado por sus herederos, carece de eficacia y les es inoponible a éstos por tratarse de acta de estado civil sentada con posterioridad a la formación del vínculo jurídico-procesal.

Al caso, valga recordar que no está en discusión el estado civil de la demandante en relación con su madre, ni menos aún que dicho estado sea includible estribo jurídico para demandar la filiación natural en comentario, ni menos aún para legitimar en causa la actora.

Es evidente que como hechos (o sea que la demandante es hija de Rosa Urrea y que Rosa fue con quien Ricardo sostuvo relaciones sexuales y trato indicativo de las mismas), fueron así afirmados dentro de los que configuraron desde un comienzo la causa para pedir, sin que pueda desvirtuársele o negarles cabida en el proceso, como equivocadamente lo entendió el sentenciador, por la circunstancia de que la prueba del estado civil entre la demandante y su madre, que viene a ser prueba de lo afirmado desde un comienzo en la demanda (o sea de que Graciela es hija de Rosa y que Rosa es la misma persona de quien se afirma sostuvo relaciones carnales con Márquez), haya sido configurada después de entablado el proceso, pero en todo caso aportada legalmente antes de proferirse la sentencia.

Nos de comentar que la inaceptable tesis del Tribunal llevaría al absurdo de que el hijo póstumo fuera excluido de la herencia paterna, porque el registro de su nacimiento se produciría después de que los otros herederos hubieren sido reconocidos en su carácter de tales tan pronto como hubiere fallecido el causante, sin que a la sazón hubiere podido registrarse el nacimiento de ese póstumo descendiente.

10. Y por último, no deja de venir a cuento que el asentar la partida en comentario después de trabada la litis, tiene todas las características de hecho sobreviniente y modificativo, por el aspecto probatorio, del derecho sustancial sobre el cual versa el proceso, cuya prueba y alegación se surtieron antes de la sentencia y que, como tal, el juzgador está obligado a tenerlo en cuenta por mandato del inciso final del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

11. De todo ese discurrir se concluye que el cargo está llamado a prosperar, pues la errónea interpretación del Tribunal lo llevó a violar las demás normas sustanciales señaladas en la censura al no hacerlas valer respecto de la filiación natural y de la petición de herencia impetradas, como aparecerá en la decisión sustitutiva que va a continuación.

Sentencia de reemplazo

1. Los presupuestos procesales y la legitimación en la causa no merecen reparo.

2. Una de las causales de declaratoria de filiación natural invocada por la demandante es la consagrada en el ordinal 4º del artículo 6 de la Ley 75 de 1968, o sea las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre, ocurridas en la época en que, según el artículo 92 del Código Civil, pudo tener la concepción.

Y muerto el padre, la acción de filiación puede entablarse contra sus herederos.

El hijo natural es heredero de mejor derecho que los hermanos legítimos del padre natural.

El heredero de mejor derecho tiene acción de petición de herencia y puede reivindicar de los herederos inicialmente reconocidos.

3. Está probado en el expediente que:

a) Luz Graciela Urrea nació de Rosa Urrea Beltrán en Ubalá, el 8 de diciembre de 1939 (folios 3 y 4 del cuaderno 7);

b) Ricardo Márquez Bedoya falleció intestado en Manizales el 14 de diciembre de 1976 y en el respectivo proceso sucesoral han sido reconocidos como herederos, en su calidad de hermanos legítimos bien sea directamente o por representación, las siguientes personas:

Samuel, Griselda, Inés, Anatilde, Hernando, Gerardo y Rigoberto Márquez Bedoya; Isabel Márquez Suraza; Aurelio, Darío, Ofelia, Olga, Gustavo, Esperanza y Fabiola Márquez Hincapié; y Aurelio, Hernán, Griselda, Alba, Humberto, Marina y Nohemy Gómez Márquez (folios 6 a 10 del cuaderno 1); y todos ellos fueron oportunamente notificados del auto admisorio de la demanda y de su corrección, notándose que Inés Márquez Bedoya fue emplazada y se le nombró curador *ad litem* en todas las formalidades legales;

c) Del acervo probatorio vale destacar en primer término las declaraciones testimoniales de Soledad Castro (folios 37 a 39 vto., del cuaderno 3), María Antonia Fernández (folio 39 vto., a 41 ídem), Hipólito Hilarión (folios 42 a 43 ib.) y Julio Alberto Urrea Beltrán (folios 43 a 44 ib.), quienes en forma sincera y espontánea relatan y dan cuenta de lo siguiente:

Soledad Castro, de 64 años, que le arrendó a Ricardo Márquez Bedoya en 1939 una pieza en la carrera 3ª número 8-05 de Bogotá, y que allí llevó a vivir a Rosa Urrea, a quien conoció con ese motivo; que Márquez tomó en arriendo la pieza por $ 8.00 mensuales y al día siguiente "trastiaron a vivir ahí"; que Márquez iba todos los días y la testigo se daba cuenta de que frecuentemente él se quedaba, todo lo cual duró hasta noviembre de 1939, pues la familia de Rosa vino a llevarla a Ubalá por estar embarazada, y que a los dos días volvió Ricardo y no la encontró porque se había ido con su familia; y que posteriormente supo que Rosa había tenido una niña y fue a conocerla a Ubalá. Agrega que siempre pensó que Ricardo y Rosa eran casados, porque él iba con frecuencia y además la sostenía, le pagaba el arriendo y salían juntos, y expresamente refiere que Ricardo y Rosa convivían como marido y mujer, algunas noches se quedaba allí y le daba plata para el mercado y finaliza diciendo que no recuerda cuándo nació Luz Graciela, pero que debió ser a fines de noviembre de 1939, pues cuando Rosa se fue para Ubalá ya estaba casi para tener la niña.

María Antonia Fernández, de 71 años, conoció a Ricardo y a Rosa cuando ésta era empleada en la casa en donde vivía aquél, y así se hizo amiga de ambos; que les ayudó a conseguir una pieza, pues de ello se dio cuenta cuando visitaba a Rosa; que Ricardo pagaba todos los gastos y que esas relaciones comenzaron desde cuando vivían allá en la calle 14, de donde salían juntos; que supo cuando Rosa resultó embarazada, porque al ir a visitarla, le contaron que con ese motivo su familia se la había llevado para Ubalá y se enteró que a los pocos días y como resultado de esos amores, había nacido una niña, a quien conoció posteriormente con el nombre de Luz Graciela; que mientras Rosa estaba embarazada, Ricardo la trató muy bien, no la dejaba trabajar y le consiguió una pieza para que viviera allí; y que Ricardo le dijo que quería mucho a Rosa y que "ella iba a tener un nené de él".

Hipólito Hilarión, de 57 años, dice que en 1938 conoció a Márquez Bedoya cuando iba a entregarle a Rosa encomiendas de sus padres; que vivían en la calle 14 con carrera 3ª como inquilinos "y que se trataban como dos pretendientes y después la señorita Rosa resultó en estado de embarazo"; que le preguntó a Ricardo quién era el autor de ese embarazo y éste le contestó que "él era el autor"; que Ricardo siempre trataba bien a Rosa y que el testigo les avisó a los padres de Rosa el embarazo de ésta, por lo cual vinieron de Ubalá para llevársela; y que luego supo que al poco tiempo había nacido una niña a quien bautizaron con el nombre de Luz Graciela.

Julio Alberto Urrea Beltrán, de 67 años, refiere que conoció a Márquez Bedoya en 1938, cuando Rosa trabajaba en una pensión en la calle 14 con carrera 3ª y que ellos se trataban como novios y así se lo presentó Rosa; que como el testigo venía de Ubalá a Bogotá cada quince días a llevarle encomiendas a su prima Rosa, sabía que ellos tenían amores y que se habían pasado a una pieza en donde el testigo vio ropa, libros y vestidos de Márquez, y que

se dio cuenta de que Ricardo la sostenía, por lo que estaba embarazada de él, y Rosa le dijo que no contara nada en Ubalá; que varias veces llegó de imprevisto y los vio en la cama durmiendo; que el trato de Márquez a Rosa era muy cariñoso y que, en fin, supo que Rosa había tenido una niña en Ubalá, porque el testigo le recomendó a Hipólito Hilarión que informara a la familia de Rosa del embarazo de ésta, del cual nació la niña que bautizaron Luz Graciela.

Estas declaraciones examinadas en conjunto y con sana crítica, por sí solas son suficientes para probar que entre Ricardo y Rosa existieron relaciones sexuales para la época en que legalmente se presume ocurrió la concepción de la demandante Luz Graciela, nacido el 8 de diciembre de 1939, pues el trato entre los amantes tuvo lugar en 1938 y 1939, habiéndose estrechado con ocasión del embarazo de Rosa.

Este trato es de suyo convincente para llegar sin hesitación a concluir la realidad de la existencia de las alegadas relaciones sexuales, cuya prueba directa, por demás, es de bien difícil ocurrencia;

d) Y el resto del material probatorio no contradice en modo alguno la anterior apreciación de las declaraciones testimoniales a que se ha hecho referencia.

4. De ahí que deba concluirse que la pretensión de declaratoria de filiación natural en estudio esté llamada a prosperar, lo mismo que sus consecuenciales súplicas sobre mejor derecho hereditario que los demandados, y petición de herencia, a fin de que los bienes relictos que estén en poder de los demandados vuelvan al acervo hereditario del fallecido Ricardo Márquez Bedoya, junto con los frutos correspondientes, computados a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda y en atención a que no se probó mala fe de los demandados.

5. Y en cuanto a las excepciones propuestas por los demandados, por tratarse de verdad de contradicción de la acción misma, no pueden recibir despacho favorable al haberse acogido las súplicas de la demanda.

La actitud procesal de las partes y de sus apoderados no les implica responsabilidad alguna derivada de los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia dictada el 29 de septiembre de 1980 por el Tribunal Superior de Manizales en este proceso ordinario de Luz Graciela Urrea de Chávez contra los herederos de Ricardo Márquez Bedoya: confirma la del Juzgado en sus ordinales 1º, 2º, 4º, 5º, 6º y 7º; prescinde del ordinal 8º, revoca el 3º y en su lugar declara que los demandados están en obligación de restituir al acervo hereditario de la sucesión de Ricardo Márquez Bedoya los bienes que hubieren recibido de la referida sucesión, en el plazo de diez días, contados a partir de la ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase que debe dictar el Juzgado del conocimiento, junto con sus frutos naturales y civiles producidos o que hubieren podido producir dichos bienes, mientras los hubieren tenido en su poder, computados desde la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda hasta cuando efectúen la restitución decretada.

Parágrafo: Esta condena de frutos en abstracto se liquidará de conformidad con el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Las costas en ambas instancias serán a cargo de los demandados.

Sin costas en el recurso de casación.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

(Aprobado el 30 de julio de 1981.)

Ricardo Uribe-Holguín, Ernesto Gamboa Alvarez, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

ACCESION DE MUEBLE A INMUEBLE

Tiene lugar cuando se edifica, plante o siembra utilizando materiales, plantas o semillas pertenecientes a persona distinta del dueño del terreno en que se incorporan. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Qué es lo principal y qué lo accesorio. Indemnización al propietario de los materiales que ejecuta la obra con aquiescencia del dueño. Derecho de éste a recobrar el predio, pagando anteladamente el valor de la edificación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

Bogotá, D. E., 3 de septiembre de 1981.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 30 de octubre de 1980, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por Alfonso Gómez Aristizábal y otros en frente de Heriberto Gómez Aristizábal.

I

El litigio

1. En escrito de 17 de agosto de 1979, que en repartimiento correspondió al Juzgado Noveno Civil del Circuito de Medellín, Alfonso y Oscar Gómez Aristizábal, lo mismo que Ruth de J. Gómez de Zuluaga y María Cilia Gómez de Zuluaga demandaron al citado Heriberto Gómez Aristizábal en procura de que, previos los trámites propios del proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieran los siguientes pronunciamientos:

a) Que pertenece a los cuatro demandantes el dominio pleno y absoluto sobre la casa de habitación número 42-72 de la carrera 65 de Medellín, con su respectivo garaje independiente, comprendido todo el inmueble dentro de los siguientes linderos: "Por el frente, con la calle Naranjal; por el centro, con lote 19; por el sur, con predio que es o fue de Víctor Urrego; por el norte, con lote número 24";

b) Que, consecuencialmente, se condene al demandado a restituir a sus demandantes la citada casa de habitación y su respectivo garaje dentro del término que al efecto se le señale en la sentencia; y

c) Que se lo condene así mismo a pagarle todas las costas procesales.

2. Los hechos que los demandantes invocaron como fundamento de sus pretensiones, quedan sustancialmente comprendidos dentro de las siguientes afirmaciones:

a) Que el 19 de diciembre de 1967, mediante la Escritura pública número 604 que en esa fecha otorgaron en la Notaría del Carmen de Viboral, Hernando Moreno Zuluaga vendió en proindiviso y por partes iguales a Enrique Alfonso y Oscar Javier Gómez Zuluaga, Ruth Gómez de Zuluaga y Esther Gómez de Aristizábal un lote de terreno situado en el paraje de "La América" de la ciudad de Medellín, de una extensión aproximada de 296.87 varas cuadradas y comprendido dentro de los especiales linderos atrás transcritos;

b) Que posteriormente, mediante el otorgamiento de la Escritura pública número 305 de 27 de mayo de 1973, de la misma Notaría, debidamente inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Círculo de Medellín, la condómina Esther Gómez vendió su derecho sobre ese lote de terreno a María Cilia Gómez de Aristizábal;

c) Que sobre el referido lote se levantó, durante el período comprendido entre 1968 y 1975, una edificación de tres pisos o plantas, marcada con los números 42-70, el primero, 42-72,

el segundo, y sin nomenclatura especial el tercero, todos sobre la carrera 65 de Medellín;

d) Que los dos primeros pisos de dicha edificación se construyeron en su integridad con dineros y recursos suministrados al efecto por Alfonso Gómez Aristizábal, "quien remitía desde el Municipio de El Banco (Magdalena) los dineros para la mencionada construcción en cheques que giraba en su cuenta corriente del Banco Comercial Antioqueño, Sucursal El Banco";

e) Que el piso tercero de esa misma edificación, construido entre los años 1973 y 1975, lo fue con gastos que al efecto hizo la comunera María Cilia Gómez de Zuluaga, y

f) Que los demandantes, quienes son los actuales propietarios inscritos de todo el inmueble, están privados de su posesión material "en lo que hace relación al segundo piso y su respectivo garaje independiente, ubicado en la carrera 65 número 42-72, puesto que esa posesión la tiene el señor Heriberto Gómez Aristizábal, a quien han tolerado allí los legítimos propietarios, debido a que tiene aquél la calidad de hermano legítimo de éstos";

3. En su oportuna contestación a la demanda, el demandado se opuso a las súplicas en ésta deducidas; y en cuanto a los hechos, aceptó algunos pero negó otros.

Expresó entonces el demandado que si "formalmente" los cuatro demandantes aparecen como dueños de lote de terreno cuya propiedad reclaman, fue él, sin embargo, quien en realidad lo compró a Aníbal Gallo, "con quien convine hacerle la escritura a mi hermana Ruth, porque yo, en ese entonces, tenía problemas para la expedición del certificado de paz y salvo"; añadió que sobre el referido predio "yo construí una edificación de dos pisos, los marcados con los números 42-70 y 42-72", de los cuales, al ser terminados, arrendó el primero a Zoé Arroyave de Roldán "y el segundo lo ocupé con mi familia, hechos estos que realicé, tanto en la construcción como el arrendamiento y la habitación del segundo piso, con plena aquiescencia de los demandantes"; que delegó, tanto la mano de obra como la adquisición de los materiales para la aludida construcción, al arquitecto Jorge Obando y al maestro de obra Martín Cuartas, introduciendo paulatinamente mejoras que aumentaron su valor; y que no es cierto que su hermano Alfonso le hubiera remitido dineros para levantar esa construcción, pues que si eventualmente le hizo algunas consignaciones, lo fueron "con el fin específico de que yo le remitiera algunas mercancías para el almacén que él tenía" en el Municipio de El Banco, "lo cual hice en forma oportuna".

Finalmente manifestó el demandado que por razón de "las circunstancias anotadas, he adquirido un derecho muy concreto y objetivo sobre el bien materia de la reivindicación y no puedo ser privado de él, sin que, como poseedor de buena fe que ocupé y he poseído dicho inmueble, con ánimo de señor y dueño, se me reconozcan y paguen todas las sumas invertidas en la construcción de la edificación, y el valor que por razón de esas inversiones y de las mejoras introducidas con posterioridad y durante todo el tiempo de la posesión, adquirió y tiene el inmueble en la actualidad, en los términos del artículo 739 del Código Civil".

4. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de las pruebas solicitadas por ambas partes, se adelantó la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 7 de abril de 1980, mediante la cual, al no encontrar probado el derecho de dominio invocado por los demandantes, denegó las pretensiones de éstos y los condenó en las costas procesales.

5. Por virtud de la apelación que contra lo así decidido interpuso la parte demandante, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, en su fallo de 30 de octubre pasado, luego de infirmar el apelado, decidió el litigio así:

a) Declaró a los cuatro demandantes dueños, en proindiviso, de "la vivienda (segundo piso) situada en esta ciudad, en la carrera 65 número 42-72, con su respectivo garaje independiente", comprendido dentro de las especiales alinderaciones consignadas en la demanda; b) Condenó al demandado, en consecuencia, a restituir a los demandantes, dentro de los 20 días siguientes a la ejecutoria de su sentencia, "dicho segundo piso, con su garaje independiente"; c) Declaró que el demandado Heriberto Gómez Aristizábal, "en su calidad de edificador en los términos del inciso segundo del artículo 739 del Código Civil, tiene derecho a que se le pague por los demandantes el valor de las construcciones por él hechas, consistentes en las plantas primera y segunda del edificio situado en la carrera 65 con la calle 42 de la ciudad de Medellín, identificadas, en su orden, con los números 42-70

y 42-72...", cuyo monto determinó en la suma de $ 5.000.000.00, o sea en $ 2.500.000.00 el valor de cada uno de dichas dos plantas; d) Se reconoció a favor del demandado el derecho de retención "sobre la porción que se reivindica, a la cual se refiere el aparte 1º de esta sentencia, hasta cuando los demandantes... le paguen la suma de cinco millones de pesos ($ 5.000.000.00)...": y e) Finalmente dispuso que por estar "compensadas", no hay lugar a costas en ninguna de las instancias del proceso.

6. Contra la sentencia del Tribunal solamente interpusieron casación los demandantes, recurso que por encontrarse hoy legalmente tramitado, procede la Corte a decidir.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Luego de relacionar los antecedentes del litigio y de advertir la regularidad en el trámite del proceso, el Tribunal de Medellín emprende las consideraciones para decidirlo con sentencia de mérito.

Y, al efecto, delanteramente observa que, según la demanda, la acción principalmente deducida en ella es la "de dominio o reivindicatoria", de la cual determina los elementos que doctrinaria y jurisprudencialmente se han indicado siempre como esenciales para que dicha pretensión alcance prosperidad.

2. Estima el *ad quem* que el dominio de los demandantes sobre el lote de terreno en el cual se levantó la construcción de los tres pisos, está demostrado plenamente con las Escrituras números 604 de 19 de diciembre de 1967 y 305 de 26 de mayo de 1973, ambas de la Notaría de El Carmen de Viboral, y con el folio de matrícula inmobiliaria número 001-0027772 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín, documentos todos estos que encuentra debidamente incorporados al proceso.

Después de notar que lo aquí pretendido en reivindicación es una edificación construida en el lote de terreno anteriormente referido, por persona distinta a los dueños de éste, dice el juzgador de segunda instancia que se trata entonces de "un caso de accesión de mueble a inmueble", cuya regulación positiva la encuentra en el contenido del artículo 739 del Código Civil.

3. Con apoyo en los testimonios rendidos por Jorge Iván Obando, Martín Eladio Cuartas y José de Roldán, lo mismo que en los interrogatorios absueltos en el proceso por los demandantes, concluye el *ad quem* que el demandado Heriberto Gómez Aristizábal fue quien edificó con dineros de su propiedad, los dos pisos marcados con los números 42-70 y 42-72 de la ciudad de Medellín, uno de los cuales constituye el objeto de esta reivindicación; y que al así obrar el mentado Heriberto Gómez "actuó como dueño de la obra, como propietario que asume por su cuenta y riesgo la total responsabilidad de la edificación", y no "como agente oficioso ni como mandatario de sus hermanos". Añade la sentencia que es "incuestionable" que la construcción la adelantó Heriberto "a ciencia y paciencia de los dueños del terreno, es decir, con conocimiento y consentimiento de ellos".

Definida, pues, por el Tribunal la calidad de edificador en suelo ajeno que atribuye al demandado, la que, además, según la sentencia, éste tomó con conocimiento y a ciencia y paciencia de los demandantes, dice el juzgador, con cita de diversas jurisprudencias que transcribe, que debiéndose aplicar al caso *sub judice* lo dispuesto por el inciso 2º del precitado artículo 739, al demandado Heriberto Gómez le asiste el derecho a que sus demandantes le paguen "el valor de las obras".

4. En lo que respecta al factor de la posesión material del inmueble por parte del demandado, lo da por establecido el Tribunal, en primer lugar, con la propia confesión del demandado que encuentra vertida en la contestación a la demanda y en el interrogatorio por éste absuelto en el proceso; y, en segundo, con las pruebas pericial y testimonial practicadas en la primera instancia.

5. Estima además el sentenciador de segundo grado, que lo que aquí es objeto de reivindicación constituye una "cuota o parte perfectamente identificada, y reconocida en el proceso como una casa de habitación, independiente de los restantes pisos".

6. Sobre la conclusión de que todos los elementos constitutivos de la acción reivindicatoria sí se reunen en este caso, pasa el Tribunal en seguida a concretar el monto de la obligación que tienen los demandantes victoriosos frente al demandado vencido, al cual, como ya se ha dicho, la sentencia, en cardinalísima conclusión, eleva a la categoría de sujeto del derecho objetivo que consagra el inciso segundo del artículo 739 del Código Civil.

Al punto, considera el Tribunal, apoyando su aserto en el dictamen rendido por los peritos Mario de Jesús Cifuentes y José Carvajal Suárez, que como cada uno de los pisos o departamentos de que consta la edificación vale la suma de $ 2.500.000.00, entonces "los pisos primero y segundo tienen un valor conjunto" de $ 5.000.000.00; y que esta suma será "el precio que, por concepto de mejoras, los demandantes deberán pagar al demandado...".

El recurso extraordinario

1. Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado únicamente interpusieron casación los demandantes. En la demanda respectiva, en la cual limitan el ataque a la decisión atinente a la cuantía o monto de la obligación impuesta a ellos, como demandantes victoriosos de la reivindicación frente al demandado vencido, los recurrentes formulan a dicho fallo un solo cargo.

Mediante éste lo acusan de ser indirectamente violatorio, por falta de aplicación, del inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, "en relación con el 971" *ibidem*, como consecuencia del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal al apreciar el dictamen pericial que a instancia de ambas partes rindieron en el proceso Mario de J. Cifuentes y José Carvajal Suárez.

2. En desarrollo del cargo así planteado, el casacionista, con apoyo en algunos pasos de la sentencia que al efecto transcribe, recuerda que el fallo que combate tuvo y reconoció al demandado Heriberto Gómez "como edificador en suelo ajeno, a ciencia y paciencia de los dueños de éste"; y que para regular su situación jurídica, trajo a cuento lo estatuido por el precitado inciso 2º del artículo 739, o sea que se le debe pagar "el valor del edificio" o el "valor de las obras llevadas a efecto con la aquiescencia" de los demandantes.

Rememora la censura, igualmente, que la sentencia impugnada "ni en la parte resolutiva ni en la motiva, dispuso que el pago comprendiera el valor del terreno, lo que, por otra parte, mal podía ordenar, pues reconoció que su dominio pertenecía a los demandantes"; y luego de transcribir doctrinas y jurisprudencias en torno al alcance de la norma sustancial que estima infringida con la sentencia que combate, dice el casacionista que si la obligación que el fallo, en armonía con la ley, "impuso a los demandantes, fue pagar al demandado 'el valor de las construcciones por él hechas', no se entiende por qué el monto de ellas se cifró en la suma de cinco millones de pesos, que los peritos señalaron como valor, no de las construcciones sino de los apartamentos...".

Avanzando en el desenvolvimiento de la censura, dice ésta que los peritos, en su dictamen, no determinaron el valor de las construcciones sino que asignaron "a cada uno de los apartamentos un valor de dos millones quinientos mil pesos"; que los expertos reiteraron ese avalúo de los apartamentos, al decir: "O sea que el valor comercial actual que asignamos a cada uno de estos dos primeros pisos es de dos millones quinientos mil pesos, para un valor comercial total" de cinco millones.

3. "Luego —dice el casacionista concretando el yerro de facto que denuncia—, si los peritos avaluaron cada apartamento en dos millones y medio de pesos, esta cantidad no se refiere a la mera construcción, sino a todo el apartamento como unidad habitacional, y con inclusión del suelo, como se deduce de la fundamentación del dictamen, que tiene en cuenta la situación de dichas viviendas y la valorización del lote. En cambio, el valor de la construcción de los pisos primero y segundo, lo establecen en ciento diez mil pesos cada piso, al tiempo de la construcción".

Cree la impugnación, finalmente, que si la sentencia "condenó el pago del valor de la construcción exclusivamente y no de los referidos inmuebles como apartamentos destinados a la vivienda", el sentenciador, en el punto, apreció erróneamente el dictamen pericial, pues contra lo dicho en éste entendió "como valor de la edificación el valor comercial de cada piso, con lo cual incurrió en error de hecho que aparece de manifiesto en el proceso".

IV

Consideraciones de la Corte

1ª *Interpretando el alcance de los artículos 738 y 739 del Código Civil, doctrina y jurisprudencia han sostenido al unísono que la accesión de mueble a inmueble se realiza por edificación, plantación o siembra ejecutadas en suelo propio o ajeno, cuando los materiales, plantas o semillas pertenecen a persona distinta del dueño del terreno en que se incorporan; y que producida la agregación, se consuma en favor de éste el modo adquisitivo referido como efecto del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, ya*

que siempre se ha considerado principal el inmueble, porque de dos cosas que componen un todo se da tal categoría a aquélla que puede subsistir en su ser separadamente, y como accesoria, la que sin ella no podría seguir existiendo en la misma forma. Mas como es principio universalmente aceptado el de que nadie puede enriquecerse sin justa causa, el derecho positivo ha establecido reglas que tienden a asegurarle al propietario de los materiales, plantas o semillas, una equitativa indemnización.

2ª *En punto de edificación, plantación o siembra en suelo ajeno, el artículo 739 del Código Civil prevé dos situaciones diferentes, según que el dueño del terreno no haya tenido conocimiento de dicha ejecución en su predio por otra persona; o que, contrariamente, ésta haya edificado, plantado o sembrado con la aquiescencia de aquél.*

Para este segundo evento, es decir, cuando "a ciencia y paciencia" del dueño del terreno otra persona incorpora en él sus materiales, plantas o semillas, la precitada disposición legal consagra a favor de aquél derecho a recobrar el predio, pero pagando anteladamente "el valor del edificio, plantación o sementera".

Porque, como reiteradamente lo ha sostenido la doctrina de la Corte, el que edifica en terreno ajeno, con conocimiento o a ciencia y paciencia del dueño de éste, no tiene ciertamente dominio sobre el edificio, sino únicamente el derecho a que el dueño del terreno le pague el valor de lo edificado, acompañado del derecho de retención del terreno hasta que el dicho valor le sea satisfecho.

3ª Esta es, justamente, la situación fáctica que relativamente a los apartamentos 42-70 y 42-72 de la carrera 65 de Medellín encuentra y dedujo la sentencia del Tribunal, así en su parte motiva como en la resolutiva. Dice, en efecto, que el terreno sobre el cual se edificaron pertenece a los demandantes y que sobre él el demandado levantó la edificación a ciencia y paciencia de aquéllos, y que, procede, "en consecuencia, dar aplicación al inciso segundo del artículo 739 del Código Civil".

Y esta cardinal conclusión del *ad quem* en el punto, que fue consentida tácitamente por el demandado al no impugnarla y expresamente por los demandantes, quienes aquí limitan su ataque únicamente al monto de la obligación a ellos impuesta, ha adquirido la autoridad de cosa juzgada material y por ello se torna inmodificable a través de este recurso extraordinario, el cual por tanto sólo otorga competencia a la Corte para inquirir si en la determinación del valor de la construcción el Tribunal incurrió o no en yerro fáctico ostensible.

4ª A instancia de las dos partes se practicó en la primera instancia del proceso un dictamen pericial, cuyo objetivo era determinar, entre otros factores, el valor del lote de terreno "al tiempo de su adquisición" y el "que tiene actualmente, incluyendo la valorización adquirida por la construcción en él erigida"; lo mismo que el "valor de construcción" de los pisos primero y segundo, "al tiempo de verificarse ésta y el valor comercial que tienen en la actualidad".

Los peritos designados y posesionados, Mario de Jesús Cifuentes Rico y José Carvajal Suárez, en dictamen rendido el 16 de enero de 1980, luego de haber identificado e inspeccionado tanto el terreno de la *litis* como la edificación en él existente, concordemente conceptuaron que dicho inmueble "se encuentra localizado en un lugar que si bien es cierto no es totalmente residencial, alterna con establecimiento de comercio frecuentado por clientela de satisfactorio nivel social; posee buenas facilidades de transporte... Lo mismo se puede decir con relación a los establecimientos educativos existentes", agregando que en sus alrededores hay supermercados y centros asistenciales de salud.

Y después de haber conceptuado que "el terreno, al tiempo de su adquisición", o sea en 1967, tenía un valor de $ 10.000.00, refiriéndose al "valor que tiene actualmente el lote de terreno, incluyendo la valorización adquirida por la construcción", los peritos asignan "a cada uno de los apartamentos un valor de dos millones quinientos mil pesos ($ 2.500.000.00); para un valor total de la edificación de siete millones quinientos mil pesos ($ 7.500.000.00)". Relativamente el valor de la construcción de los referidos dos pisos números 42-70 y 42-72, los expertos conceptúan que, según información concorde de los propios interesados, "cada uno de estos dos pisos tuvo en su construcción un valor de ciento diez mil pesos ($ 110.000.00); para un valor total de los dos pisos de doscientos veinte mil pesos ($ 220.000.00")"; y que, según "se desprende de lo que ya dictaminamos en el ordinal b) de la primera pregunta,... el valor comercial actual que le asignamos a cada uno de estos dos primeros *pisos* es de dos millo-

nos quinientos mil pesos ($ 2.500.000.00); para un valor comercial total, correspondiente al primer piso marcado con el número 42-70; y al segundo piso, marcado con el número 42-72, de cinco millones de pesos ($ 5.000.000.00)".

5ª El análisis del contexto del dictamen pericial autoriza afirmar que los peritos, al fijar en $ 2.500.000.00 "el valor comercial actual" de cada uno de los dos primeros departamentos de la edificación, lo hicieron considerándolos como dos unidades habitacionales, con inclusión del costo del terreno y que no fijaron tal cantidad como valor exclusivo de la construcción, tanto más si se considera, como lo reconocen los mismos litigantes, que dicha edificación no está constituida en propiedad horizontal.

Porque si en la primera parte de su experticio los peritos, al determinar el "valor que tiene actualmente el lote de terreno, incluyendo la valorización adquirida por la construcción en él erigida", lo cifran en $ 7.500.000.00, que corresponde a la suma de $ 2.500.000.00 que asignan a cada uno de los tres pisos, no resulta razonable, y antes sí ostensiblemente contrario a la lógica de las cosas, que el solo valor de la construcción de cada piso o departamento resulte exactamente igual al precio que corresponde a ella con inclusión del terreno sobre el cual se edificó.

Reafirma esta interpretación, que es la única lógica, el hecho de que los peritos, después de fijar en $ 40.000.00 el precio del terreno para el año de 1967, en orden a conceptuar sobre el valor comercial actual del mismo, pero incluyendo "la valorización adquirida por la construcción en él erigida", toman como bases para apoyar su dictamen las consideraciones de que "la edificación se encuentra localizada" en un lugar comercial de Medellín, frecuentado "por clientela de satisfactorio nivel social"; que "la edificación" posee "bastantes facilidades de transporte, puesto que pasan tres o cuatro líneas"; que en sus alrededores hay muchos "establecimientos educativos", como la Universidad Pontificia Bolivariana, Sección Laureles y el Colegio "Mater Dei"; y que además tiene "supermercados cercanos... la sección de Almacenes Exito, sección Sears; mercados La Candelaria y Almacenes Ley", lo mismo que centros de salud, pues que cerca del inmueble se encuentran las clínicas San Joaquín y San José".

6ª Si, pues, la obligación que impuso la sentencia a los demandantes, fue la de pagar a su demandado Heriberto Gómez Aristizábal "el *valor de las construcciones por él hechas*, consistentes en las plantas primera y segunda" del edificio de la carrera 65 con la calle 42 de Medellín (subraya la Corte) y no el valor de éstas, incluyendo el precio del suelo en que ellas se edificaron, no se ve por qué el Tribunal determinó en $ 5.000.000.00 el monto de dicha obligación, que es el que los peritos en su dictamen asignan como valor comercial para los dos apartamentos, con inclusión del terreno, y no como valor exclusivo de la construcción.

Todo lo cual significa que el sentenciador *ad quem* sí incurrió en error de hecho evidente al apreciar el dictamen pericial; y que como ese yerro fáctico fue la determinante del quebranto del inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, que no se aplicó, debiendo haberse aplicado, la sentencia recurrida, en la parte que es objeto de impugnación, tiene que casarse para reparar el error *in judicando* apuntado.

V

Sentencia sustitutiva

1. Resulta de lo expuesto que por la prosperidad del único cargo que se ha formulado, la sentencia combatida en el recurso extraordinario tiene que quebrarse; pero como su aniquilamiento es sólo por el eficaz ataque que los demandantes le hacen al fallo en cuanto por él se los condenó a pagar la suma de $ 5.000.000, que no corresponde al valor de la construcción que el demandado levantó en el terreno de propiedad de sus demandantes, la sentencia que la Corte debe dictar como Tribunal de instancia tendrá que limitarse a corregir el error deducido, reproduciendo las demás decisiones que trae el fallo del Tribunal de Medellín y que no sólo no han sido impugnadas en casación sino antes bien consentidas por ambas partes.

2. Como ya se dijo al despachar el cargo que prosperó según lo preceptúa el inciso segundo del artículo 739 del Código Civil, cuando "se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para reivindicarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera". Como el supuesto de hecho previsto por la norma legal transcrita es, justa y precisamente, el que se ha dado por establecido en el presente caso, y que como también se dijo, no puede ser materia de modificación, a él corresponde entonces aplicar el efecto jurídico que dicho precepto consagra.

Según él, a Heriberto Gómez, como edificador que fue en el terreno de propiedad de sus demandantes, le asiste el derecho de retención mientras aquéllos, que por virtud del modo de la accesión se han convertido en dueños de la edificación, le paguen *el valor de las construcciones*. Y no puede suceder otra cosa, puesto que, como lo ha dicho tradicionalmente la jurisprudencia, la tolerancia del propietario del terreno a que otro edifique en lo suyo, es una aquiescencia tácita que compromete su responsabilidad patrimonial en beneficio de quien incorpora sus actividades y capital en suelo ajeno.

3. En el caso de este proceso, como también quedó visto, si bien está ciertamente determinado que el demandado edificó en el terreno de sus demandantes, con conocimiento y a ciencia y paciencia de éstos, por lo que es titular del derecho apuntado, no aparece, sin embargo, establecido el monto o la cuantía de ese derecho, desde luego que los peritos no señalan en su dictamen cuál es el valor comercial actual de la sola construcción de los pisos 42-70 y 42-72 de la carrera 65 de Medellín, separadamente del valor del terreno.

Fijan los peritos, eso sí, en $ 110.000.00 el valor de la construcción de cada uno de los tres departamentos por el tiempo en que éstos se edificaron, es decir, en 1967. No puede, sin embargo, este monto considerarse para fijar la cuantía de la obligación que corresponde a los demandantes, pues si éstos ahora recobran su terreno haciéndose además dueños, por accesión, de la edificación levantada en él, la indemnización que deben al constructor o edificador vencido, para que sea justa y haya por tanto equidad en las prestaciones, tiene que ser la que corresponde al valor actual de las construcciones y no al precio que ellas tuvieron hace más de diez años.

Por consiguiente, la condena por el aspecto aludido tiene que hacerse *in genere*, para que se liquide por el procedimiento establecido por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, tomando por punto de partida para llegar a esa meta las consideraciones que se han consignado en el cuerpo de esta providencia.

VI

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de fecha treinta (30) de octubre de mil novecientos ochenta (1980), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y actuando en sede de instancia,

Resuelve

Primero. Revócase la sentencia de siete (7) de abril de mil novecientos ochenta (1980), proferida en este mismo proceso por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Medellín.

Segundo. Declárase, en su lugar, que pertenece, en proindiviso, a Alfonso Gómez Aristizábal, Oscar Gómez Aristizábal, Ruth de J. Gómez de Zuluaga y María Cilia Gómez de Zuluaga el derecho de dominio sobre la vivienda (segundo piso), "situada en esta ciudad en la carrera 65 número 42-72, con su respectivo garaje independiente, y que linda: 'Por el frente, con la calle Naranjal; por el centro, con lote 19; por el sur, con predio que es o fue de Víctor Urrego; por el norte, con el lote número 24', vivienda que hace parte de un inmueble de tres plantas no sometido a régimen de propiedad horizontal".

Tercero. Como consecuencia de la anterior declaración, el demandado Heriberto Gómez Aristizábal debe restituir dicho segundo piso, con su garaje independiente, a los demandantes, dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

Cuarto. El mismo demandado, Heriberto Gómez Aristizábal, en su calidad de edificador en los términos del inciso segundo del artículo 739 del Código Civil, tiene derecho a que se le pague por los demandantes el valor de las construcciones por él hechas, consistentes en las plantas primera y segunda del edificio situado en la carrera 65 con la calle 42 de la ciudad de Medellín, identificadas, en su orden, con los números 42-70 y 42-72, de la nomenclatura urbana de dicha ciudad.

Parágrafo. Para la liquidación de la condena a que se contrae este ordinal, debe seguirse el procedimiento indicado por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Quinto. Se reconoce al demandado Heriberto Gómez Aristizábal el derecho de retención, hasta cuando los demandantes le paguen el valor de la construcción por él hecha en el terreno de éstos, que será determinado como se indica en el parágrafo precedente, y

Sexto. Sin costas en ninguna de las instancias del proceso ni en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

TECNICA DE CASACION

Proposición jurídica completa.

La violación directa excluye cualquier yerro del ad quem en la apreciación de las pruebas aducidas al proceso.

FUERZA MAYOR. Orden de autoridad judicial competente configura fuerza mayor porque la persona a quien se le comunica la orden no puede cuestionar su legalidad.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

Bogotá, D. E., 4 de septiembre de 1981.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 29 de enero del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Alberto Arango S. frente al Banco Popular.

I

El litigio

1. Mediante escrito de 10 de mayo de 1977, que en repartimiento de ese mes correspondió al Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, el citado Alberto Arango S. demandó a la entidad "Banco Popular - Sucursal Bogotá", en procura de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieses los siguientes pronunciamientos:

a) Que la entidad demandada está obligada a pagar al demandante la suma de $ 789.623.10, valor correspondiente al título de depósito judicial número 304871 de 31 de enero de 1972, de la cuenta del Juzgado Tercero Civil del Circuito de esta ciudad, como se lo ordenó dicho juzgado, en oficio número 243, expedido el 13 de marzo de 1973;

b) Que el citado Banco, al no haber pagado al demandante el referido título, incurrió en culpa que lo hace civilmente responsable, en razón de lo cual está obligado a indemnizarlo de "todos los perjuicios causados por su negativa"; y

c) Que se condene a esa entidad bancaria a pagar al demandante, además, el valor de las costas procesales.

En subsidio, de la primera súplica deducida en su demanda, solicita el demandante que se declare que éste tiene "título legítimo al pago del depósito judicial" número 304871 de 31 de enero de 1972, por valor de $ 789.623.10, y como subsidiaria de la segunda, pretende que se condene al Banco demandado a pagarle "el título judicial aludido, con sus intereses comerciales causados desde el 13 de marzo de 1973, fecha de la orden judicial, hasta cuando el pago se verifique".

2. Los hechos que el demandante invocó como fundamento de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizados en los siguientes:

a) Que en el proceso ejecutivo de Edmundo Tarazona Espinosa contra Luis Alberto Villamizar, que cursó en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, las partes, después de dilatadas controversias, de común acuerdo dispusieron "que el dinero embargado en el mismo, el cual se encontraba depositado en el Banco Popular, Sucursal Bogotá, fuera entregado en su totalidad" al aquí demandante;

b) Que dicha pretensión fue aceptada por el juzgado que conocía de la ejecución y, en consecuencia, mediante auto proferido el 1º de marzo de 1973, ordenó "la entrega del título número 304871 de enero 31 de 1972, por la suma de $ 789.623.10 al doctor Alberto Arango S., con cédula de ciudadanía número 18139, de Bogotá, y quien tiene facultad para recibir";

c) Que el 13 de marzo de 1973, una vez quedó ejecutoriada la providencia anterior y en cumplimiento de lo ordenado en ella, el juzgado libró el oficio número 243, dirigido al Banco demandado;

d) Que en esa misma fecha el demandante, provisto de dicho oficio y del título de depósito judicial ya aludido, los cuales el juzgado le había entregado conjuntamente, los consignó en su cuenta corriente número 31-015385 del Banco de Bogotá, Sucursal Calle 14, pero que éste recibió del Banco Popular "rechazo al cobro del título citado", estampando en éste arbitrariamente el sello de "Anulado";

e) Que a continuación el Banco Popular "realizó operaciones contables en virtud de las cuales el título ordenado pagar fue cancelado, y simultáneamente emitió el título número DJ-972249, de 14 de marzo de 1973, a favor del Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de esta ciudad, y

f) Que esa conducta del Banco demandado implicó el rechazo de la orden dada a él por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, contenida en el oficio número 243 del 13 de marzo, "la cual en ninguna forma había perdido su vigencia"; y, además, el desconocimiento de las normas legales regulativas de los contratos de cuenta corriente y de depósito de dineros judiciales, causándole al demandante muy graves perjuicios.

3. En su oportuna contestación a la demanda el Banco demandado se opuso a las súplicas del demandante; y en cuanto a los hechos en ella afirmados, negó los atinentes a los perjuicios y expresó no constarle los demás.

En su réplica a la demanda, la entidad demandada, para justificar su conducta, aseveró que en su proceder se limitó a cumplir "la orden de embargo recibida del Juzgado Segundo de Instrucción Criminal"; que en obedecimiento a esa ordenación, contenida en oficio número 1993 de 3 de noviembre de 1972, luego que recibió el oficio del Juzgado Civil, "puso a disposición del Juzgado Segundo de Instrucción Criminal el título de depósito judicial DJ-0972249 por igual valor"; y que, más tarde, por orden que le impartió este mismo juez, "se puso a disposición del Juzgado Octavo Penal del Circuito, mediante título de depósito F-0288481 por igual valor", pues que a este juzgado le había correspondido el conocimiento de la causa penal seguida contra Luis Alberto Villamizar Tarazona, por el delito de estafa.

En esa misma oportunidad la sociedad demandada propuso, como perentorias, las excepciones de pago, fuerza mayor y todas las demás "que resulten probadas".

4. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de las pruebas solicitadas por ambas partes, se adelantó la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 29 de enero de 1979, mediante la cual denegó todas las peticiones deducidas en la demanda; absolvió, en consecuencia, a la entidad demandada de todos los cargos que en ella se le enrostraron; e impuso al demandante, finalmente, la obligación de pagar las costas procesales.

5. Por virtud de la apelación que contra lo así resuelto interpuso el demandante, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, con la salvedad de voto de uno de los Magistrados integrantes de la respectiva Sala, en su sentencia de 29 de enero pasado confirmó el fallo absolutorio de primera instancia, pero con la adición consistente en declarar "probada la excepción de mérito de falta de legitimación en causa de la parte demandante".

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Tras la relación que de los antecedentes del litigio hace y de advertir la concurrencia de los presupuestos procesales, el Tribunal de Bogotá emprende las consideraciones para proferir sentencia de mérito.

Y, al efecto, delanteramente observa que, según la demanda, la acción principalmente deducida en ella busca hacer efectiva la responsabilidad civil que incumbe al Banco demandado, por haber desconocido la orden judicial contenida en el oficio número 243 de 13 de marzo de 1973 y consistente en que le pagara al demandante la suma de $ 789.623.10, representada en el título de depósito número 304871 del 31 de enero del año anterior.

Estima al punto el Tribunal *ad quem* que la situación fáctica planteada se halla regulada positivamente, y así debe gobernarla, por la Ley 2ª de 1963 y su Decreto reglamentario número 1978 del mismo año; por las normas del Código Civil (artículos 2236 a 2281), referentes al depósito; por las del Código de Comercio regulativas del depósito comercial, especialmente del artículo 1171; y, por último, las

de esta misma codificación (artículos 1385 a 1395, atinentes al contrato de cuenta corriente bancaria.

2. Luego de ponderar las pruebas incorporadas al proceso, dice el juzgador de segunda instancia que "en verdad han sido probados los hechos indicados en la *causa petendi* del libelo demandatario", haciendo en su fallo alusión concreta a los siguientes:

a) Con las "inspecciones judiciales, documentos y constancias de los cuadernos segundo y tercero", encuentra el Tribunal que el Banco demandado "anuló" el título número 304871, "y en lugar de entregar el dinero al demandante", lo puso a órdenes del Juzgado Segundo de Instrucción, "absteniéndose así de cumplir lo dispuesto por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá en el oficio *343 de marzo 15 de 1973* (f. 15, C. 1º)... habiendo dado cumplimiento en cambio al oficio número *1991 de 3 de noviembre de 1972*, expedido por el Juzgado de Instrucción Criminal...";

b) Que este último oficio, ordenado en el mismo auto cabeza de proceso del sumario que por el delito de estafa se adelantó contra Luis Alberto Villamizar Tarazona con base en denuncia formulada por Manuel Gómez Cerón, dice que según afirmación de los denunciantes la suma de $ 789.623.10, consignada en el Banco Popular mediante el título número 304871 de 31 de enero de 1972, "tiene que ver con el delito que se investiga, en virtud de lo dispuesto en el artículo 350 del Código de Procedimiento Penal..., se ordena librar oficio a la institución bancaria para los efectos de la disposición citada", por lo que en dicha comunicación se le pide al Banco tener en cuenta lo decidido "tan pronto como se produzca alguna decisión del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, en el sentido de poner a disposición de este Despacho (Juzgado de Instrucción Criminal) en forma inmediata la cantidad de *setecientos ochenta y nueve mil seiscientos veintitrés con diez* y bajo nuevo título de depósito, pues este dinero debe formar parte dentro del ilícito que se investiga";

c) La existencia del proceso ejecutivo que por la suma de $ 150.000.00 adelantó en el Juzgado Tercero Civil citado Eduardo Tarazona Espinosa contra Luis Alberto Villamizar Tarazona, dentro del cual se decretó el embargo "de las sumas de dinero que por cualquier causa" le adeude al ejecutado la Fábrica de Licores de Antioquia;

d) El hecho de que por oficio número 243 de 13 de marzo de 1973, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá le ordenó al Banco Popular pagar al demandante de este proceso ordinario, Alberto Arango, el título de depósito número 304871 por la suma atrás indicada, que se había recibido "del Banco Popular de Medellín, Fábrica de Licores de Antioquia";

e) La cesión que el 26 de abril de 1972 hizo Luis Alberto Villamizar Tarazona, ejecutado y denunciado penalmente en los procesos referidos, a favor de Alfonso Arango y Félix Sánchez Moreno: al primero, por $ 245.000.00; y al segundo, por $ 300.000.00, "del crédito que le fue embargado dentro del ejecutivo dicho... y en razón de ser Villamizar titular del mismo crédito, proveniente de un contrato celebrado por él con la Empresa de Licores de Antioquia...";

f) La existencia del auto de *9 de agosto de 1972*, por el cual el Juzgado Tercero Civil del Circuito reconoció la anterior cesión de derechos "por haberla consentido expresamente el acreedor... Eduardo Tarazona", providencia en la cual el Juzgado reconoció "al doctor Alberto Arango S., demandante dentro del presente ordinario, como apoderado judicial de Félix A. Sánchez Moreno, uno de los cesionarios...";

g) "En el mismo cuaderno principal, folio 9 —dice el *ad quem*— obra copia del auto de 1º de marzo de 1973, admisorio de la transacción entre las partes del ejecutivo, donde también se ordenó el levantamiento del embargo y secuestro de la suma respaldada por el título 304871, por $ 789.623.10 y se dispuso la entrega de ese título al doctor Alberto Arango S., 'con facultades para recibir'...";

h) En el interrogatorio de parte por él absuelto el 27 de octubre de 1977, continúa diciendo el Tribunal *ad quem*, el aquí demandante aceptó bajo juramento "que fue apoderado judicial de Félix Sánchez y Alfonso Arango en la última parte del proceso de ejecución tantas veces citado, 'cuando ya estaba para entregarse el título que dio origen a ese proceso'; que recibió el referido título *'como apoderado de ellos*, que tenía las atribuciones para recibir y que recibió el título 304871 'a nombre y para sus representados'... 'habiendo también dentro del valor de ese título una parte que me correspondía a mí como honorarios'...; y yo, como apoderado, era el responsable de repartir el dinero entre los cesionarios...";

i) Con "las piezas del proceso pena. adelantado contra Luis Alberto Villamizar" y que se agregaron al presente expediente, el Tribunal de la segunda instancia da por establecido, además, que dentro de aquél "pugnó el doctor Alberto Arango por obtener la entrega de la mencionada cantidad de dinero, lo cual le fue denegado por el Juzgado Catorce Penal del Circuito, quien en providencia confirmada en segunda instancia dispuso la entrega de ese dinero al apoderado de la parte civil, en representación de los denunciantes señores Eduardo Ordóñez Cerón y Manuel Antonio Gómez Ordóñez...".

Y amparado genéricamente en esa prueba documental, particularmente en el contenido de la providencia de 1º de febrero de 1977, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, infiere el *ad quem*, y así lo asevera en su sentencia hoy impugnada, que la entrega del dinero representado inicialmente en el título 304871 "al señor apoderado de la parte civil, la motivó la circunstancia de haber sido condenado por estafa el imputado Luis Alberto Villamizar Tarazona, *en razón de haberse demostrado la propiedad sobre el dinero por los denunciantes Manuel Gómez Ordóñez y Eduardo Ordóñez Cerón, como también el haberse encontrado evidenciado en el plenario penal el engaño y las maniobras engañosas realizadas por el inculpado para inducir en error a aquéllos llevándolos a entregar el anís de su propiedad a la Fábrica de Licores de Antioquia, haciendo soporte en que el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, sólo autoriza la entrega de las cosas aprehendidas dentro de la investigación y que no deban pasar a poder del Estado, en favor de aquellas personas que comprueben 'la propiedad, posesión o tenencia legítima', habiendo demostrado la propiedad los denunciantes tal como se dijo*" (el subrayado es del Tribunal).

3. Del análisis que del acervo probatorio hace, deduce el Tribunal *ad quem*, y así lo asevera en su sentencia, que "fracasado el intento de obtener el pago del título" de depósito por la vía extrajudicial, "*sólo quedaba en manos del verdadero propietario del dinero el adelantar proceso ordinario encaminado a obtener la declaración frente al Banco Popular de que éste está obligado a pagar la suma dicha, o la responsabilidad civil originada en la inejecución total de la obligación*", que es justamente (observa), el contenido de la demanda instaurada aquí por Alberto Arango S., "el cual la promovió en su propio nombre".

Pero que como éste, en el proceso ejecutivo referido, actuó "*en calidad de siempre mandatario judicial de Alfonso Arango S. y Félix Sánchez Moreno en relación con la mencionada suma de dinero, no habiéndosele otorgado por sus dueños sino la facultad de pedir su pago al Banco, entregar a cada uno su parte y reservarse sus honorarios, tal como se ha comentado con base en su propio dicho, no podía ante las circunstancias ampliamente examinadas precedentemente, demandar en su propio nombre la declaratoria de que se ha hablado, ni aun con base en el artículo 2342 del Código Civil, puesto que no ha invocado, ni menos demostrado, la ausencia de los dueños del título de depósito en cuestión, teniendo solamente contra sus mandantes un crédito por sus honorarios profesionales*" (subraya el mismo Tribunal).

4. Como razón corroborativa de la conclusión a que llega, estima el Tribunal que ésta cobra mayor fuerza si se considera que en el proceso ejecutivo que terminó por transacción, o sea en el que siguió ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá por Tarazona Espinosa contra Luis Alberto Villamizar, "dentro del cual actuó el doctor Alberto Arango S. como apoderado judicial", por lo que sus facultades como tal ya desaparecieron según lo preceptúa el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil.

III

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante. En la demanda respectiva y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente le formula a dicho fallo cuatro cargos: los dos primeros por violación directa de la ley sustancial, y los dos últimos por quebranto indirecto de ésta.

Por cuanto los dos iniciales vienen sustentados en fundamentos sustancialmente parecidos, la Corte procede a examinarlos y despacharlos en conjunto; y se encaminará luego, en el evento de improsperidad de los anteriores, a analizar conjuntamente los dos restantes, o sea los que acusan violación indirecta, pues también estos se apoyan en razones similares.

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa el amparado fallo de infringir directamente, por falta de aplicación, los artículos 2236, 2237, 2238, 2239, 2240, 2245, 2251, 2252, 2253, 2273, 2274, 2276, 2280 y 2281 del Código Civil, "a causa de la violación medio de los artículos 2142 del Código Civil y 70 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida".

2. En desenvolvimiento del cargo la censura, después de recordar algunas de las incidencias ocurridas en el proceso ejecutivo instaurado por Eduardo Tarazona contra Luis A. Villamizar, singularmente "la transacción celebrada entre las partes", aceptada por el juzgado del conocimiento por auto de 1º de marzo de 1973, asevera que "fue en virtud de tal transacción, como todas las partes me otorgaron el derecho de recibir y cobrar el título judicial antes dicho" y el juzgado, actuando en consecuencia, libró el oficio número 243 del 13 siguiente, en el cual le ordenaba al Banco Popular pagarle el valor de este título; pero que ese establecimiento bancario desconoció la orden judicial a él impartida y, en cambio, acatando la que en contrario le dio el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal, mediante oficio suyo número 1993 de 8 de noviembre de 1972, puso el dinero a la disposición del juzgado últimamente citado.

Añade la impugnación que al abstenerse el Banco de pagar al recurrente el referido título, "cuyo tenedor legítimo, único y exclusivo lo era el suscrito, me lesionó un derecho incorporado en ese título": que al proceder él a cobrar ese crédito no actuó "como apoderado de los señores Alfonso Arango y Félix Sánchez, quienes actuaron en calidad de cesionarios, ni en representación de las partes en el proceso de ejecución de Eduardo Tarazona contra Luis A. Villamizar, porque los cesionarios, como las partes, en virtud de la transacción realizada, me otorgaron el derecho autónomo al cobro de ese título, derecho este de carácter irreversible, porque ninguna otra persona podía tener legitimación para cobrar el aludido título, sino mediante nueva orden del juez titular de ese depósito, y quien legalmente no podía darla, porque se encontraría con la situación de nulidad procesal prevista en el numeral 3º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, ya que el proceso había concluido legalmente".

3. Concretando el error jurídico que encuentra al Tribunal, dice el censor que aquél, "a causa de la violación medio de los artículos 2142 del Código Civil y 70 del Código de Procedimiento Civil, infringió las normas de derecho sustancial señaladas en el encabezamiento del cargo"; y que "es obvio que el Tribunal, si no hubiera aplicado indebidamente" estos dos textos legales, "no me hubiera considerado mandatario y entonces hubiera surgido la plena capacidad para ser parte y la sentencia hubiera sido condenatoria".

Cargo segundo

1. Con éste, el recurrente acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria, también en forma directa y por inaplicación, de los artículos 669, 673, 740, 741, 742, 743, 745 y 754 del Código Civil, "a causa de la violación medio de la Ley 2ª de 1968 y su Decreto reglamentario número 1798 del mismo año; el artículo 681, ordinal 5º del Código de Procedimiento Civil y artículos 8º, 148 y 350 del Código de Procedimiento Penal".

2. En desarrollo de esta censura, el casacionista, después de rememorar que por disposición de la Ley 2ª de 1963 y su Decreto reglamentario número 1798 de ese año, el Banco Popular cumple funciones de depositario de dineros judiciales, asevera que el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, al aceptar la transacción celebrada en el proceso ejecutivo de Tarazona contra Villamizar, le entregó al recurrente, conjuntamente con el título número 804871, el oficio 243 de 13 de marzo de 1973, para que el Banco le pagara a él su valor.

Concretando el yerro de juzgamiento que a su juicio trae la sentencia, dice el casacionista que "en virtud de la transacción ya citada, la providencia judicial que aceptó dicha transacción creó un derecho nuevo dentro del referido proceso, derecho nuevo autónomo e independiente, cuyo titular lo era el suscrito".

3. Avanzando en la fundamentación de este cargo, dice el recurrente, después de citar alguna doctrina atinente a los efectos de las decisiones judiciales, que en él, en virtud del auto que aprobó la transacción ajustada dentro del proceso ejecutivo referido, el único propietario del título de depósito judicial que ha generado este litigio. "De ese contrato de transacción —afirma el censor— arranco mi derecho para el cobro del título, el que si podía ejercer por Caja ante el Banco Popular, puedo ejercerlo a través de la jurisdicción en caso de no pago por dicho Banco".

Rematando la formulación del cargo, dice el casacionista: "Es evidente, entonces, que tengo la titularidad suficiente para reclamar por la vía judicial el pago del título de depósito mencionado", porque éste en ningún momento ha sido "embargado y secuestrado por orden del Juzgado Segundo de Instrucción Criminal, ni por parte de ningún funcionario de carácter penal. Sólo ha operado una comedia de embargo y secuestro con clara violación" de las normas legales pertinentes; y que el sentenciador de segundo grado "no obstante haber reconocido que él era la persona designada por el juzgado para reclamar el pago de ese título, lo cual me daba la legitimidad en causa para actuar en este proceso, me la niega seguramente impresionado por el aspecto penal tratado en la parte motiva de la sentencia".

Se considera

1. Como claramente se desprende del extracto que de su sentencia se ha hecho, consideró el Tribunal que según sus supuestos fácticos, el caso aquí planteado está regulado positivamente, a más de las normas generales del Código Civil que rigen el depósito y el secuestro, por las del Código de Comercio, que regulan el depósito mercantil y la cuenda corriente bancaria, y también por la Ley 2ª de 1963 y su Decreto reglamentario número 1978 de ese mismo año. Y teniendo por punto de partida tales fundamentos de orden legal, el sentenciador *ad quem* profirió su sentencia.

Estima el censor, y así lo expresa tanto en el planteamiento como en el desarrollo de los dos cargos que se consideran, que con la negativa a las pretensiones de su demanda el Tribunal quebrantó, por implicación, los preceptos del Código Civil regulativos del contrato de depósito y del secuestro. O sea, que la demanda de casación no denuncia como infringidos por la sentencia que combate las disposiciones de la ley mercantil que disciplinan preferentemente el caso controvertido, también tenidas en cuenta en el fallo de instancia, omisión que de suyo torna imprósperas las acusaciones.

Insistentemente ha dicho la jurisprudencia de la Corte en efecto, "que cuando la sentencia del Tribunal ad quem decide sobre una situación dependiente, no de una sola norma sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama proposición jurídica completa. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como quebrantados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano" (sentencia de 16 de noviembre de 1967, no publicada aún en la Gaceta Judicial).

2. Pero no es el anterior el único defecto que en el plano de la técnica de la casación cabe hacerle a los cargos que aquí se consideran.

De la sola lectura de dichos dos cargos se advierte que, muy a pesar de venir claramente formulados por violación directa, su sustentación arranca esencialmente de que el censor en ambos estima, al contrario de lo que el Tribunal dedujo en el punto, que el demandante no actúa como apoderado de Alfonso Arango y Félix Sánchez con facultades para recibir, sino en su propio nombre, "porque los cesionarios del crédito, como las partes en el ejecutivo, en virtud de la transacción realizada, me otorgaron el derecho autónomo al cobro de ese título, derecho este de carácter irrevocable, porque ninguna otra persona, podía tener legitimación para cobrar el aludido título...".

Es decir, que parangonando los textos de la sentencia impugnada y los fundamentos de estos dos cargos, hay entre ellos una ostensible discrepancia, puesto que mientras aquélla considera que el aquí demandante, al cobrar extrajudicialmente el título, actuó como apoderado de los cesionarios del crédito, a quienes estima como los únicos propietarios de éste, las censuras creen, y así lo aseveran, que en dicho acto Alberto Arango no obró en calidad de mandatario sino como único propietario de lo depositado judicialmente. O sea, que las referidas dos censuras se edifican sobre presuntos errores que, en punto de la propiedad del crédito depositado judicialmente y no pagado por el Banco, habría cometido el ad quem en la apreciación de las pruebas aducidas al proceso. Lo cual significa que por no corresponder la sustentación de los cargos a la naturaleza de los ataques formulados, dichas acusaciones resultan imprósperas.

Porque si, como también lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia de la Corte, el quebranto directo de la ley sustancial implica, por contraposición a lo que constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que él no se produzca como consecuencia de yerro alguno en la apreciación de las pruebas, tiene que seguirse, como corolario obligado, que en la formulación de un cargo por quebranto directo el recurrente no puede separarse de las conclusio-

nes a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el sentenciador.

3. Si la violación directa de la norma sustancial se da cuando ésta se infringe derecha o rectamente, esto decir, sin consideración a la apreciación de los hechos, por lo que tal forma de infracción emana exclusivamente de los errores sobre la existencia, validez y alcance del precepto legal que trascienden a la parte resolutiva del fallo, tiene que seguirse que resulta contrario a la técnica de la casación formular cargos por quebranto directo de normas sustanciales, como aquí se hace, a consecuencia de la violación de otros preceptos también sustanciales.

La violación medio de que habla la doctrina, es distinción propio de la violación indirecta de la ley sustancial, pues en ésta no se lesiona dicha norma legal derecha o rectamente, como sí ocurre en la directa, sino mediante o a través de los yerros en la apreciación de las pruebas.

Al punto ha dicho la Corte: "Se advierte que en casación por la causal primera, se trata de violación de la ley, de modo que decir, como lo hace la demanda en los distintos cargos, que determinadas disposiciones legales han sido violadas 'en relación' con estas o aquellas disposiciones que cita, no tiene alcance en este recurso, porque la ley se infringe o no se infringe, pero no puede hacerse depender la violación del nexo de unos textos con otros, sin que estos resulten quebrantados, y en tal caso la violación los comprende todos. Al menos tal forma es confusa, y, por tanto, impropia en casación" (sentencia de 20 de mayo de 1963, G. J., T. CII, pág. 53).

4. Pero aun prescindiendo de la anterior observación, tampoco los dos cargos que se estudian resultarían procedentes. En efecto.

Si la sentencia del Tribunal desestimó todas las pretensiones del demandante, desde luego que absolvió al demandado de los cargos que en la demanda inicial se le enrostraron, ello significa que no aplicó en su fallo ni el artículo 2142 del Código Civil, referente al contrato de mandato, ni tampoco el 70 del de Procedimiento Civil, regulativo de las facultades del apoderado judicial. Y si no aplicó las citadas dos normas es errado acusar la sentencia, como lo hace el recurrente en sus censuras, por aplicación indebida de dichos dos textos legales.

No existiendo, pues, como no existe, la causa que según la demanda de casación fue a determinante de la violación directa de otros preceptos legales, la lógica indica que el quebranto de éstos tampoco se estructura, puesto que, concebida en tales términos la acusación, tiene que seguirse que si falta la causa, también faltarán los efectos que de ella se hacen dimanar.

5. Pero si haciendo abstracción de todos los defectos de técnica apuntados, debiera la Corte entrar a analizar en el fondo los dos primeros cargos de la demanda de casación que aquí se estudia, se vería obligada a decir, por las razones que adelante se consignan, que ellos resultan infundados y por ende insuficientes para quebrar el fallo impugnado.

En efecto. *Como quedó demostrado en el proceso y lo reconoce la sentencia del Tribunal, después de haber expedido el 31 de enero de 1972 el título de depósito número 204871 por valor de $ 789.623.10, a la orden del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, producto del embargo decretado por éste dentro del ejecutivo de Eduardo Turizona contra Luis Alberto Villamizar, el Banco Popular recibió el oficio número 1993 de 3 de noviembre de 1972, mediante el cual el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal le comunicaba, apoyándose para ello en el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal, que como esa suma de dinero "proviene de la ejecución del delito de estafa que se investiga", debe ponerla a disposición de dicho funcionario penal "tan pronto como se produzca alguna decisión" del Juzgado Tercero Civil. Por ello, en cumplimiento de esta orden de autoridad, el Banco, cuando el 13 de marzo del año siguiente recibió el oficio 243 del Juzgado Civil, mediante el cual se le comunicaba la orden de entrega a Alberto Arango de la suma secuestrada, le hizo saber a este Juzgado que no podía cumplir su ordenación y que, mediante el título DJ-972249, de 14 de ese mismo mes, ponía la suma de dinero dicha a disposición del Juzgado Segundo de Instrucción Criminal.*

Demostró pues plenamente el Banco demandado que no pudo hacer a su demandante la entrega de la suma de dinero depositada inicialmente en la cuenta del Juzgado del Circuito Civil, porque se lo impidió una orden de autoridad judicial competente, configurativa de una fuerza mayor o un caso fortuito (artículo 1º de la Ley 95 de 1890), suficientes por sí solos para eximirlo de la responsabilidad civil que aquí se le pretende deducir. Bastábale al Banco esa orden para no hacer la entrega del dinero al deman-

dante, porque la fuerza mayor, según el precepto legal citado, puede consistir en los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, puesto que la persona a quien se le comunica una ordenación de tal naturaleza tiene que cumplirla sin cuestionar su legalidad, so pena de comprometer, entonces sí gravemente, su responsabilidad civil.

6. Por lo dicho, se rechazan estas dos primeras censuras.

Cargo tercero

1. A través de éste, el recurrente acusa la sentencia de infringir, pero ahora por vía indirecta, las mismas normas legales que denuncia como quebrantadas en el cargo primero y por idénticos conceptos, como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de determinadas pruebas.

2. Asevera el casacionista, tratando de concretar el error de hecho que denuncia, que el título de depósito judicial número 304871 de 31 de enero de 1972, y el oficio número 243 de 13 de marzo del año siguiente, dirigido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito al Banco Popular, "forman una prueba que evidencia a todas luces que el dinero correspondiente a ese título se ordenó entregar y pagar al suscrito y no a otra persona, o sea que de acuerdo con lo que expresa el mismo título: '*El Banco no pagará el presente título a persona distinta de la que ordene el Juzgado*', era Alberto Arango S.... la única persona con suficiente titularidad para cobrarlo"; que "el error de hecho en la apreciación de esta prueba incurrido por el Tribunal, nos hace ver que una vez terminado el proceso de ejecución a que he hecho referencia, por la forma de la transacción, y ordenado entregar y pagar el título, ya había terminado el mandato existente entre el suscrito y Alfonso Arango y Félix Sánchez, y había surgido un derecho autónomo e independiente del proceso de ejecución"; que por tanto él "no estaba ejercitando ningún mandato, sino ejerciendo el derecho impuesto en virtud de la transacción"; que el "mandato estaba superado", y como el Juzgado Civil le había dado "la titularidad de cobrar el depósito, entonces tenía pleno interés jurídico para recurrir a la vía judicial...".

3. A intento de concretar el error de derecho que alega, dice el censor que se cometió "al no considerar el Tribunal la providencia" del Juzgado Tercero Civil del Circuito de 1º de marzo de 1973, "que aceptó la transacción entre las partes y ordenó la entrega y pago a mi favor del título judicial citado".

Agrega la censura que esa providencia "es de forzoso cumplimiento, no puede discutirse, hizo tránsito a cosa juzgada y era imperioso reconocerlo por parte del juzgador de instancia".

4. Rematando la formulación del cargo, dice el casacionista que los errores de hecho y de derecho cometidos por el Tribunal, los que aquí dice que consistieron en "no apreciar debidamente y con toda su fuerza, el título de depósito judicial, como el oficio 243 ya mencionado, y al desconocer la providencia del Juzgado Tercero Civil del Circuito", lo llevaron a incurrir en el error *in judicando* que acusa en el encabezamiento del cargo.

Cargo cuarto

1. Por éste, el recurrente en casación acusa la sentencia de ser violatoria, pero ahora por la vía indirecta, de las mismas normas legales cuyo quebranto denuncia en el cargo segundo y por los mismos conceptos que éste determina, a causa de los errores de hecho y de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de determinadas pruebas.

2. A intento de demostrar los yerros que enrostra al sentenciador *ad quem*, en su demanda, el casacionista, después de recordar el contenido de las diligencias de inspección judicial practicadas en el proceso, dice que, relativamente al título número 304871, "no ha existido en ningún momento el secuestro previsto en el artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, dentro del sumario iniciado por los señores Eduardo Ordóñez y Manuel A. Gómez contra el señor Luis A. Villamizar", por parte de autoridad penal alguna; y que "todo el andamiaje montado sobre la prevalencia de la jurisdicción penal sobre la civil, que da cuenta el presente proceso ordinario, no es más que un manto tendido por el Banco demandado, para ocultar su culpa".

Añade que como en ese proceso penal no se cumplieron las formalidades establecidas en los artículos 8º, 148, y 350 del Código de Procedimiento Penal, en concomitancia con el 681 del de Procedimiento Civil, numeral 5º, resulta que el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal le comunicó al Banco "un secuestro imposible jurídicamente; y que en la inspección judicial realizada en las dependencias del Banco se estableció que, según sus reglamentos inter-

nos, la anulación de un título de depósito sólo procedía con orden judicial previa".

3. La censura termina así la formulación de este cargo: "En el caso *sub judice* el Tribunal no ha tenido en cuenta en primer término la providencia del Juzgado Tercero Civil del Circuito, que aceptó la transacción realizada dentro del proceso de ejecución de Eduardo Tarazona contra Luis A. Villamizar, de forzoso cumplimiento y cuyo desconocimiento estructura error de derecho. Así mismo desconoció las diligencias de inspección judicial citadas, incurriendo en error de hecho ostensible y evidente".

Se considera

1. Las razones atinentes a la no integración de la indispensable proposición jurídica completa, por un lado; y, de otro, a la fuerza mayor en que se encontró el Banco para cumplir la orden del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, que la Corte esgrimió al despachar los dos primeros cargos, son, por su contenido y alcance, aceptables e idóneas, para advertir también la improsperidad de los dos restantes que acusan violación indirecta.

2. Pero si lo anterior no fuere suficiente para desechar los cargos tercero y cuarto de la demanda de casación, al entrar en su estudio de fondo la Corte tiene que decir que no existe ninguno de los errores de hecho y de derecho que a través del planteamiento y desarrollo de aquéllos el censor denuncia. En efecto:

No sólo en forma genérica, al hablar globalmente de las pruebas aportadas al proceso, sino también en forma expresa y en varios pasos de su sentencia, el Tribunal se refiere al título de depósito judicial número 304871 de 31 de enero de 1972; al oficio 243 de 13 de marzo de 1973, dirigido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito al Banco Popular, en el cual hace énfasis a todo lo largo del fallo; a la copia que "obra al folio 9 del cuaderno 1º", correspondiente al "auto de 1º de marzo de 1973, aprobatorio de la transacción entre las partes del ejecutivo, donde también se ordenó el levantamiento del embargo y secuestro de la suma respaldada por el título 304871, por $ 789.823.10 y se dispuso la entrega de este título al doctor Alberto Arango..."; y a las "inspecciones judiciales de los cuadernos segundo y tercero", o sea a las practicadas en el Juzgado Octavo Penal del Circuito y en las oficinas del Banco demandado.

Bastaría, pues, la simple lectura de la sentencia impugnada para advertir que el Tribunal *ad quem* sí vio y apreció en ella las pruebas a que la acusación se refiere; y que las apreció en su real contenido, sin alteración alguna para hacerles decir lo que dichos elementos no dicen, o para pasar por alto lo que sí expresan. Entonces, si el Tribunal no ignoró ninguno de los aludidos medios probatorios, ni menos desfiguró su contenido objetivo, los errores de hecho que el casacionista denuncia tienen que rechazarse por ser inexistentes.

3. En cuanto a los errores de derecho denunciados habría que decir, a más de que éstos jamás se dan por el desconocimiento de pruebas, que en su formulación no se citan las normas legales de disciplina probatoria que habrían sido infringidas con la sentencia, lo que es indispensable como lo ha sostenido insistentemente la jurisprudencia.

Cabría observar, finalmente, que según su sentencia, el Tribunal no desconoció validez probatoria ni a la copia del auto de la transacción, de 1º de marzo de 1973, ni a las inspecciones judiciales, sino que, apreciándolos en su contenido, estimó que el demandante carecía de legitimación en causa para pedir judicialmente y en nombre propio el pago del título de depósito.

4. Por lo expuesto, también se rechazan estas otras dos acusaciones.

IV

Decisión

En mérito de lo dicho la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de fecha veintinueve (29) de enero del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

CONTRATO DE MANDATO

En general es consensual; excepcionalmente solemne. El mandato para la celebración de contratos formales como la compraventa de inmuebles, no requiere escritura pública ni privada, por no constituir excepción a la regla consagrada en el artículo 2149 del Código Civil.

No siendo este el caso en que la ley expresamente exigiese solemnidad especial para constituir mandatario, no era necesario expresar con qué clase de representación se actuó en el otorgamiento de la escritura, ni presentar los documentos respectivos para su protocolización.

Prueba pericial: Su apreciación y calificación corresponden al juez de instancia y mientras no sea convicto de contraevidencia, su juicio no puede ser modificado en casación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrada auxiliar: doctora
Helena Gutiérrez R.

Bogotá, D. E., 14 de septiembre de 1981.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, con fecha 17 de noviembre de 1980, en el proceso ordinario seguido por Parmenio González León y Fanny Cárdenas de González frente a Olga Beatriz, Nelly Margarita, Martha Elena, Oswaldo Mardoqueo, Rosa Cecilia, José Ricardo Rivera Corredor y Arcenio de Jesús Montañez.

El litigio

Ante el Juez Primero Civil del Circuito de Duitama promovieron demanda ordinaria el 19 de enero de 1975, Parmenio González y Fanny Cárdenas de González contra Olga Beatriz, Nelly Margarita, Martha Elena, Oswaldo Mardoqueo, Rosa Cecilia y José Ricardo Rivera Corredor y Arcenio de Jesús Montañez, con el fin de obtener las declaraciones y condenas que a continuación se sintetizan:

Primera. Que se declare nulo el contrato de compraventa contenido en la Escritura número 102, otorgada en la Notaría Primera de Duitama el 10 de febrero de 1975, "por causa de indebida representación y ausencia de los requisitos formales esenciales que la ley determina para su validez".

Segunda. Que como consecuencia de la declaración de nulidad anteriormente requerida, se rescinda el referido contrato y se ordene que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban antes de su celebración, obligando a los demandados a restituir a los demandantes el inmueble objeto de la compraventa, junto con el valor de los frutos civiles.

Tercera. Que se ordene a la parte demandante devolver a los demandados la suma de $ 1.250.000.00, con sus intereses legales computados desde el mismo 10 de febrero de 1975 hasta la fecha en que le sea restituido el bien.

Cuarta. Que se ordene a los demandados a purificar las hipotecas y demás gravámenes que constituyeron sobre el inmueble en mención, con posterioridad al contrato y en el momento de registrarse la sentencia.

Quinta. Que se imponga a los demandados el pago de las costas procesales.

En subsidio, se solicitó:

Primera. Que se declare rescindido, por lesión enorme, el contrato de compraventa celebrado

mediante Escritura número 102 de febrero 10 de 1975, volviendo las cosas a su estado inicial.

Segunda. Que como secuela de la declaración de rescisión, se condene a los demandados a restituir a los demandantes el inmueble objeto del contrato, junto con el pago del valor de los frutos civiles causados desde la presentación de la demanda hasta cuando se efectúe la restitución del bien.

Tercera. Que se dé a los demandados la opción de completar el justo precio del inmueble, según tasación pericial, con deducción de la décima parte. Y en caso de no poderse completar dicho precio, que se ordene la inscripción de la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Duitama y la cancelación de la Escritura número 102 del 10 de febrero de 1975, para que los demandantes queden como propietarios del inmueble tantas veces citado.

Cuarta. Si los demandados consienten en la rescisión, ordenar que los demandantes les devuelvan la suma de $ 1.250.000.00, más los intereses legales al 6% anual, desde la fecha de la demanda hasta el día de la devolución del bien.

Quinta. Que se ordene a los demandados la purificación de los hipotecas y demás gravámenes constituidos sobre el inmueble después de su venta y en el momento de registrarse la sentencia.

Sexta. Que se condene a los demandados al pago de costas.

Los demandantes fundaron su *causa petendi* en los hechos que así se resumen:

Que en el mes de enero de 1975, Parmenio González León, "apremiado por graves problemas económicos, acordó efectuar la venta del edificio de su propiedad distinguido con los números 14-03 y 14-11 por la carrera 19, y 18-89 por la calle 14, al señor Mardoqueo Rivera Molano por la suma de un millón doscientos cincuenta mil pesos ($ 1.250.000), obligándose el comprador a pagar al Banco Central Hipotecario el valor de la hipoteca que gravaba el inmueble y el saldo en dinero efectivo, imputándose estos dos abonos al precio pactado".

Que la negociación anterior se perfeccionó mediante Escritura pública número 102 del 10 de febrero de 1975, otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Duitama, en la cual aparecen como vendedores Parmenio González León y Fanny Cárdenas de González y como compradores, Olga Beatriz, Nelly Margarita, Martha Elena, Oswaldo Mardoqueo, Rosa Cecilia y José Ricardo Rivera Corredor, hijos legítimos de Mardoqueo Rivera Molano, del bien ubicado en el perímetro urbano del Municipio de Duitama, cuyos linderos se expresan en la misma narración.

Que los compradores fueron representados por Arcenio de Jesús Montañez, quien adquirió el inmueble con dinero recibido de los mismos, como consta en el instrumento de la citada negociación.

Que en la fecha en que se otorgó la escritura, los compradores Olga Beatriz, Nelly Margarita y Martha Elena eran mayores de edad, y Oswaldo Mardoqueo, Rosa Cecilia y José Ricardo Rivera Corredor eran menores adultos.

Que la Escritura pública número 102 de 10 de febrero de 1975 en mención contiene inexactitudes sobre el precio del contrato, pues en ella figura la suma de $ 700.000.00, cuando realmente fue de $ 1.250.000.00, y adolece además de los siguientes vicios que la invalidan: a) Que los menores adultos fueron representados por Arcenio de Jesús Montañez, habiendo debido serlo por sus padres o en defecto de éstos por sus guardadores; b) Que los mayores de edad estuvieron igualmente representados por Arcenio de Jesús Montañez, sin tener personería para ello, pues en el acto notarial no aparece indicada la clase de representación que debía ejercer, ni se encontró protocolizado el documento que la acreditaba; c) Que en la escritura no se consignaron los datos sobre estado civil, edad y domicilio de los compradores, ni se acompañaron sus documentos de identificación, ni su paz y salvo de renta.

Que el precio comercial del inmueble, objeto de la compraventa, en la fecha del contrato, era superior a $ 1.000.000.00, y que al haberse vendido por $ 1.250.000.00, o sea por menos de la mitad de su valor, los demandantes sufrieron lesión enorme.

Con oposición de la parte demandada, que aceptó algunos de los hechos de la demanda y rechazó otros, se surtió la primera instancia, la cual culminó con sentencia de 10 de junio de 1980, que declaró la nulidad absoluta de la referida Escritura número 102 de 10 de febrero de 1975, y que el inmueble materia de la venta es de propiedad exclusiva de los demandantes; hizo los pronunciamientos correspondientes a las restituciones mutuas, absolvió a Arcenio de

Jesús Montañez de los cargos que se le formularon, declaró no probada la objeción hecha por los demandados al dictamen pericial rendido el 17 de junio de 1978 y condenó a estos últimos al pago del 75% de las costas a favor de los demandantes y a estos el 25% a Arcenio de Jesús Montañez.

Por apelación de la parte demandada, se abrió el segundo grado de la causa, el que culminó con la sentencia del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, de fecha 17 de noviembre de 1980, mediante la cual revocó íntegramente la del *a quo*, negando las pretensiones de la demanda, absolviendo a los demandados de todos los cargos que se les formularon y condenando al pago de las costas de ambas instancias a la parte actora a favor de aquéllos.

Contra este último pronunciamiento interpusieron los demandantes el recurso de casación que ahora ocupa a la Corte.

La sentencia acusada

Después de transcribir las peticiones y los hechos consignados en la demanda, así como la parte resolutiva del fallo con que terminó la primera instancia, el Tribunal entra a analizar la pretensión principal para determinar si existe o no la nulidad alegada y, en caso positivo, si se trata de una nulidad absoluta o relativa, para deducir las consecuencias de lo que se demuestre.

Manifestó el fallador que, aunque es cierto que en la cláusula primera de la Escritura número 102 de 1975 se dijo que los compradores estaban representados por Arcenio de Jesús Montañez, sin haberse especificado la clase de representación que ejercía, de las declaraciones unánimes rendidas bajo juramento por los demandados pudo establecerse que se trataba de una representación voluntaria conferida mediante mandato verbal. Pero, como entre esos compradores había tres menores púberes y no se encontró constancia alguna de haber sido autorizados por sus padres o guardadores para otorgar poder al señor Montañez o para adquirir directamente el edificio, se incurrió en una omisión. Al respecto dijo el Tribunal: "La omisión anterior, estima la Sala, afecta de nulidad relativa el acto de compraventa recogido en la Escritura número 102 de febrero 10 de 1975, nulidad que de acuerdo con la ley y la doctrina sólo puede ser reclamada por los mismos menores y en manera alguna, en el caso *sub judice*, por los vendedores o demandantes".

Continúa diciendo el fallador que el contrato sólo estaría libre de esa nulidad, si los menores hubieran comprado el inmueble con dineros provenientes de su peculio profesional, pero como esto no constaba, se concluía que sí había una nulidad relativa alegable únicamente por ellos.

Con relación a la carencia de personería de Arcenio de Jesús Montañez para representar a los compradores, se remitió el Tribunal al artículo 2149 del Código Civil, según el cual "el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por Escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible y aun por aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra". Dedujo luego de esta disposición, que el poder para realizar un acto jurídico será en algunos casos solemne, como el que da el varón para ser representado en la ceremonia de matrimonio, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 57 de 1887 y el de mandato general que se confiere para todos los negocios del mandante; en otros, por escrito, como el del abogado para que se encargue de un proceso judicial, y cuando la representación es voluntaria, puede darse en cualquiera de las formas indicadas en el artículo 2149 antes transcrito.

Después de citar doctrina de la Corte sobre el mismo tema, concluyó que "aun cuando el poder para comprar o para vender un inmueble, es conveniente constituirlo por escritura pública, como regla general, sin embargo, cuando se hace en otra forma, como puede ser la verbal, el acto principal de la venta no queda afectado de nulidad, si se ha hecho saber a la persona con quien se contrata, que se está representando al vendedor o al comprador y tal conocimiento queda escrito en la escritura pública. Por eso se dice en la doctrina que se acaba de transcribir: '...por lo cual, quien da su consentimiento para vender, en nombre del mandante, es mandatario, de manera que la solemnidad de la escritura indispensable para tal manifestación, *no lo es para el mandante que puede expresarse en cualquiera de las formas previstas por el artículo 2149 a que se ha hecho mérito*, desde el momento en que, como dice el artículo 1505 del Código Civil, lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si se hubiese contratado con él..." (subraya la Sala). (Tomado de sentencia de 29 de mayo de 1959.)

Al comentar el alegato de conclusión de la parte actora, respecto a las normas de los Decretos 960 y 2163 de 1970, que regulan la representación, se refiere a la Escritura número 102, materia del proceso en estudio, para observar que le faltaron algunos de los requisitos ordenados por los artículos 25, 26 y 28 del Decreto primeramente citado, reformado el último por el 36 del Decreto 2163, los cuales pasa a examinar para resolver si la falta de aquellos vician de nulidad la aludida escritura.

El numeral 4º del artículo 99 del mismo Decreto 960 enseña que "desde el punto de vista formal, son nulas las escrituras en que se omite el cumplimiento de los requisitos esenciales en los siguientes casos: 4º Cuando no aparezcan la fecha y el lugar de la autorización, la denominación legal del notario, los comprobantes de la representación o los necesarios para autorizar la cancelación". Con relación a la Escritura 102 dice el Tribunal que la nulidad por carencia de los comprobantes de la representación a que se refiere la disposición acabada de transcribir, se habría producido si ésta fuera general, pero como "la ley no exige formalidad o solemnidad especial, como sería en el caso que nos ocupa, no hay necesidad de acompañar comprobante de representación y como consecuencia la nulidad alegada no existe, porque, se repite, el poder para... comprar un inmueble no necesita solemnidad alguna y se puede conferir aun verbalmente o de un modo que sea inteligible fácilmente".

En cuanto al numeral 5º del mismo artículo 99, no puede predicarse nulidad, pues el representante se identificó claramente en la escritura en mención, afirmó el sentenciador.

Respecto a los demás defectos alegados por los demandantes, no encontró causales de nulidad, por no estar contemplados por la ley como tales.

Por las razones expuestas, el Tribunal decidió que debía revocarse el fallo del *a quo* y proceder al estudio de la petición subsidiaria de rescisión del contrato de compraventa, por lesión enorme.

Como quien alegó haber sufrido la lesión enorme fue el vendedor, el Tribunal pasó a examinar si realmente había recibido por el edificio vendido menos de la mitad del justo precio que tenía al tiempo de la celebración del contrato.

Como por acuerdo entre demandantes y demandados se efectuó un primer avalúo del bien materia de la compraventa y el correspondiente dictamen pericial fue objetado por la parte demandada, por error grave, el Tribunal, teniendo en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obran en el proceso, encontró que los peritos Aristides Camargo Alvarado y Evardo Calderón se limitaron a hacer una descripción del estilo arquitectónico y de los materiales y terminados de la construcción, y a comentar su ubicación en un sector comercial donde se venden automotores y repuestos para éstos, y a relacionar la extensión del lote y el número de metros construidos, según el número de pisos, "concluyendo que el edificio, según su leal saber y entender tiene un precio total de $ 2.897.800.00, dando luego el valor de la construcción y del lote por separado".

"Como puede observarse, continúa el *ad quem*, en la peritación anterior, no se encuentra la razón del precio dado al inmueble en conjunto, pues no dan explicación de cómo lo determinaron, ya que no cuentan de dónde obtuvieron información sobre el precio del metro cuadrado de terreno, precio de materiales de construcción, valor de la mano de obra, por la época en que se realizó el contrato de compraventa. Es decir, razones claras, para que pudieran merecer su aceptación como prueba pericial. Y hasta cierto punto explicable que tal peritación soporta grandes deficiencias, pues los peritos que actuaron son absolutamente desconocedores de la técnica y aun práctica sobre la materia de la construcción. Por consiguiente, el peritaje dado por Aristides Camargo Alvarado y Evardo Calderón deberá ser desechado, por carecer totalmente de fundamentos sólidos precisos y convincentes sobre el precio dado por ellos para el momento de la compraventa".

Concluye esta parte del Tribunal diciendo que en el citado peritazgo se cometió gravísimo error, en cuanto a la forma o procedimiento que debía emplearse para producirlo, pues tanto en la fundamentación como en las fuentes de información hubo fallas, máxime cuando los peritos nombrados no eran profesionales, o por lo menos prácticos, en materia de construcción.

Respecto a la fijación del precio del edificio, el *ad quem* expresó que "no puede decirse en estricto derecho que haya error grave en el dictamen, pues lo que sucede es que el parecer

de los peritos ya nombrados, no puede bautizarse con el nombre de dictamen pericial, sobre todo en lo que respecta a la fijación del precio justo en el momento en que se celebró la compraventa del edificio, pues como antes se dijo, carece de fundamentación su concepto".

Como el *a quo* decretó un segundo dictamen pericial, con motivo de la objeción formulada oportunamente al primero, el sentenciador procedió a examinar su mérito.

Observó, en primer lugar, que los dos peritos nombrados son profesionales de la arquitectura y de la ingeniería, respectivamente, y luego relacionó en detalle los pormenores del correspondiente informe pericial, para manifestar que "el dictamen anterior, por su discriminada y clara fundamentación, por expresar las fuentes de información y por la profesión de los peritos, es aceptable y debe como consecuencia tenerse en cuenta en el proceso para que surta sus efectos legales".

Por último, con base en el segundo dictamen pericial, entró el Tribunal a resolver si se causó o no la lesión enorme alegada por la parte demandante.

Si el valor recibido por los vendedores fue de $ 1.250.000.00, como se demostró plenamente, para configurar la lesión enorme era necesario que el justo precio del inmueble, en el momento de la compraventa, fuera superior a $ 2.500.000.00 y como el fijado en la prueba pericial aprobada fue de $ 2.078.847.05, inferior al doble del que los compradores pagaron por el bien objeto del contrato, no se causó esa lesión a los vendedores.

El recurso extraordinario

Con fundamento en la causal primera de casación del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, formula la parte demandante tres cargos, que la Corte procede a despachar en el orden en que fueron propuestos.

Primer cargo

Se acusa la sentencia de violación directa por falta de aplicación de los artículos 12, 13, 28 y 99, numeral 4º del Decreto 960 de 1970, con la modificación que al 28 introdujo el artículo 36 del Decreto 2163 del mismo año; 1740, 1741, 1746 y 1857 del Código Civil; 2º de la Ley 50 de 1936 y 265 del Código de Procedimiento Civil.

En desarrollo de la censura, después de hacer una breve exposición sobre la finalidad de los requisitos y formalidades establecidos por el legislador para la celebración de los actos jurídicos, en cuanto a la existencia y validez, así como de las consecuencias de su omisión, con referencia a algunas de las disposiciones que regulan las nulidades absolutas y relativas, a jurisprudencia de la Corte y a comentarios de notables tratadistas sobre la materia, arguye el recurrente que el sentenciador incurrió en manifiesto error *iuris in iudicando*, al haber negado la nulidad formal de la Escritura número 102 de 10 de febrero de 1975, por encontrar "que el mandato para celebrar un contrato de compraventa sobre inmuebles, por ser meramente consensual, puede conferirse inclusive verbalmente". Y que según el numeral 4º del artículo 99 citado, el comprobante de la representación sólo debe acompañarse cuando la ley mande que ella se confiera en forma solemne o con alguna formalidad especial, como sería el poder general para todos los negocios, o el poder para que el varón contraiga matrimonio, etc.; "que en los demás casos, o sea cuando la ley no exige formalidad o solemnidad especial, como sería en el caso que nos ocupa, no hay necesidad de acompañar comprobante de representación y como consecuencia la nulidad alegada no existe, porque, se repite, el poder para vender o comprar un inmueble no necesita solemnidad alguna y se puede conferir aun verbalmente o de un modo que sea inteligible fácilmente".

El censor replica que "cuando el numeral 4 preciado erige en causal de nulidad formal de la escritura pública el hecho de no aparecer en ella *los comprobantes de la representación*, no estaba haciendo otra cosa que sancionando con la nulidad del instrumento la transgresión, por parte de quien comparece en ella como representante de alguno de los contratantes, de los preceptos contenidos en los artículos 25 y 28 del citado decreto, que imponen a dicho representante el deber *de expresar la clase de representación* que ejerce y de presentar, para su protocolización, los documentos que la acrediten". Continúa diciendo que donde la ley no distingue, el intérprete no puede hacerlo, y que como las normas sobre representación tienen carácter general, no es posible sostener, como lo hizo el Tribunal, que cuando aquélla es voluntaria, como "no requiera prueba solemne, no es menester expresar la clase de representación ni presentar los documentos respectivos para su protocolización, puesto que se estaría

haciendo una distinción que el texto de las normas no permite". Para reforzar su tesis, el censor se remite, además, a la modificación que el artículo 36 del Decreto 2163 de 1970 introdujo al 28 antes citado, la cual consiste en la presentación de los documentos de la representación para que se protocolicen con la respectiva escritura. Dice que "es en el acto mismo de otorgarse la escritura cuando debe presentarse esa prueba, y no posteriormente, dentro del proceso que se adelante, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la escritura por no haberse cumplido ese requisito".

Concluye el recurrente, manifestando que "el error jurídico en que incurrió el Tribunal al sustentar tesis que contraría abiertamente el precepto contenido en el numeral 4º precitado, lo llevó a revocar la sentencia de primer grado y a negar la declaración de nulidad formal de la escritura impetrada en la súplica primera del libelo introductorio del proceso, con quebranto directo de los preceptos sustanciales señalados en el encabezamiento del cargo, por no haberlos hecho actuar en el caso litigado, siendo pertinentes.

Se considera

Se hace consistir el cargo, esencialmente, en la violación directa de los artículos 28 y 99, numeral 4º, del Decreto 960 de 1970, con la modificación que al 28 le introdujo el artículo 36 del Decreto 2163 del mismo año, que establecen como requisitos formales para la validez de la representación en el otorgamiento de las escrituras públicas, la presentación de los comprobantes que la acrediten y su protocolización. Como la infracción de las demás disposiciones de la acusación depende de lo que la Corte resuelva sobre la de los artículos inicialmente citados, se procede a resolver lo conducente.

Al haberse demostrado dentro del proceso ordinario que fue de carácter voluntario la representación con que se actuó en nombre de los compradores, en el otorgamiento de la Escritura pública número 102 de 10 de febrero de 1975, mediante la cual se celebró el contrato de compraventa de un bien inmueble, hizo bien el Tribunal al aplicar las normas que regulan la representación, a efecto de decidir si la nulidad formal alegada tuvo lugar.

Según lo dispuesto por el artículo 2149 del Código Civil, la representación voluntaria puede darse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios, por otra; y su aceptación, como reza el artículo 2150 ejusdem, puede ser expresa o tácita, siendo esta última toda acto de mandatario en ejecución del mandato.

Se desprende del contexto de estas normas que el contrato de mandato, en general, es consensual y no requiere, por lo tanto, de formalidades especiales para su perfeccionamiento. Excepcionalmente es solemne cuando así lo exige la ley para constituirlo, como ocurre para que el varón contraiga matrimonio por poder, según el artículo 11 de la Ley 57 de 1887 y con el poder general para toda clase de procesos y los poderes especiales para varios procesos separados de acuerdo con lo establecido en el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil.

Reiteradamente y desde 1958, la doctrina de la Corte ha venido sosteniendo que el mandato para la celebración de contratos formales, como la compraventa de inmuebles o de derechos hereditarios, no exige escritura pública ni privada, pues estos casos no constituyen excepciones a la regla que consagra el artículo 2149 del Código Civil, por ser el mandato eminentemente consensual (Casaciones: 4 septiembre de 1958, LXXXIX, 2202, 29 mayo de 1959, 2211 y 2212, 585 y ss.; 10 marzo 1960, XCII, 2223 y 2224, 384).

En fallo de mayo 4 de 1966, reafirmó la Corte su doctrina respecto al contrato de mandato, al transcribir el siguiente aparte de su sentencia de 29 de abril de 1959: "'En esta forma, entre disposiciones expresas de ineludible aplicación, no puede concluirse que la categoría del mandato deba estar conforme con la del acto para el cual se confiere, ya que las reglas generales de derecho determinan que sea la norma que regula el caso la que debe actuar, y que no sean de recibo disposiciones que reglamentan materias diferentes. Por otro lado, no puede desconocerse que se trata de dos contratos distintos, el de mandato y el de compraventa, el primero de los cuales genera derechos y obligaciones personales que no pueden afectar la situación jurídica del segundo, por lo cual quien da su consentimiento para vender, en nombre del mandante es el mandatario, de manera que la solemnidad de la escritura indispensable para tal manifestación, no lo es para la del mandante que puede expresarse en cualquiera de las formas previstas por el artículo 2149 a que se ha hecho mérito, desde el momento en que,

como dice el artículo 1505 del Código Civil, lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado con él'... La Corte reitera ahora la doctrina expuesta en los fallos últimamente citados, porque siendo el mandato un contrato consensual, que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, sin necesidad de formalidad especial (excepto en los casos expresamente señalados por la ley), no hay razón para exigir en el poder para un acto solemne, las mismas solemnidades requeridas para el acto en vista del cual se otorga.

"El mandato es un contrato principal, que subsiste por sí mismo, independiente de otro, y tiene características propias, que no se confunden con las del acto jurídico para el cual se confiere" (CXVI 2281, 71, 72).

Aunque el numeral 4º del artículo 99 del Decreto 960 de 1970 exige en cuanto a nulidad formal de las escrituras, el hecho de no aparecer en ellas los comprobantes de la representación, y el artículo 25 ibidem, modificado por el 36 del Decreto 2163 del mismo año, dispone que el representante indique la clase de representación que ejerce y presente para su protocolización los documentos que la acrediten, no se les puede dar a estos requisitos un alcance de carácter general, como lo ha manifestado el casacionista, pues con esta interpretación se estaría desconociendo la vigencia de las disposiciones que regulan el mandato, el cual, como ya se vio, es un contrato consensual que puede conferirse por cualquiera de las formas establecidas en el artículo 2149 del Código Civil, con excepción de los casos en que la ley expresamente exige alguna solemnidad especial para su constitución.

Por otra parte, el Decreto 960 en mención, expedido en virtud de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República por la Ley 8ª de 1969, tuvo por objeto dictar el estatuto de notariado y en ningún caso modificar o derogar principios o normas del Código Civil referentes a la representación, como lo corrobora su artículo 232 al decir: "Deróganse el título 12 del Libro 4º del Código Civil y las disposiciones que lo han adicionado o subrogado, relativas a los materias reguladas por el presente estatuto". No se puede, en consecuencia, sostener que los precitados artículos 28 y 99, numeral 4º, hayan modificado lo establecido por los artículos 2149 y 2150 del Código Civil respecto al otorgamiento del mandato y su aceptación.

Como en el caso de autos, la representación fue conferida verbalmente, según la manifestación unánime de los mandantes y su aceptación quedó probada con la ejecución del mandato, acertó el sentenciador al sostener que no era necesario expresar con qué clase de representación se actuaba en el otorgamiento de la escritura de compraventa, ni presentar los correspondientes documentos para su protocolización. Por lo tanto, la nulidad alegada carece de fundamento y, entonces, el cargo no prospera.

Segundo cargo

Dentro de la causal primera de casación, se acusa la sentencia del Tribunal de infracción indirecta, a causa de errores de hecho en la apreciación de las pruebas, de los artículos 1946, 1947, 1948 y 1953, del Código Civil, 238, numeral 7 y 241 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación, y por aplicación indebida del artículo 238, numeral 6 del Código de Procedimiento Civil.

En su desarrollo, y después de referirse a algunos de los apartes de la sentencia impugnada, como base de su acusación, manifiesta el censor que el Tribunal incurrió en equivocación "al declarar 'que hubo error grave en el dictamen por falta de fundamento', pues sabido es que son dos cuestiones jurídicamente distintas el error grave en un dictamen pericial y la falta de fundamentación del mismo. El error supone conceptos objetivamente equivocados, y da lugar a que se deseche el dictamen y se designen nuevos peritos para que rindan un nuevo concepto. La falta de fundamentación se ofrece cuando los peritos no exponen las razones que sirvan de apoyo a sus conclusiones, o son deficientes, y da lugar a que se le desestime como prueba. Podría suceder, inclusive, que el concepto de los expertos, no obstante la falta de fundamentación, esté de acuerdo con la realidad de los hechos. En tal caso no procedería la objeción por error grave, como es obvio, sino la solicitud para que se le desestime".

Con apoyo en lo anteriormente expuesto y en lo establecido por los artículos 238 y 238, numeral 6, del Código de Procedimiento Civil, respecto a la procedencia y contradicción de la prueba pericial, el censor, para fundamentar el cargo, hace las siguientes consideraciones:

Que, como se ve de los folios 8 a 11 del cuaderno 4, la parte demandada objetó por error grave el primer dictamen pericial para, que se desestimara y se acogiera el practicado dentro del incidente, por cuanto en aquél los peritos no indicaron las razones o fundamentos de sus apreciaciones, ni tuvieron en cuenta las pruebas y el informe allegados a la correspondiente diligencia de inspección judicial en que intervinieron, y porque sin previa consulta, ni estudio, dieron las áreas del lote y de la construcción y estimaron el valor del edificio, y porque, finalmente, incurrieron en error grave al no haber avaluado la totalidad de las mejoras realizadas por los compradores.

Que el Tribunal, sin detenerse a averiguar cuáles habían sido los conceptos de los peritos contrarios a la realidad establecida en el proceso; sin precisar el error grave en que éstos habrían incurrido; sin puntualizar las pruebas que demostrarían que los precios señalados para el metro cuadrado de construcción y de terreno estaban muy distantes de los que tenían en el momento de la celebración del contrato, "y apoyado excesivamente en la afirmación de que el dictamen mencionado carecía, a su juicio, de fundamentación, declaró que los peritos que lo rindieron habían incurrido en error grave".

De lo hasta aquí aducido, concluye el recurrente diciendo que: "Si, como se dejó visto, no pueden confundirse fenómenos jurídicos esencialmente distintos, como el error grave de los expertos y la falta de fundamentación del dictamen, y si el practicado en el incidente sólo puede ser acogido cuando se demostró plenamente que los primitivos peritos erraron gravemente, síguese que el Tribunal incurrió en notorio desatino al declarar que dichos peritos incidieron en error grave por no haber fundamentado su experticio, al tomar en cuenta el segundo sin existir error grave en el primero, y al apoyar en aquél la declaración de que los vendedores no sufrieron lesión enorme".

Relaciona a continuación los errores de hecho que, según su criterio, sirvieron al sentenciador para hacer la anterior declaración, a saber:

a) No haberse dado cuenta el Tribunal que la falta de fundamentación alegada por la parte demandante al dictamen de los primeros peritos, no podía servir de fundamento a una objeción por error grave, por tratarse de dos fenómenos esencialmente diferentes. De haberlo percatado, no habría declarado que los peritos incurrieron en error grave por ser infundado su concepto, ni lo habría desechado para acoger el otro;

b) No haber visto el sentenciador "que uno de los errores graves que se achacan a los peritos es el de haber conceptuado que el área total de la construcción era de 902.21 M², cuando de conformidad con los planos y el informe técnico del ingeniero Corredor, dicha área es de 882.40 M2, lo que da una diferencia de 19.81 M²... Ni vio que tal error no existe, puesto que en los planos del arquitecto Corredor (cuaderno 4), cuadro de áreas, aparecen 188,19 M², como área del lote, o sea 19 centímetros más de la señalada por los peritos; y un área total de 867.21 M² para la construcción. Si a esta cifra se agregan los 35 M² que según los peritos tiene la terraza, que no figura en los planos, da exactamente los 902.21 M² que fijaron los expertos. Tampoco tomó nota de los conceptos del ingeniero Campo Elías Blanco, perito del Banco Central Hipotecario de Duitama (cuaderno 5, folio 31), y de la Sociedad Colombiana de Peritos Avaluadores (Cd. Fls. 44 ss.) que confirman el concepto de los peritos Calderón y Camargo. Más aún: no tomó nota de que según los nuevos peritos, el lote tiene 188.92 M² y la construcción, 953.42 M² (id. Fl. 72). Aquí sí los que erraron gravemente fueron estos peritos. No está de más observar que aquellos conceptos, autorizados por el artículo 238-7 del Código de Procedimiento Civil, fueron decretados por el juez como pruebas, a petición de los demandantes";

c) Tampoco consideró otro de los errores señalados a los primeros peritos, en cuanto al precio que fijaron al lote en la fecha del contrato, por la suma de $ 282.000.00 y de $ 2.615.800.00 a la construcción, a razón de $ 1.500.00 para el M² de terreno y para el de construcción a $ 2.899.32, los que para el objetante eran de $ 1.000.00 y $ 1.000.00, respectivamente. Sobre este particular, dice el censor, que el Tribunal no vio que el objetante no probó que esos fueran realmente los precios, ni que en el expediente obraran elementos de juicio que corroboraban el concepto de los peritos en mención, como son: el del perito del Banco Central Hipotecario, la Sociedad Colombiana de Peritos Avaluadores y la Cámara Colombiana de Construcción (cuaderno 5, Fl. 41). "Los peritos designados en el incidente en forma que me atrevo a calificar de insólita, dieron un valor de $ 800.00 para el metro cuadrado de terreno, y de $ 1.530.17 para el de construcción, distanciándose ostensiblemente de lo-

dos los demás conceptos e incurriendo, ellos sí, en error de mucha monta";

d) Pasó por alto el Tribunal el hecho de que los peritos designados en el incidente, al determinar el precio del metro cuadrado de construcción, tuvieron en cuenta exclusivamente el valor de los materiales, dejando por fuera el de la mano de obra, el de los honorarios del arquitecto, el de la financiación, etc., factores que inciden sustancialmente en dicho precio";

e) No tuvo en cuenta el sentenciador que los primeros peritos, para rendir su dictamen, consideraron una serie de factores que constituyeron los fundamentos del mismo y que les sirvieron para fijar el precio del lote de terreno y de su construcción en febrero de 1975, lo cual lo llevó a afirmar que tal dictamen carece "totalmente de fundamentos sólidos, precisos y convincentes",

f) Finalmente, no se dio cuenta de que en el proceso no existe prueba alguna que demuestre fehacientemente el grave desacierto en que habrían incurrido los peritos al señalar las áreas del lote de terreno y de la construcción, y al fijar el valor de uno y otra. Y que al no haberse demostrado que el concepto de los peritos se halla contradicho por la realidad que surge del material probatorio, la objeción por error grave resultaba necesariamente imprósperа".

Añade el recurrente que, a causa de los errores puntualizados, el Tribunal declaró que hubo error grave en el primer dictamen por falta de fundamentación, y no porque sus conceptos fueran contrarios a la realidad, declaración que a la vez lo llevó a "considerar el segundo dictamen, sin poder hacerlo, para declarar, con base en él, que los demandantes no sufrieron lesión.

Se considera

1. Como reiteradamente lo ha sostenido la Corte, el error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas a que se refiere el segundo inciso del ordinal 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se da, entre otros casos, cuando el juzgador ha tenido como probado un hecho, por haber ignorado o no haber considerado una prueba debidamente aportada que demuestre que ese hecho no existió, o cuando lo ha tenido por no probado, al haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio probatorio, que demuestre que tal hecho existió; o cuando el sentenciador tiene como probado un hecho, con base en una prueba que no existe u obra en el proceso, o lo tiene por no probado, en virtud de una prueba que no consta u obra en los autos.

Se ha sostenido igualmente que el error de hecho ha de ser evidente o manifiesto para que tenga trascendencia en casación, es decir, "que la equivocación del sentenciador haya sido de tal magnitud, que sin mayor esfuerzo en el análisis de las pruebas se vea que la apreciación probatoria pugna evidentemente y de manera manifiesta con la realidad del proceso. La duda que genera el punto de hecho o la pluralidad de las interpretaciones que sugiera, excluyen en consecuencia la existencia de un error de la naturaleza indicada" (G. J. LXVII, pág. 382).

Por la misma razón, la Corte no puede entrar a cambiar la estimación probatoria que haya hecho el Tribunal, por el sólo motivo de que su criterio no coincida con el de éste.

2. En el caso *sub lite*, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, al estudiar y estimar el valor probatorio de los dos dictámenes periciales, concluyó que el primero debía ser desechado por falta de fundamentación y que el segundo, por "su discriminada y clara fundamentación, por expresar las fuentes de información y por la profesión de los peritos, es aceptable y debe como consecuencia tenerse en cuenta en el proceso, para que surta sus efectos legales".

Estima el acusador que, por errónea apreciación de los experticios, así como de los informes y pruebas que les sirvieron de apoyo el *ad quem* negó que los demandantes hubieran sufrido lesión enorme, al haberse probado que el valor recibido por el bien de su propiedad no era inferior a la mitad de su precio justo. Este proceder del Tribunal está expresamente autorizado por los artículos 238-6 y 241 del Código de Procedimiento Civil.

3. La Corte, luego de analizar todos los medios probatorios que tuvo en consideración el Tribunal para acogerse al segundo dictamen, concluye que el fallador no incurrió en los yerros fácticos que el censor le atribuye, como en seguida se demuestra:

A) El Tribunal, después de un detenido examen del dictamen rendido por Aristides Ca-

margo y Erardo Calderón, manifestó que "como puede observarse en la peritación anterior, no se encuentra la razón del precio dado al inmueble en conjunto, pues no dan explicación de cómo lo determinaron, ya que no cuentan de dónde obtuvieron información sobre el precio del metro cuadrado de terreno, precio de materiales de construcción, valor de la mano de obra, por la época en que se realizó el contrato de compraventa. Es decir, razones claras, para que pudieran merecer su aceptación como prueba pericial. Y hasta cierto punto explicable que tal peritación soporta graves deficiencias, pues los peritos que actuaron son absolutamente desconocedores de la técnica y aun práctica sobre la materia de la construcción. Por consiguiente, el peritaje dado por Aristides Camargo Alvarado y Erardo Calderón deberá ser desechado, por carecer totalmente de fundamentos sólidos, precisos y convincentes, sobre el precio dado por ellos para el momento de la compraventa...

"En las condiciones anteriores podemos decir que los peritos antes nombrados cometieron error gravísimo en cuanto a la forma o procedimiento que debe cumplirse para producir un dictamen pericial, como es en primer término la fundamentación y en segundo lugar las fuentes de información para producirlo con mayor acierto...

"En cuanto a la fijación del precio por la época de la compraventa del edificio, no puede decirse en estricto derecho que haya error grave en el dictamen, pues lo que sucede es que el parecer de los peritos ya nombrados, no puede bautizarse con el nombre de dictamen pericial, sobre todo en lo que respecta a la fijación del precio justo en el momento en que se celebró la compraventa del edificio, pues como antes se dijo, carece de fundamentación su concepto".

Síguese de lo anterior que el Tribunal, al resolver la objeción por error grave, propuesta por la parte demandada contra el primer dictamen, dentro de su facultad de libre valoración de las pruebas y teniendo en cuenta la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos, la competencia de los peritos y demás elementos probatorios que obran en el proceso, a que se refiere el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, acogió como definitivo el segundo dictamen practicado para probar la objeción, como lo autoriza el artículo 238, numeral 6º y desestimó el primero por no haber llenado los requisitos antes citados, necesarios para considerarlo como prueba para fijar el justo precio del edificio en mención. No puede, por lo tanto, sostenerse, como lo quiere hacer el censor, que el *ad quem* haya confundido la falta de fundamentación con el error grave y que por tal confusión se hubiera aceptado el segundo dictamen, sin estar demostrado el error grave en el primero.

B) En la continuación de la censura, se acusa al sentenciador de no haber analizado los errores graves que se imputaron a los peritos en la objeción, en cuanto al área total de la construcción, junto con los planos y el informe presentados por la parte demandada, en las que se demostraba que tales errores no existían, y de no haber tomado nota de los conceptos emitidos por el ingeniero Campo Elías Blanco, perito del Banco Central Hipotecario de Duitama, y de la Sociedad Colombiana de Peritos Avaluadores, que confirman el de los citados peritos.

Mas es indudable que el sentenciador podría desechar el dictamen en cuestión por falta de fundamentación, que no por error grave, pues aquello es de mayor trascendencia que esto otro. Y tal fue lo que hizo, con apoyo, se repite, en los artículos 238-1 y 241 del Código de Procedimiento Civil.

Con respaldo en la autonomía del juzgador para apreciar el material probatorio en el proceso y consecuente con la decisión tomada respecto a los dos dictámenes rendidos en el caso *sub lite*, no puede acusarse al Tribunal de haber omitido el estudio de los errores graves imputados al primero de ellos, pues como ya se vio, los motivos que adujo para desestimarlo fueron otros. En cuanto a los conceptos de expertos a que se refiere el impugnador por no haberse observado los requisitos establecidos por el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, no podían ser considerados. El primero, por no haberse acreditado el carácter oficial del perito del Banco Central Hipotecario, y el segundo, por no provenir de entidad oficial; además, porque de ninguno de los dos se dio el traslado exigido por la precitada disposición, para que las partes pudieran pedir su complemento o aclaración.

C) El otro yerro fáctico en la apreciación de las pruebas se hace consistir en que el sentenciador no consideró que el precio fijado por los peritos al lote de terreno y a la construcción, con base en el valor por metro cuadrado, había sido corroborado en los precitados conceptos y

en el de la Cámara Colombiana de la Construcción y que, en cambio, el precio asignado por el objetante, a razón de $ 800.00 para el metro cuadrado de terreno y de $ 1.530.17 para el de construcción, no había sido probado y estaba muy distante del estimado por los mismos conceptos referidos. Respecto a éstos, se pueden predicar las deficiencias ya anotadas en el aparte anterior, lo cual no permite considerarlos como pruebas periciales. Los peritos que rindieron el segundo dictamen consultaron el Boletín de Precios de la Construcción editado en 1975 por Legislación Económica, tomaron datos del Catastro Municipal de Duitama, realizaron encuestas a propietarios de edificios construidos en la misma época, se asesoraron de profesionales del ramo y se valieron de su propia experiencia para fijar el precio de la tantas veces citada propiedad. Además, varios de los testigos llamados a declarar por la parte demandada, dieron cifras muy cercanas a las de los peritos, como fueron el arquitecto Jaime Alfonso Corredor, quien dio la suma de $ 1.000.00 para el metro cuadrado de terreno y de $ 1.600.00 para la construcción (cuaderno 3, Fl. 5); Carlos Huérfano Buancha, constructor, estimó el valor para la construcción en $ 1.550 M²; Juan Guevara, constructor, para el metro cuadrado de terreno, $ 400.00 y $ 1.350.00 para construcción (C. 3 f. 24) e Hipólito Guevara que apreció el metro cuadrado de construcción en $ 1.400.00 (C. 4 f. 3 v.).

Al acoger el *ad quem* el precio fijado en el segundo dictamen, tuvo en cuenta su clara fundamentación, las fuentes de información consultadas y la idoneidad de los peritos, luego no se le puede inculpar por errónea apreciación del material probatorio.

D) No omitió el sentenciador la consideración de los múltiples factores en que los peritos primeros basaron su experticio, como lo dice el recurrente, pues al estimar conjuntamente los dos dictámenes rendidos, en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo ordinal del artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, se refirió expresamente a dichos factores (C. 7 f. 51 v.), para rechazarlos como fundamentos y razones del precio fijado al inmueble.

4. *Como en repetidas ocasiones lo ha expresado la Corte, es el sentenciador de instancia el llamado a calificar y apreciar la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos de un dictamen pericial y mientras no sea convicto de contraevidencia, su juicio sobre estos factores no puede ser modificado en casación, por cuanto él es fruto de su raciocinio e íntima convicción, como es en el caso que nos ocupa, cuando al estimar conjuntamente los conceptos de los peritos en dos dictámenes, encontró que el primero, por no reunir las condiciones necesarias para establecer el precio justo del bien vendido, debía descharse y que el segundo, "por su discriminada y clara fundamentación, por expresar las fuentes de información y por la profesión de los peritos", había de tenerse como base para resolver la lesión enorme alegada. No puede por tanto sostenerse que la sentencia acusada hubiera incurrido en error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas, al haberle negado mérito al primer dictamen pericial.*

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

Tercer cargo. Mediante éste, con fundamento en la causal primera, se acusa la sentencia del Tribunal de haber infringido indirectamente, por inaplicación, los artículos 1946, 1947, 1948, 1952 y 1958 del Código Civil, en armonía con el 32 de la Ley 57 de 1887, a causa de los errores de derecho en que incurrió al apreciar los dictámenes periciales producidos en el proceso.

Hace consistir el recurrente esta acusación, en que el haberse objetado por la parte demandada el dictamen de los peritos que intervinieron en la inspección judicial, alegando error grave por falta de fundamentación, el Tribunal, "sin que se hubiera establecido la existencia de conceptos objetivamente equivocados, y basado exclusivamente en el hecho de que, a su juicio, el primer dictamen era infundado, lo desechó, para entrar a apreciar el segundo, con apoyo en el cual declaró que no existía la lesión enorme alegada por los demandantes".

"Al proceder así, continúa el censor, violó el sentenciador los artículos 233, 238, numeral 6, y 241 del Código de Procedimiento Civil, preceptos todos de disciplina probatoria. Infringió los dos primeros, porque sin que se hubiera formulado objeción por error grave que se encontrara en la existencia de conceptos contrarios a la realidad de los hechos establecidos en el proceso, y con apoyo tan sólo de ser infundados, acogió el segundo y le dio mérito de plena prueba, desatendiendo la prohibición contenida en esas normas de estimar como prueba el nuevo dictamen cuando no existiera error grave en el primero. Que aunque implícita, no por ello es menos terminante. Y quebrantó, así mismo, el 241 que prohíbe al juez sustituir con el segundo el primer dictamen, salvo cuando prospere la

objeción por error grave, puesto que no habiéndose formulado objeción por error grave legalmente apta, ni habiéndose demostrado que los conceptos de los primeros peritos eran objetivamente equivocados, sustituyó con el segundo dictamen el primero".

Concluye este cargo el recurrente, expresando que "los errores de derecho en que incurrió el Tribunal, al desechar ilegalmente el primer dictamen para darle mérito al segundo, desconociendo los preceptos de disciplina probatoria antes mencionados, quebrantó indirectamente los de derecho sustancial señalados en el encabezamiento del cargo que consagran la acción rescisoria por lesión enorme...".

Se considera

En efecto, como se ha visto, el sentenciador desechó como prueba de la lesión enorme el primer dictamen pericial que señaló el precio del inmueble, objeto de la controversia, en $ 2.897.800.00 y acogió el segundo, practicado en el incidente de objeción, según el cual, el citado precio para la época de la compraventa, o sea en febrero de 1975, era de $ 2.087.747.05. Para ello tuvo en cuenta varias razones, entre ellas, la falta de fundamentación, el no conocerse las fuentes de información que los peritos tuvieron para rendir su concepto, y la incompetencia profesional de éstos para cumplir su encargo.

No es exacto, como lo manifiesta el censor, que la parte demandada haya objetado el dictamen por error grave alegando únicamente falta de fundamentación, pues como se lee en el correspondiente memorial (C. 5, Fls. 8 y ss.), se le señalan varias fallas a la apreciación que los peritos hicieron de los componentes del inmueble, tales como no haber indicado con claridad y precisión las dimensiones del lote, el valor global de la construcción, las dimensiones del lote de terreno, el valor de los materiales utilizados en la edificación y además sobre la situación comercial del bien.

Tampoco puede aceptarse que el Tribunal haya entendido que el error grave se debió a falta de fundamentación, pues como anteriormente se expresó, su decisión obedeció a las omisiones de que adoleció el referido experticio, a la luz de lo dispuesto por los artículos 238, numeral 6, y 241 del Código de Procedimiento Civil, que autorizan al juzgador a acoger como definitivo el dictamen practicado para probar la objeción y a apreciar en conjunto los dos que se hayan rendido, lo que a su vez concuerda con el segundo inciso del artículo 233 *ibidem*.

El sentenciador tuvo motivos suficientes para desechar el primer dictamen, al valorarlo libremente, mediante una sana crítica y por tanto no incurrió en el error de derecho, ni en las violaciones que por esta causa se le atribuyen.

Resolución

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 17 de noviembre de mil novecientos ochenta (1980) del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, pronunciada en el juicio ordinario seguido por Parmenio González León y otra contra Olga Beatriz Rivera Corredor y otros.

Sin costas en casación.

Publíquese, notifíquese, cópiese y vuelva el proceso al Tribunal de origen.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, con salvamento de voto, *Alberto Ospina Botero*.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

Salvamento de voto

Estimo que el cargo primero que los demandantes formulan contra la sentencia por ellos recurrida en casación, viene fundado en razones suficientes para su prosperidad. Por lo consiguiente, no comparto la decisión tomada por la mayoría de la Sala, ni por ende las motivaciones que se dan para el rechazo de dicha censura; por ello, con el respeto que debo al criterio de mis compañeros de Sala y al de la Magistrada Auxiliar que elaboró la ponencia, procedo a exponer brevemente las razones de mi disentimiento.

Primera. Es verdad averiguada que el fin supremo del Estado consiste en asegurar y garantizar la convivencia pacífica de un grupo humano, vale decir, proteger el interés social. Y con el propósito de alcanzarlo es que realiza, mediante los diversos organismos que integran

su estructura, el servicio público, o sea la actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general.

La necesidad de reglamentar los negocios y contratos de los particulares, a fin de dar legalidad, autenticidad y publicidad a los actos que ellos celebran, aparece así como un deber fundamental del Estado, cuyo cumplimiento apunta hacia la prestación de un servicio público importante.

Respecto de actos y contratos el legislador colombiano siempre ha depositado la fe pública en el notario, para que con la intervención de este funcionario queden ellos amparados de una presunción de veracidad, que los hace aptos para imponerse por sí mismos en las relaciones jurídicas y para exigir su cumplimiento, si ello fuere necesario, a través del poder coercitivo del Estado.

Ya lo establecía así el Código Civil, al decir en su artículo 2576 que "en el notario depositan la ley la fe pública respecto de los actos y contratos que ante él deben pasar y su confianza respecto de los documentos que se ponen bajo la custodia del mismo"; lo reiteró claramente el legislador de 1970 cuando, mediante el artículo 1º del Decreto 960, estatuyó que "el notariado es una función pública que se presta por el notario e implica el ejercicio de la fe notarial"; y la Ley 29 de 1973 relievó aún más el carácter público de dicha función, cuando por su artículo 1º estableció que "la fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él, en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece".

Segunda. Con el propósito de regular los actos jurídicos de los asociados e imprimirles autenticidad, el Código Civil (Arts. 2594 y 2595), ya había preceptuado que los que se otorguen ante notario debían contener, entre otros requisitos para la validez de la correspondiente escritura pública, la expresión del nombre y apellidos de los otorgantes del acto, "o de sus representantes legales", en los casos en que aquéllos no actuaran directamente. O sea, que en su sazón era suficiente la constancia notarial de que el contrato se había otorgado por medio de un representante legal, sin necesidad de que sobre el punto se presentara, ni mucho menos se anexara al instrumento escriturario, documento o prueba algunos.

Es posible que tal exceso de confianza que así se otorgaba a las simples atestaciones notariales, desnudas de toda prueba, hubiese dado lugar a la repetición y hasta proliferación de representaciones ficticias o inexistentes y con ello a mengarse, en evidente perjuicio para otorgantes y terceros, la fe pública notarial: esa eventual ocurrencia pudo, quizás, crear la necesidad de que la aseveración de los notarios en actos otorgados por una persona a nombre de otra viniera demostrada, en el mismo momento del otorgamiento de la correspondiente escritura y en el cuerpo de ésta, con los documentos o pruebas que acrediten el poder de representación invocado.

Porque si el notario tiene por función esencial dar seguridad jurídica a los negocios entre los particulares, como lo prevé el artículo 6º del precitado Decreto 960, no parece ilógico ni menos irracional, sino antes conveniente y necesario, que la ley le exija el cumplimiento de determinados requisitos que le hagan ver al notario mismo, a los otorgantes y a quienes son terceros en la relación material plasmada en la escritura, que en el otorgamiento del acto no se están infringiendo o quebrantando las normas legales que deben observarse en su celebración. Así se logrará, obvia y naturalmente, un claro crecimiento de la fe pública notarial con beneplácito de los asociados.

Tercera. Probablemente con este plausible propósito el legislador de 1970, mediante el artículo 14 del Decreto 960, al regular el proceso de perfeccionamiento de la escritura pública, dijo que la autorización, que determina como el último estadio de tal acto, "es la fe que imprime el notario a éste (el instrumento), *en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes*, y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados" (subrayo).

De ahí también que el artículo 36 del Decreto 2163 del mismo año, que vino a modificar el 28 de 1960, hubiese estatuido que "*en caso de representación*, el representante dirá la clase de representación que ejerce y *procederá para su protocolización los documentos que la acrediten*"; y que el artículo 99 del decreto últimamente citado, al determinar "los actos notariales inválidos", dijese que "desde el punto de vista formal, son nulas las escrituras en que se *omita el cumplimiento de los requisitos esenciales en los siguientes casos*: 1)..., 2)..., 3)..., 4) *Cuando no aparezcan..., los comprobantes de la representación*, o los necesarios para autorizar la cancelación" (aquí también subrayo).

Para reiterar el pensamiento que inspiró la legislación de 1970, la Ley 29 de 1973, en su artículo 1º, estatuyó que "la fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones, *en los casos y con los requisitos que la ley establezca*" (el subrayado es mío).

Cuarto. Después de notar que ordinariamente el contrato de mandato es consensual y excepcionalmente solemne, cree la mayoría de la Sala, y en tal razón apoya la improsperidad del cargo, que los artículos 28 y 29, numeral 4, del Decreto 960 de 1970 no pueden tener "un alcance de carácter general, como lo ha manifestado el casacionista, pues con esa interpretación se estaría desconociendo la vigencia de las disposiciones que regulan el mandato"; que tales preceptos no han "modificado lo estatuido por los artículos 2149 y 2150 del Código Civil respecto al otorgamiento del mandato y su aceptación".

Al punto observo, delanteramente, que la *quaestio juris* que el recurrente le plantea a la Corte en este cargo, no se contrae a determinar la naturaleza jurídica del contrato de mandato; si es consensual o solemne. El aspecto jurídico que constituye el objeto de censura consiste, en puridad de verdad, en saber si las normaciones de los precitados dos artículos son o no aplicables al caso de la controversia, que trata de una compraventa en la que los compradores, al otorgar la respectiva escritura pública, actuaron por quien entonces manifestó ser su representante.

Y como tales dos disposiciones legales se encontraban vigentes en la época del otorgamiento de la escritura pública, y aún lo están hoy, pues no han sido expresa ni implícitamente derogadas por norma posterior alguna; ni tampoco la Corte Suprema las ha declarado inconstitucionales, para mí resulta coruscante e indiscutible que tales dos preceptos tienen que acatarse y hacerse actuar en todos los casos en que haya semejanza entre el hecho fáctico concreto y el hipotetizado por ellos, que es justamente lo que aquí ocurre. De otra parte, no veo en esos dos textos legales contradicción ostensible con precepto alguno de la Constitución Nacional, que permita o autorice al juez reconocerles inexequibilidad por vía de excepción.

En estas circunstancias, me parece que aún en el evento de que los sobredichos dos artículos del Decreto 960 trajeren disposiciones contrarias a las normas regulativas del contrato de mandato, particularmente los textos 2149 y 2150 del Código Civil, tendrían que aplicarse aquéllas preferentemente por el hecho de ser posteriores en su promulgación, tal cual lo pregonan elementales principios de hermenéutica jurídica. Pero es que tan presunta contradicción no existe desde luego que, como se advierta al leer su contenido, los unos y los otros se dirigen a disciplinar cuestiones muy diversas: los del Código Civil regulan la naturaleza del mandato como contrato, mientras que los del Decreto 960 establecen los requisitos necesarios para otorgar la escritura pública, contentiva de un acto ajustado con intervención del representante legal o convencional de uno o algunos de sus otorgantes.

Me parece inaceptable, entonces, crear un conflicto entre leyes que rigen materias muy distintas, y mucho más injurídico resolverlo en favor de la norma anterior, como lo hace la sentencia de cuyas motivación y decisión me separo. El único conflicto que veo es el que este fallo crea entre el legislativo y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, pero que ésta lo resuelve diciéndole a aquél que es equivocado que legisle sobre situaciones nuevas y que por consiguiente debe retrotraerse a lo regulado pretéritamente.

Quinto. Ora sea que el mandato se considere solemne o ya consensual, ni éste ni aquel carácter va a impedir que el notario, ante el cual se otorga la escritura pública para perfeccionar un contrato acordado por representante legal o convencional, observe y acate las prescripciones de los sobredichos dos artículos 28 y 99; que exija en el acto mismo de su otorgamiento e inserte en el mismo cuerpo de la escritura, la prueba de la existencia del poder de representación, lo que indiscutiblemente va en clarísimo beneficio no sólo de los contratantes sino también de terceros, para quienes es tal vez de mayor importancia la referida fe pública notarial. Exigencia semejante en nada, pero absolutamente en nada incide o afecta las disposiciones del Código Civil regulativas del contrato de mandato.

La sentencia de la cual me separo arrasa de un solo tajo las disposiciones legislativas contenidas en los citados artículos 28 y 99 del Decreto 960 de 1970, y 1º de la Ley 29 de 1973, que desde entonces vinieron a responder a una imperiosa necesidad, cual es la de dar mejores y mayores fundamentos a la presunción de autenticidad de que están investidos los actos de

los particulares otorgados ante notario; y retrotrae injustificadamente la situación, en cambio, a la normación positiva anterior, dando así nacimiento otra vez a algunos inconvenientes y desventajas que el legislador de 1970 había ya corregido.

Con la flamante jurisprudencia que hoy sienta la Sala de Casación Civil se defiere a los notarios, —al que sea—, un deber de determinar en primer término la naturaleza jurídica del acto que ante él se va a otorgar: si a juicio suyo es solemne, puede cumplir las exigencias de las antedichas dos normas del Decreto 960, pidiendo la prueba de la representación y protocolizando los documentos respectivos; pero si estima en cambio que el acto que va a otorgarse ante él es simplemente consensual, le bastará con expresar que se hace a través de representante, así no esté convencido de la existencia de tal representación. Esta novedosa jurisprudencia va a crear, a mi juicio, gran problema para los notarios, de difícil solución en algunos eventos, y por contera ella traerá, ojalá me equivoque en este vaticinio, una ostensible mengua en la fe pública notarial.

Sexta. Por las anteriores razones no he vacilado en discrepar frontalmente de la rectificación que la sentencia hoy adoptada hace de la jurisprudencia anterior de la Sala, sin que a mi juicio ese arrasamiento se funde en sólidos y jurídicos pilares, o corresponda a motivos de conveniencia social.

Contrariamente, sigo creyendo en la juridicidad de la doctrina que esta Sala sentó en su fallo de 28 de septiembre de 1972, en el cual encontró demostrada la nulidad "desde el punto de vista formal" de una escritura pública, en cuyo otorgamiento se había preterm'tido uno de los requisitos exigidos por el numeral 4 del precitado artículo 99 del Decreto 960. En dicho fallo expresó la Corte, en efecto, que en la escritura examinada "no aparece '*la fecha... de la autorización*' (se subraya), como lo exige el numeral 4 del artículo 99 del Decreto-ley 960 de 1970, so pena de nulidad. Conclusión a la cual fácilmente se arriba al considerar que, de acuerdo con el artículo 14 *ibidem*, la 'autorización es la fe que imprime el notario a éste (al instrumento), en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes', uno de los cuales es la presentación de los comprobantes fiscales, sin lo que el notario no puede autorizar la escritura (Arts. 40 del mismo decreto y 37 del 2163 del mismo año). De manera que la ley exige perentoriamente que en los instrumentos públicos aparezca la fecha de la 'autorización', es decir, la en que el notario firma la escritura, que es la última escala del proceso de su perfeccionamiento; no la de la 'recepción', que es la primera y que consiste 'en percibir las declaraciones que hacen ante el notario los interesados'..." (*Gaceta Judicial*, Tomo CXLIII, 152).

Dejo en esta forma expuestas algunas de las razones que me han impulsado a no compartir la sentencia de mayoría y por ello salvo el voto.

Humberto Murcia Ballén.

Fecha *ut supra*.

CAPACIDAD PROCESAL

Los menores de edad, incapaces en la vida civil, deben comparecer al proceso representados por sus padres, cuando estos ejercen la patria potestad. Esta es institución eminentemente transitoria que se extingue en todo caso de emancipación, como es el del matrimonio del hijo.

Extinguida la patria potestad, desaparecen sus atributos, entre ellos la representación legal. El padre de la menor casada no la representa legalmente ni puede actuar judicialmente a su nombre. La indebida representación que se da en este evento constituye causal de nulidad.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

Bogotá, D. E., 24 de septiembre de 1981.

Como al estudiar este proceso la Sala encuentra en él una irregularidad constitutiva de nulidad, corresponde actuar en conformidad con lo establecido por el artículo 157 del Código de Procedimiento Civil.

Con tal fin, se formulan las siguientes *consideraciones:*

1ª Ernesto Avila Alfonso y María de Jesús Morales Valero se unieron en matrimonio por los ritos de la Iglesia Católica, el 24 de diciembre de 1963 en la Parroquia de Zetaquirá, Departamento de Boyacá.

Dentro de dicha unión los contrayentes procrearon a María Esperanza Avila Morales, cuyo nacimiento ocurrió el 21 de diciembre de 1964, en el Municipio de Miraflores.

La citada María Esperanza contrajo matrimonio católico con Alvaro Triana González el 17 de julio de 1979, en la Parroquia de San Laureano de la ciudad de Tunja.

2ª Mediante escrito que fue presentado el 4 de julio de 1980 ante el Tribunal Superior de Tunja, Ernesto Avila Alfonso, afirmando ser el padre legítimo, "y, por tanto, representante legal de la menor María Esperanza Avila Morales", actuando por medio de apoderado judicial demandó a Alvaro Triana González a efecto de que, previos los trámites del proceso abreviado, se decretase la separación de cuerpos en el matrimonio católico contraído por el demandado y la mentada María Esperanza, y se tomasen las demás decisiones inherentes a la pretensión principalmente deducida.

Adelantada la primera instancia del proceso el Tribunal *a quo* le puso fin con su sentencia de 17 de junio pasado, mediante la cual acogió las súplicas de la demanda, determinando en la suma de $ 8.000.00 la cuota que mensualmente el demandado debe entregar para atender a los gastos de crianza, educación y establecimiento del menor hijo del matrimonio, Daniel Gerardo Triana Avila.

Contra lo así decidido interpusieron apelación demandante y demandado.

3ª *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.*

Luego de estatuir que toda persona puede ser parte de un proceso, establece el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil que sólo "tienen capacidad para comparecer por sí al proceso, las personas que puedan disponer de sus derechos"; y que "los demás deberán comparecer

por intermedio de sus representantes, o debidamente autorizadas por éstos con sujeción a las normas sustanciales". Entre las personas legalmente incapaces en la vida civil se encuentran los menores de edad; y su representación la ejercen los padres de familia, cuando éstos ejercen la patria potestad; o el respectivo guardador (Arts. 288, 306 y 480 del Código Civil).

4ª De conformidad con las disposiciones legales que hoy regulan la institución, la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone (Art. 19, Ley 75 de 1968). Y su ejercicio corresponde, al decir del artículo 24 del Decreto 2820 de 1974, a los padres de familia, conjuntamente, o a uno solo de ellos cuando falte el otro.

Como atributo de la patria potestad está la representación legal del hijo de familia, la que, como general que es, se proyecta en la representación judicial, que corresponde a cualquiera de los dos padres (Art. 306 del Código Civil, reformado por el 39 del Decreto 2820 anteicitado).

Es preciso recordar, empero, que la patria potestad es institución eminentemente temporal, pues ella se extingue en todo caso de emancipación, dentro de los cuales se enlista "el matrimonio del hijo" (Arts. 312 y 314, Código Civil). Y como no hay efecto sin causa, en los eventos en que la patria potestad llegue a su fin tienen que desaparecer sus atributos, entre ellos la representación legal.

5ª Como la menor María Esperanza Avila contrajo matrimonio el 17 de julio de 1979, por ese hecho se produjo su emancipación legal, dejando de ser desde entonces, por lo mismo, hija de familia y desapareciendo por ende la patria potestad a que hasta entonces estuvo sometida.

Lo cual significa que en julio de 1989, cuando se inició este proceso, su padre no era representante legal suyo y por consiguiente no podía, invocando la calidad ya extinguida de padre de familia, actuar judicialmente en nombre de su menor hija ya casada.

Hay pues una indebida representación de la demandante, irregularidad que el numeral 7 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil eleva a la categoría de nulidad; la que corresponde declarar en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 157 del Código de Procedimiento Civil.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, declara la nulidad que por indebida representación de la demandante ha advertido en esta actuación, y por consiguiente nulo este proceso desde el auto admisorio de la demanda, inclusive.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Uribe-Holguín, Alfonso Guarín Arizo, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

REQUISITOS DE FORMA DE LA DEMANDA DE CASACION

Su omisión total o parcial conduce a la inadmisión del libelo y, por ende, a declarar desierto el recurso.

El auto que así lo ordena no puede reponerse alegando que, no obstante la desidia del recurrente, la Corte debe infringir en su favor el precepto que le indica inadmitir las demandas defectuosamente elaboradas.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

Bogotá, D. E., 22 de septiembre de 1981.

En cumplimiento de lo preceptuado por el inciso 4º del artículo 373 del Código de Procedimiento Civil, procede hoy la Corte a decidir si la anterior demanda de casación, que ha sido oportunamente presentada por el demandado en el proceso, reúne los requisitos formales legalmente necesarios para su admisión.

I

El litigio

1. Isidora León demandó ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva, al cual correspondió en repartimiento el respectivo libelo, a Eulogio Rojas Lara a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se lo condenase a indemnizar a la actora los perjuicios por ésta sufridos a causa de la muerte de su hijo natural Javier Montes León, ocurrida el 15 de febrero de 1979.

Como hechos fundamentales de su pretensión la demandante invocó, en síntesis, los siguientes:

Que Javier Montes León, nacido el 16 de septiembre de 1961, es hijo natural suyo, habido en sus relaciones concubinarias con Miguel Montes; que para el mes de febrero de 1979 el referido menor se dedicaba a sus labores agrícolas, devengando un jornal diario de $ 150.00; que el 15 de febrero de dicho año, una vez finalizó su jornada laboral, regresaba en bicicleta a su casa de habitación ubicada en la población de Aipe, acompañado de dos compañeros suyos; que a la altura del kilómetro 33 fue chocado por el camión de placas WX-05-73, que se dirigía en dirección contraria, y que como consecuencia fatal de la colisión fue la muerte del mentado Javier.

2. Con la oposición del demandado se tramitó la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 6 de febrero de 1981, mediante la cual, al encontrar probados los hechos fundamentales de la demanda, declaró al demandado civilmente responsable de la muerte accidental del sobredicho Javier Montes y lo condenó a pagar a la demandante la suma de $ 1.200.000.00 por concepto de perjuicios.

Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, por medio de la suya de 9 de abril de 1981, proferida para decidir la apelación que contra aquélla había interpuesto el demandado.

II

El recurso extraordinario

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandado. En el respectivo escrito sustentatorio de esta impugnación el recurrente formula a dicho fallo siete cargos, cuyos planteamientos y desarrollo en lo esencial vienen concebidos así:

Primer cargo. Mediante éste se denuncia violación de los artículos 2356 del Código Civil y 279 del de Procedimiento Civil, por falta de

aplicación, ya que, dice el censor, "el hecho que dio origen al proceso es el del ejercicio de una actividad peligrosa, cual es la del manejo de un vehículo automotor, ejecutado por Saúl Bacreto Rodríguez, chofer de profesión y en consecuencia la reparación del daño recae sobre éste única y exclusivamente, máxime cuando se afirma y se da por sentado que éste se comportó de un modo impropio o negligente. Para la exoneración de esta responsabilidad, es menester probarse por parte de éste o sus causahabientes, cualesquiera de las circunstancias previstas para tal fin".

Segundo cargo. Acúsase la sentencia, mediante éste, de ser violatorio de los artículos 2349 del Código Civil y 279 del de Procedimiento Civil, porque, dice la censura, "existiendo en el artículo 2356 del Código Civil una presunción de culpa en el daño y una obligación de reparación del mismo, sobre el ejecutor del mismo, no puede aplicarse el artículo 2349".

Tercer cargo. "Interpretación errónea del artículo 2349 del Código Civil, *error de derecho*", porque, dice el casacionista, "en esta disposición se dispone que los amos responderán de los daños causados por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por éstos o aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; *en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes*".

Cuarto cargo. En éste, bajo el epígrafe de "error de hecho" el recurrente, después de transcribir jurisprudencias de la Corte en materia del yerro que le demuncia, dice que en el presente caso "el juzgador supuso la prueba tendiente a demostrar los perjuicios. En efecto, en la demanda solamente se dice que el fallecido devengaba un salario mensual de $ 4.500.00, pero en parte alguna de. proceso aparece la prueba de esto"; y que "los peritos se refieren a este hecho y dicen que comprobado está que el ciclista fallecido devengaba la suma de $ 4.500.00 mensuales, pero repito, no hay prueba de ello".

Quinto cargo. Se destina a denunciar errores de hecho que habría cometido el Tribunal en la apreciación del dictamen pericial y "las declaraciones" de testigos. El primero porque, "no sirve para fijar monto alguno, ya que su texto sirve para señalar la vida probable de Isidora León, en 29 años de edad, total, y sin embargo el juzgador dice en la sentencia que los años de vida faltante a Isidora León en este punto, es de 29 años, lo cual no dijeron los peritos...".

Y en punto de la apreciación de la prueba testifical, dice la censura que según ésta "el ciclista fue el culpable del accidente", puesto que contrariando las disposiciones sobre control de tránsito, se dirigía "por lugar prohibido, sin estar autorizado para ello por la correspondiente licencia de conducción y en vehículo no matriculado".

Sexto cargo. Sin planteamiento dice: "Error de derecho en la apreciación de pruebas"; y en su desarrollo asevera el recurrente que el sentenciador "aceptó como pruebas las trasladadas del proceso penal adelantado con ocasión del accidente sin llenar los requisitos legales previstos por el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil...".

Séptimo cargo. Con éste se acusa el proceso de ser nulo, por haberse configurado en él el motivo de invalidez previsto por el numeral 8 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, explicando que al demandado "la admisión de la demanda no le fue notificada ni se le proveyó (sic) del término que tenía para contestarla, ni para presentarse a estar a derecho...".

III

Consideraciones de la Corte

1ª *En forma por demás exhaustiva tienen dicho la doctrina y la jurisprudencia que para que la casación pueda alcanzar sus fines propios, para que le sea dado a la Corte entrar a estudiar el recurso en el fondo, no basta con que se haya interpuesto, concedido y admitido, ni tampoco que se presente una demanda a manera de alegato de conclusión, ya que se trata de un recurso eminentemente extraordinario y no de una tercera instancia del proceso, sino que es menester que esa demanda llene todos los requisitos formales exigidos por la ley para ella, cuya omisión total o parcial conduce, por mandato expreso de la misma ley, a la inadmisión de la que ha sido defectuosamente aducida (Art. 373-4 C. de P. C.).*

De ahí que el artículo 374 ibidem *preceptúe que la demanda de casación, para ser admisible, debe contener, entre otros requisitos, la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida,* "expresando la causal que se

alegue, *los fundamentos de cada acusación en forma precisa y clara*, las normas que se estimen violadas *y el concepto de la violación, si se trata de la causal primera*" *(se subraya)*.

2ª *Considerada en su aspecto formal la demanda que aquí es objeto de examen por la Corte, no encuentra la Sala, en ninguno de los pasajes de dicho libelo, que el recurrente exprese en cuál o cuáles de las cinco causales de casación, que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, funda los siete cargos o cada uno de éstos que formula contra la sentencia que él combate.*

En punto de los requisitos de forma de la demanda de casación tiene dicho la Corte que éstos "deben aparecer en el texto mismo del libelo, pues siendo circunstancias que el propio legislador ordena que se consignen en el cuerpo de la demanda, no pueden darse por demostrados por la vía de la inferencia..."; y que "como la calificación que del libelo de casación debe hacer la Corte se contrae a su simple aspecto formal, estándole prohibido en ese momento procesal calificar el mérito de los cargos contra la sentencia, la demanda debe ser completa desde el punto de vista formal para que la Corte, sin necesidad de consultar otras piezas del expediente, pueda decidir si reune los requisitos formales enlistados en el artículo 374 citado" (autos de 27 de agosto de 1977, y 21 de febrero, 9 de septiembre y 21 de octubre de 1980, aún no publicados).

3ª *Y si con criterio de amplitud la Corte pudiera interpretar que los cargos formulados los apoya el recurrente, por lo menos los seis primeros, en la causal primera de casación, es lo cierto que el recurrente no señala, en tres de ellos, cuál o cuáles son las normas sustanciales que estima infringidas con la sentencia que combate, y en los otros tres se limita a hacer una indicación muy parcial de las que regulan el caso aquí controvertido.*

Pero a más de lo anterior la Corte tiene que decir, relativamente al escrito presentado para sustentar la impugnación extraordinaria, que en él no se expresan con la precisión y claridad debidas para el recurso de casación, los fundamentos o razonamientos jurídicos en que se edifican las diferentes acusaciones que se formulan a la sentencia del Tribunal de Neiva.

4ª *De lo expuesto tiene que seguirse necesariamente que por no satisfacer la demanda de casación de que aquí se trata los requisitos formales legalmente indispensables para su estudio de fondo, debe declararse desierto el recurso, tal cual lo manda para el caso el inciso 4º del artículo 373 de la codificación anteciada, cuyo fundamento racional y jurídico se ubica dentro del principio de la economía procesal.*

IV

Decisión

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, NO ADMITE LA DEMANDA aquí presentada y por lo consiguiente declara desierto el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 9 de abril del presente año, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Uribe-Holguín, Alfonso Guarín Arias, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

Bogotá, D. E., 6 de octubre de 1981.

Por auto del 22 de septiembre pasado, esta Sala, luego de estudiar y concluir que la demanda de casación presentada en este proceso no satisface "los requisitos formales legalmente indispensables para su estudio de fondo", y aplicando a esa situación lo ordenado por el inciso 4º del artículo 373 del Código de Procedimiento Civil, declaró inadmisible tal demanda y por consiguiente desierto el recurso de casación interpuesto y admitido.

Contra dicho proveído la parte recurrente ha propuesto hoy reposición para que, después de infirmado, se le admita en cambio su demanda.

Para decidir se considera:

1. *En su correspondiente escrito el repositionista, luego de expresar que la casación es recurso "que requiere cuidado y técnica especialísima, razón por la cual puede fácilmente errarse,*

a cuando menos quedar no muy clara la demanda", pasa a ocuparse, en primer lugar, que, como lo dijo esta Sala en el auto hoy impugnado la ley (Art. 374-3 C. de P. C.) exige que en la demanda de casación se tiene que expresar la causal que se alegue; y a reconocer, en segundo término, que en la por él presentada aquí "se olvidó decir que la causal, en cuanto a los tres primeros cargos, era la prevista por el numeral 1º del artículo 368".

Y sobre tales dos postulados básicos solicita el reposicionista que la Corte le interprete su libelo, "teniendo en cuenta para ello los cargos que allí aparecen, de donde se deduce las causales (sic) invocadas".

2. *Sería verdad de perogrullo afirmar que si un litigante acusa en casación una sentencia que le es perjudicial por ser violatoria de la ley, resulta naturalmente comprensible que ésta le imponga, a la formulación de su censura ciertas y determinadas formalidades encaminadas a justificar su derecho a recurrir extraordinariamente para obtener, por esta vía, la corrección de los errores concretos que atribuya a la sentencia que combate.*

Y se comprende fácilmente también que si el recurrente no cumple esos requisitos de forma, el propio ordenamiento legal prohíba a su vez que se le atienda su impugnación. Si ello no fuere así, vanos e inanes resultarían el señalamiento legal de esos requisitos y la exigencia de su cabal acatamiento, pues nadie los cumpliría.

De manera que cuando el recurrente en casación comienza por ignorar o desprecier el precepto legal que le impone determinadas formalidades a un acto procesal suyo, tan trascendente como lo es la demanda, no podrá quejarse con fundamento serio cuando precisamente su omisión culposa es la determinante para que la Corte, en congruencia con la norma legal que la traza su conducta y respaldosa de ella, se declare relevada del deber de examinar y resolver en el fondo la demanda de casación.

3. *La así descrita es, justamente, la situación que hoy se le presenta a la Sala. Porque el reposicionista, quien confiesa su desidia al despreciar la regla legal que le impone el deber de estructurar la demanda de casación con observancia de ciertos y determinados requisitos, los que por consiguiente no acató, pretende ahora que la Corte también infrinja un precepto y que le indique inadmitir las demandas de esa especie defectuosamente elaboradas.*

Tal parece que con su planteamiento el reposicionista, en exasperado intento de arrasar los efectos del auto que impugna, le dijera a la Corte: como yo por incuria he violado aquí la ley procesal, así lo reconozco para que usted, con perdón de tal quebranto, la infrinja también en mi favor. Mas como la Sala no encuentra en semejante postulado lógico o razón alguna, tiene que concluir en su repulsa.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, --Sala de Casación Civil--, NIEGA LA REPOSICIÓN solicitada para su auto del 22 de septiembre pasado.

Cópiese, notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Ricardo Uribe-Holguín, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Alfonso Guarín Ariza, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

INADMISION DE LA DEMANDA DE CASACION

El recurrente en casación no puede despreciar los requisitos y la exigencia de acatarlos, de la demanda de casación. Esta omisión culposa releva a la Corte del deber de examinar y resolver en el fondo el libelo.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

Bogotá, D. E., 6 de octubre de 1981.

Por auto del 22 de septiembre pasado esta Sala, luego de estudiar y concluir que la demanda de casación presentada en este proceso no satisface "los requisitos formales legalmente indispensables para su estudio de fondo", y aplicando a esa situación lo ordenado por el inciso 4º del artículo 373 del Código de Procedimiento Civil, declaró inadmisible tal demanda y por consiguiente desierto el recurso de casación interpuesto y admitido.

Contra dicho proveído la parte recurrente ha propuesto hoy reposición para que, después de infirmado, se le admita en cambio su demanda.

Para decidir, *se considera:*

1. *En su correspondiente escrito el reposicionista, luego de expresar que la casación es recurso "que requiere cuidado y técnica especialísima, razón por la cual puede fácilmente errarse, o cuando menos quedar no muy clara la demanda", pasa a aceptar, en primer lugar, que como lo dijo esta Sala en el auto hoy impugnado la ley (Art. 374-3 C. de P. C.) exige que en la demanda de casación se tiene que expresar la causal que se alegue; y a reconocer, en segundo término, que en la por él presentada aquí "se olvidó decir que la causal, en cuanto a los tres primeros cargos, era la prevista por el numeral 1º del artículo 368".*

Y sobre tales dos postulados básicos solicita el reposicionista que la Corte le interprete su libelo, "teniendo en cuenta para ello los cargos que allí aparecen, de donde se deduce las causales (sic) invocadas".

2. Sería verdad de perogrullo afirmar que si un litigante acusa en casación una sentencia que le es perjudicial por ser violatoria de la ley, resulta naturalmente comprensible que ésta le imponga, a la formulación de su censura, ciertas y determinadas formalidades encaminadas a justificar su derecho a recurrir extraordinariamente para obtener, por esta vía, la corrección de los errores concretos que atribuya a la sentencia que combate.

Y se comprende fácilmente también que si el recurrente no cumple esos requisitos de forma, el propio ordenamiento legal prohíba a su vez que se le atienda su impugnación. Si ello no fuera así, vanos o inocuos resultarían el señalamiento legal de esos requisitos y la exigencia de su cabal acatamiento, pues nadie los cumpliría.

De manera que cuando el recurrente en casación comienza por ignorar o despreciar el precepto legal que le impone determinadas formalidades a un acto procesal suyo, tan trascendental como lo es la demanda, no podrá quejarse con fundamento serio cuando precisamente su omisión culposa es la determinante para que la Corte, en congruencia con la norma legal que le traza su conducta y respetuosa de ella, se declare relevada del deber de examinar y resolver en el fondo la demanda de casación.

3. Lo así descrito es, justamente, la situación que hoy se le presenta a la Sala. Porque el reposicionista, quien confiesa su desidia al despreciar la regla legal que le impone el deber de estructurar la demanda de casación con observancia de ciertos y determinados requisitos, los que por consiguiente no acató, pretende aho-

ra que la Corte también infrinja un precepto que le indica inadmitir las demandas de esa especie deficientemente elaboradas.

Tal parece que con su planteamiento el reposicionista, en exasperado intento de arrasar los efectos del auto que impugna, le dijera a la Corte: como yo por incuria he violado aquí la ley procesal, así lo reconozca para que usted, con perdón de tal quebranto, la infrinja también en mi favor. Mas como la Sala no encuentra en semejante posturado lógica o razón alguna, tiene que concluir en su repulsa.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, NIEGA LA REPOSICIÓN solicitada para su auto del 22 de septiembre pasado.

Cópiese, notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Ricardo Uribe-Holguín, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Alfonso Guarín Ariza, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

COMPETENCIA DEL JUEZ

Factores que la determinan. Competencia preventiva o concurrente y su conversión privativa. El juez del lugar en donde ocurrió el hecho concurre con el del domicilio, sucursal o agencia de la sociedad a quien se responsabiliza del insuceso que dio origen a la acción indemnizatoria.

COSA JUZGADA PENAL

La sentencia dictada en el proceso penal no constituye aducción al proceso civil de una prueba practicada en aquel proceso; solamente significa la probanza de ella misma, su existencia, resolución, autor y fecha sin comprender las motivaciones en que se apoya.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Alfonso Guarín Ariza.

Bogotá, D. E., 6 de octubre de 1981.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del primero (1º) de abril de 1981, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el proceso ordinario de Fernando Romero, Zoila Rosa Carvajal Vásquez y Alvaro Rojas contra "Expreso Bolivariano S. A.".

I

Antecedentes

1. Mediante libelo del 18 de junio de 1977, que en repartimiento correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué, los demandantes jurisdiccionalmente citaron a la sociedad anónima representada por Ulises Betancourt, para que, previas las formas del proceso ordinario, se hicieran las declaraciones y condenas siguientes:

a) Que la sociedad "Expreso Bolivariano S. A." es civilmente responsable de los daños y perjuicios causados por la conducta de su chofer Orlando Ospina Quintero, cuando conducía el bus de placas SA-3157, número 544, al producir las muertes de Blanca Evelia Herrera de Romero, Luz Dari y Tránsito Romero Herrera y William Rojas Gómez, y las lesiones personales de Fernando Romero y Zoila Rosa Carvajal, y

b) Que consecuencialmente "Expreso Bolivariano S. A." está obligada a pagar "las indemnizaciones por los perjuicios morales y materiales causados por el accidente y derivados directa e indirectamente de él".

2. Como *causa petendi* afirmáronse, en síntesis, estos hechos:

a) Que en las horas de la tarde del 19 de diciembre de 1975 colisionaron el bus Expreso Bolivariano de placas SA-3157, que Orlando Ospina conducía de la ciudad de Armenia a Bogotá, y la buseta de Cootrasal de placas WL-02-67, que al mando de Luis Gonzaga Salazar se dirigía con destino a Ibagué, desde la ciudad de Girardot.

Dicho accidente, acaecido a la altura del punto donde existen las instalaciones del restaurante "El Antojo", entre "Picaleña" y la ciudad de Ibagué, dejó "un saldo de nueve muertos y nueve heridos, que fueron reconocidos por la pericia médica";

b) Que por causa y con ocasión de él fallecieron Blanca Evelia Herrera de Romero, Luz Dari y Tránsito Romero Herrera, cónyuge e hijas legítimas de Fernando Romero; y William Rojas Gómez, hijo legítimo de Alvaro Rojas; y así mismo sufrieron lesiones personales

graves Fernando Romero y Zoila Rosa Carvajal, quienes quedaron permanentemente incapacitados para trabajar;

c) Que el Juzgado Segundo Superior de la ciudad de Ibagué, mediante providencia de agosto 22 de 1976, confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, llamó a responder en juicio criminal a Orlando Ospina Quintero, conductor asalariado de la empresa de transportes "Expreso Bolivariano S. A.", y sobreseyó definitivamente a Luis Gonzaga Salazar, chofer del bus de la empresa Cootrasal;

d) Que Fernando Romero, quien trabajaba como agricultor en el Municipio de Dolores y al mismo tiempo administraba su propiedad, quedó incapacitado en forma definitiva para desempeñar funciones laborales, pese a los gastos que hubo de hacer "para procurarse el restablecimiento de su salud";

e) Que Fernando Romero sufrió perjuicios materiales y morales con las muertes de su esposa y de sus dos hijas legítimas Luz Dari y Tránsito Romero Herrera;

f) Que Alvaro Rojas igualmente sufrió perjuicios morales y materiales con el óbito de su hijo legítimo William Rojas Gómez, de quien dejó de recibir la ayuda económica que éste le proporcionaba desempeñando trabajos ocasionales; amén de los gastos que Alvaro Rojas hizo "con el objeto de transportar el cadáver de Ibagué al Espinal..., gastos de ataúd, de enterramiento, eclesiásticos, etc.", y

g) Que Zoila Rosa Carvajal sufrió lesiones que le produjeron inactividad corporal y graves depresiones síquicas, y tuvo que hacer grandes erogaciones de dinero en tratamientos médicos y hospitalarios.

3. Trabada la relación procesal, "Expreso Bolivariano S. A." oportunamente contestó la demanda, negando en lo fundamental los hechos en que ella se finca y oponiéndose a las pretensiones allí consignadas.

a) Formuló las excepciones previas de incompetencia y de ineptitud de la demanda por ausencia de requisitos formales y por no comprender a todas las personas que conforman el *litis consorcio necesario*, las que fueron negadas por el juez de instancia en su propio auto del 25 de octubre de 1978, confirmado por el Tribunal en el suyo del 17 de febrero de 1979;

b) E incoó las excepciones de fondo que denominó así: Hechos de terceros, inexistencia de indemnizar los perjuicios materiales alimentarios que reclaman Fernando Romero y Alvaro Rojas, carencia de legitimación en la causa por la parte demandante, carencia de legitimación en la causa por la parte demandada y falta de interés material directo en el pleito por parte de los demandantes.

4. "Expreso Bolivariano S. A.", en la misma oportunidad, llamó en garantía a Orlando Ospina Quintero, a la "Cooperativa de Transportadores de Saldaña Limitada" —Cootrasal—, representada por Alonso Hernández Lozano, y a Luis Gonzaga Salazar Hernández, aquél y éste conductores de los vehículos en colisión.

Dicha citación se fincó en el hecho según el cual las dos personas naturales fueron "los inmediatos y directos autores materiales..." de los daños ocasionados a los demandantes y que la persona jurídica transportaba los pasajeros que resultaron muertos y lesionados. De donde infiriése que éstos estaban obligados a reembolsar total o parcialmente el pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia la sociedad "Expreso Bolivariano S. A.".

5. Impulsado el proceso, con la citación de los llamados en garantía, la primera instancia terminó con la sentencia del 2 de junio de 1980, la cual declaró civilmente responsable a la sociedad "Expreso Bolivariano S. A." y a los citados por ésta, a quienes condenó solidariamente a pagar a los demandantes las sumas de dinero allí indicadas.

6. Apelada que fue esta decisión por la parte demandada, el *ad quem* la reformó con sentencia del 1º de abril de 1981, donde dejó sin efecto el llamamiento en garantía ordenado para la empresa "Cooperativa de Transportadores de Saldaña Limitada", Luis Gonzaga Salazar Hernández y Orlando Ospina Quintero, y limitó la condena, en forma solidaria, a "Expreso Bolivariano S. A." y a Orlando Ospina Quintero, confirmando en todo lo demás el fallo impugnado.

7. Inconforme la parte demandada con la orden judicial precedente, interpuso oportunamente el recurso de casación, el cual, por estar agotado en su ritualidad, procede la Corte a su estudio.

II

La sentencia impugnada

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la situación litigiosa, de relatar la actuación materializada en el proceso y de ver satisfechos los presupuestos de la contienda y su legalidad formal, el Tribunal, luego de precisar el objeto de la pretensión se adentra en el estudio de la excepción denominada carencia de legitimación de la causa de la parte demandada, la que de entrada encontró insatisfecha dada la afiliación del bus del accidente a "Expreso Bolivariano S. A.", la dependencia de su conductor a esta empresa y, particularmente, "la motivación y resolución que conforman la sentencia de 14 de noviembre de 1978, originaria del Juzgado Segundo Superior de esta ciudad, que condenó a Orlando Ospina Quintero a la pena principal de dos años de prisión por los delitos de homicidio múltiple y lesiones personales concretadas en concurso material en la modalidad de culposos y al pago *in genere* de los perjuicios ocasionados por los infractores...".

Opinión que el Tribunal fundamenta en la doctrina sentada respecto de la responsabilidad por el hecho ajeno, legalmente canalizada por los artículos 2341 y 2347 del Código Civil, y atendiendo la circunstancia capital de que Orlando Ospina Quintero, a quien encuentra dependiente de la empresa demandada, fue condenado por los delitos de homicidio múltiple y lesiones personales ocasionados en el insuceso que dio origen al proceso civil; fallo penal que encuentra influyente en él a términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el 30 del mismo estatuto.

"...La acción civil se yergue en toda su extensión, expresa el sentenciador, cuando se da el caso contemplado en el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, para cuando esto ocurre, el haber probatorio recaudado dentro de la investigación punitiva fundamental para la condena, no podrá ponerse duda en el proceso civil, es decir, debatirse de nuevo, puesto que la norma en cuestión establece al respecto es una verdadera presunción de derecho en lo atinente con (sic) la responsabilidad del condenado, de la cual, como ya se dijo, se puede deducir responsabilidad civil de terceros ajenos al delito, como es el caso que aquí se analiza, concretamente lo acaecido al conductor del bus de Expreso Bolivariano Orlando Ospina Quintero, condenado por el Juzgado Segundo Superior de Ibagué, por sentencia en firme a la pena principal de dos años de prisión, 'como autor responsable de los delitos de homicidio... y lesiones personales... cometidos en concurso material y en la modalidad de culposos, en hechos ocurridos en la tarde del 19 de diciembre de 1975, frente al Restaurante 'El Autojo', en la carretera que de esta ciudad conduce a Picaleña, y en las demás circunstancias ampliamente comentadas en el cuerpo de esta providencia... condenar al mismo Orlando Ospina Quintero al pago *in genere* de los perjuicios ocasionados con sus infracciones...'".

2. En torno a la carencia de legitimación en la causa de la parte demandante, excepción también incoada, el *ad quem* la rechaza en virtud de que halla demostrado que Blanca Evelia Herrera fue esposa legítima de Fernando Romero; que Zoila Rosa Carvajal efectivamente resultó lesionada en el accidente, ya que fue reconocida en el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué como una de las víctimas del insuceso, donde se le abrió la correspondiente historia clínica; que William Rojas Gómez es hijo legítimo de Alvaro Rojas y que el deceso del primero "se produjo el 19 de diciembre de 1975, como resultado del accidente de ese día, circunstancia ésta que sí registra, tanto el auto de proceder como en la sentencia condenatoria final proferida por el Juzgado Segundo Superior de esta ciudad dentro del proceso penal adelantado...".

3. Después de indagar el Tribunal sobre la existencia de los tres cardinales elementos de la responsabilidad civil extracontractual, remata en que la condena penal antes referida los configura, ya que se basa en iguales hechos a los que conforman las pretensiones de la demanda en este proceso "con una incidencia palmar, objetiva y definitiva", "como quiera que a la luz del texto del artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, no le es dado al juez civil dudar sobre las resultas del proceso punitivo, puesto que todas las circunstancias y hechos esclarecidos y demostrados dentro de éste deben aceptarse como establecidos en el proceso civil...".

Agrega que "El registro penal del accidente con su luctuoso saldo... destaca la realidad del daño a que aluden los miembros del *litis consorcio activo* en el *petitum demandatorio*...", que con "...la diligencia y la respectiva acta del levantamiento de los cadáveres en el sitio del siniestro y las necropcias practica-

das sobre ellos, queda al descubierto el hecho incontrastable de la muerte de Blanca Evelia Herrera de Romero, Tránsito y Luz Dari Romero Herrera ..." y "William Rojas Gómez"; y que la visita del funcionario de instrucción al Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué, destaca "la evidencia de las lesiones sufridas por Fernando Romero y Zaila Rosa Carvajal".

Y apoyado el *ad quem* en dichas consideraciones, luego de recordar opiniones doctrinarias de esta Corporación en relación con la materia de perjuicios, encuentra que los materiales "para los lesionados y supervivientes y los morales para los restantes demandantes la estimación expuesta por el primer fallador debe aceptarse como correcta porque se ajusta a una realidad plasmada en los autos".

4. Finalmente, el Tribunal emprende el análisis del llamamiento en garantía relatado en los antecedentes. Institución procesal que el sentenciador recoge en sus aspectos teóricos y fácticos, citando jurisprudencia de la Corte y particularizando los efectos del fallo penal que condenó a Orlando Ospina Quintero y paralelamente exoneró de toda responsabilidad a Luis Gonzaga Salazar Hernández, aquél y éste conductores de los vehículos automotores en colisión, dependientes ellos de "Expreso Bolivariano S. A." y de la "Cooperativa de Transportadores de Saldaña Limitada", respectivamente, para concluir que el llamamiento en garantía propuesto por la parte demandada es impróspero y en la necesidad de reformar en el punto el fallo de primera instancia.

III

La demanda de casación

Dos cargos propone ésta, el primero de los cuales se enmarca dentro de la causal quinta, mientras el segundo cae dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil. Así que la Corte comenzará con el estudio de aquél, por tratarse de un cargo atinente a un error *in procedendo*.

Cargo primero

1. Mediante él, acúsase la sentencia de haber incurrido en la causal de nulidad "consagrada en el artículo 152, numeral 2... por falta de competencia del señor Juez Segundo del Circuito de Ibagué y del Tribunal Superior de Ibagué, para conocer de este proceso, nulidad que *Expreso Bolivariano* no la saneó y, por el contrario, ha alegado en excepciones previas".

2. Desarrollando el cargo, el impugnador afirma que "Expreso Bolivariano S. A.", no establecida sucursal ni agencia en dicha ciudad de Ibagué, pues allí "solamente existe un paraje intermedio donde los buses recogen y dejan pasajeros".

Añade que, según el certificado de la existencia y representación que de aquélla se anexó a la demanda, aparece claro que su único domicilio es la ciudad de Bogotá y consiguientemente reclama la incompetencia del Tribunal para proferir el fallo atacado.

Se considera

1. *Bajo el indudable supuesto que el proceso debe nacer y desenvolverse con arreglo a las normas que lo estructuran, dirigidas en lo fundamental a tutelar la idoneidad de sus actos y el derecho de defensa de los ciudadanos, es obvio que un fallo de instancia dictado con flagrante desconocimiento de ellas, justifican su quiebre con estribo en la causal 5ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.*

2. *Siguiendo el criterio de la especificidad, el estatuto procesal hoy vigente consagra los motivos de desviación de las normas legales y correlativamente de idoneidad del proceso para proferir una sentencia válida, teniendo como justo punto de partida los conceptos de jurisdicción y competencia del juez, pues que, con este entendimiento, sólo le es dado administrar justicia a quien tiene tan precisa facultad en los asuntos expresamente determinados por la ley. De ahí que, requiriéndose esa facultad, el proceso es nulo "cuando el juez carece de competencia" (Art. 152-2 ejusdem).*

3. *La competencia distribuye la jurisdicción entre Tribunales y jueces de igual rama, todo a cargo de la ley con imperativos de orden público, la cual, para ese menester, atiende y aplica diversos y diferentes factores: objetivos, subjetivo, territorial, funcional y de conexión. Dentro de éstos, el territorial divide la competencia entre los distintos jueces de un territorio, de modo que, fijado éste, unos excluyan a los otros para conocer de ciertos procesos.*

La noción de domicilio y a falta de éste la de residencia, por regla general constituye el elemento determinante para indicar el respectivo territorio donde debe iniciarse el proceso y, si se tienen varios, el de cualquiera de ellos, a

elección del demandante, a menos que comprenda asuntos vinculados exclusivamente a uno de dichos domicilios. Sucede, empero, que en la fijación de la competencia por razón del territorio, a menudo convergen varios fueros, distintos de aquél, llamado personal, en tal forma que cada uno independientemente da competencia a varios jueces para conocer de un conflicto de intereses. Háblase entonces de competencia preventiva o concurrente *y de su conversión en* privativa, *una vez que se asume el conocimiento por uno de ellos, cuya elección compete naturalmente al actor, de acuerdo con la regla general sobre la materia.*

4. *Conforme con el artículo 23-7 ibidem, de los procesos contra una sociedad evidentemente conoce el juez de su domicilio principal, salvo cuando se trate de asuntos vinculados a una sucursal o agencia, en cuya circunstancia es competente, a prevención, "el juez de aquél y de ésta". Y, según el numeral siguiente, en los procesos por responsabilidad extracontractual es* "también competente *el juez que corresponda al lugar donde ocurrió el hecho" (fuera especial) (subrayas de la Corte).*

Armonizadas las dos disposiciones, como deben serlo, sin hesitación, aparece que en los eventos allí contemplados, de acaecer ambos, pero en territorios diferentes, preventiva o concurrentemente otorgan competencia a los jueces del domicilio, sucursal, agencia de la sociedad o lugar donde ocurrió el hecho, según fuere el caso. Por supuesto que el adverbio "también", usado por el legislador, conduce a esta interpretación, puesto que si éste expresa la igualdad o semejanza de una cosa con otra ya nombrada, refiriéndose a la competencia, ni más ni menos significa que "el juez que corresponde al lugar donde ocurrió el hecho" es así misma competente para conocer de los procesos contra una sociedad, a elección del actor, cuando a ella se responsabiliza del insuceso.

5. La especie de esta *litis* contiene un caso de responsabilidad civil extracontractual por hechos sucedidos cerca de la ciudad de Ibagué, "a la altura de punto donde se encuentra el Restaurante El Antojo, entre Picaleña y esa ciudad". La demanda se dirigió contra "Expreso Bolivariano S. A.", entidad que tiene su único domicilio en la ciudad de Bogotá y de quien no se acredita que tenga sucursal o agencia en la de Ibagué, como empresa afiliadora de uno de los dos vehículos automotores en colisión.

Sin embargo, ocurrida que fue dicha tragedia en la comprensión municipal de Ibagué, hecho que no discute el recurrente, es palmar la competencia del Juez Civil del Circuito y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, para conocer del proceso contra la sociedad demandada, a quien se endilga responsabilidad por el accidente.

6. En esas condiciones no advierte la Corte que se hubiera violado el artículo 152-2 *ibidem*, tal como lo alega el censor.

No prospera, pues, el primer ataque.

Segundo cargo

1. Por éste acúsase la sentencia de ser "violatoria de los artículos 185, 187 y artículo 28 del Código de Procedimiento Penal e indirectamente los artículos 1571, 1679, 2341, 234 (sic) y 2347 del Código Civil, por error de derecho en la apreciación y alcance de las pruebas trasladadas del proceso penal, en el cual se juzgó y condenó a Orlando Ospina y en cuyo proceso no fue parte y de consiguiente se practicaron sin citación y audiencia de Expreso Bolivariano".

2. Y en desarrollo de la censura, el impugnador cree, y así lo expresa, que el sentenciador aplicó indebidamente las normas sustanciales atrás citadas, "con base en la apreciación equivocada de las pruebas practicadas en el proceso penal y en la sentencia penal que condenó a Orlando Ospina cuando esas normas no alcanzaban a producir efectos contra Expreso Bolivariano por no haber tenido oportunidad de contradicción de las pruebas trasladadas, como la sentencia penal y por consiguiente Expreso Bolivariano puede poner en duda la existencia de los hechos que fueron base de la responsabilidad que se les pretende atribuir".

Se considera

1. Al iniciar la Sala el análisis de este cargo, al rompe advierte que él viene estructurado con un protuberante defecto de técnica, cual es el de la no individualización y determinación precisa de los medios probatorios que, de los varios que se tuvieron en cuenta por el juzgador de instancia para deducir la responsabilidad de la empresa demandada, se dice fueron erróneamente valorados por éste.

Sucede, en efecto, que elegida la vía indirecta, en cuanto objétase la sentencia del Tribunal de ser violatoria de la ley sustancial como consecuencia de error de derecho, corre a cargo

del impugnante acreditar como insistentemente le ha señalado la Corte, cuál o cuáles de las pruebas aportadas al proceso fueron mal evaluadas y cuál es su incidencia en el fallo. "Si además se ataca la sentencia del Tribunal por error de derecho, que es de diversa índole del yerro fáctico, la acusación tiene... que concretarse a demostrar que el juzgador ha fundado su decisión en una o más pruebas producidas por fuera de las normaciones legales, o que les ha atribuido el mérito que no tienen o que les ha negado el que sí les corresponde" (T. CXXXII, 206; CLI, 224).

2. La omisión anotada sería suficiente, por sí sola, para rechazar de entrada la acusación por falta de técnica en la formulación del cargo.

3. Empero, *si con criterio de amplitud pudiera aceptarse que cuando el casacionista, refiriéndose a las pruebas trasladadas, singulariza la "sentencia penal" que condenó a Orlando Ospina Quintero, conductor del bus Expreso Bolivariano, "como autor responsable de los ilícitos de homicidio... y lesiones personales... cometidos en concurso material y en la modalidad de culposos, en hechos ocurridos en la tarde del 19 de diciembre de 1975, frente al Restaurante 'El Antojo', en la carretera que de esta ciudad conduce a Picaleña...", habría que rechazarse el cargo por no corresponder a ese fenómeno jurídico.*

Pues es palmar que si el fallador consideró aquella sentencia para fincar en ella su ordenamiento jurisdiccional impugnado, tal no representa la aducción al proceso civil de una prueba practicada en el proceso penal, hipótesis prevista en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, pues que si el fallo civil constituye un evidente acto jurídico a través del cual se cumple la obligación jurisdiccional, derivada de la acción y del derecho de contradicción, de resolver sobre las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o de fondo del demandado; o de determinar si el procesado es o no responsable del delito que se le imputa y aplicarle la pertinente sanción, si fuere el caso, mal puede admitirse que corresponda a un diligenciamiento probatorio *materializado en el curso de un proceso, cualquiera que sea su naturaleza.*

Desde luego que una sentencia, formalmente considerada, que obra en un proceso diferente a aquél en que se profirió, justamente significa la prohanza de ella misma en cuanto acredita su existencia, clase de resolución, su autor y su fecha; pero excluyendo, como lo tiene precisado la doctrina del derecho procesal, las motivaciones que le sirvieron de soporte, las cuales son y deben ser indiferentes e inocuas al juez de la causa (LXXV, 78).

4. Entendida de esta manera la cuestión, brilla al ojo que el *ad quem*, en presencia del acotado fallo penal y particularmente de su acápite resolutivo, no hizo cosa distinta que aplicar la autoridad de la cosa juzgada penal sobre la decisión civil suya, con arreglo al artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, el cual estatuye que "cuando el sindicado haya sido condenado en el juicio penal como responsable de la infracción, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la existencia del hecho que la constituye ni la responsabilidad del condenado", y atendida su conclusión probatoria civil —la del juzgador— no impugnada por el recurrente, según la cual estaba demostrada la dependencia de Orlando Ospina Quintero con la sociedad "Expreso Bolivariano S. A.".

El cargo es improspero.

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 de fecha primero (1º) de abril de mil novecientos ochenta y uno (1981), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso ordinario.

Condénase en costas a la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Uribe-Holguín, Alfonso Guarín Arieta, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Luis H. Mora Benavides
Secretario.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS

La confesión como prueba única es eficaz para establecer las causales de separación, que no las de divorcio, pues se trata de dos instituciones jurídicas diferentes, medidas con distinta regla: ésta disuelve el vínculo matrimonial, aquélla solamente suspende la vida en común. De ahí que el legislador exija mayor rigorismo en la concesión del divorcio que en la de la separación. Aceptar la existencia de la causal es otorgar implícitamente el consentimiento para que la separación se produzca.

Corte Suprema de Justicio
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Héctor Gómez Uribe.

Bogotá, D. E., 9 de octubre de 1981.

Procede la Corte a desatar la apelación interpuesta por el demandante contra la sentencia del 27 de octubre de 1980, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del abreviado de separación de cuerpos adelantado por Manuel Espejo Saavedra frente a su legítima esposa Lilia Cecilia Cuervo de Espejo.

Antecedentes

1. Ante el Tribunal Superior de la referencia compareció Manuel para pedir, con citación y audiencia de Lilia Cecilia, a quien señala como demandada, los siguientes pronunciamientos que se traen en síntesis:

Que se decrete la separación definitiva, debe entenderse indefinida, de cuerpos entre ellos, quedando cada cual en libertad de fijar por separado su residencia.

Que, desde la admisión de la demanda, se determine la cuota alimentaria con que el demandante debe contribuir para el sostenimiento de los hijos comunes, Manuel, Fernando, Enrique y Andrés, para lo cual ofrece la suma de $ 4.000.00 mensuales.

Que, así mismo, a partir del auto admisorio del libelo demandador, se autorice al demandante a constituir nueva residencia.

Que se condene a la demandada a pagar las costas del proceso.

2. Como causa para pedir, se exponen los hechos que también se presentan en resumen:

Manuel y Lilia Cecilia contrajeron matrimonio por los ritos canónicos, en la Iglesia del Espíritu Santo de Bogotá, el día 13 de diciembre de 1963, conforme resulta acreditado con la respectiva acta del registro civil (Fl. 12), habiendo sido procreados en tal unión Manuel, Fernando, Enrique y Andrés, nacidos, respectivamente, según consta en las certificaciones notariales (Fls. 3, 4, 5 y 6) el 8 de septiembre de 1964, el 23 de noviembre de 1965, el 25 de septiembre de 1967 y el 16 de junio de 1970.

Desde hace varios años, la demanda fue presentada el 13 de octubre de 1977, Lilia Cecilia "ha dejado de cumplir sus deberes de esposa y se ha negado a tener relaciones sexuales" con su cónyuge; y, como si fuera poco, continuamente lo ultraja de palabra y de obra, humillándolo en forma descomedida, lanzando en su contra "injurias y palabras de alto calibre, sin consideración a su posición social y personal"; situación que Manuel "ha tolerado pacientemente para evitar males mayores".

En orden a demostrar sus asertos pide el demandante que se tengan como pruebas los registros civiles allegados y que se reciba declaración de parte a la demandada para que absuelva el interrogatorio que en sobre cerrado adjunta.

3. Admitida la demanda, su traslado fue descorrido por la demandada, quien niega enfáti-

camente haber incurrido en incumplimiento de sus deberes de esposa y en los desmanes verbales de que le acusa el demandante, de quien dice que muchas veces la agredió a ella y la irrespetó, habiendo llegado, de otra parte, "hasta el extremo de haberse apoderado de su exigua herencia".

Para respaldar sus afirmaciones, impetró que fueran recibidos los testimonios de Blanca Cecilia Sarmiento, Gabriel y María Eugenia Cuervo.

4. Sin que se hubiere vislumbrado ánimo conciliatorio fueron efectuadas las dos audiencias de conciliación que son de recibo, conforme las previsiones del ordinal 3º del artículo 27 de la Ley 1ª de 1976, en armonía con el artículo 18 *ibidem*.

Las pruebas

1. Por auto del 12 de mayo de 1980 fueron decretadas las pruebas pedidas por las partes, habiendo sido evacuadas la interrogación de parte y dos de las tres declaraciones testimoniales a que se ha hecho referencia.

2. En el interrogatorio que rindió el 1º de julio de 1980, Lilia Cecilia, respondió respecto de las cuestiones que tocan con las causales de separación que se alegan en la demanda, así: Preguntada: "¿Diga desde cuándo tiempo hace que no tiene relaciones sexuales continuas con su esposo?". Contestó: "Dos años". Preguntada: "¿Diga si es cierto o no que usted desde hace años se ha negado sistemáticamente a cumplir con sus obligaciones de esposa, negándose a tener relaciones sexuales con él?". Contestó: "Nunca me he negado". Preguntada: "¿Es cierto sí o no que usted escribió la nota en lápiz que se le pone de presente y donde usted afirma que se niega a tener relaciones sexuales con su esposo y donde intencionalmente anexó y subrayó un recorte de periódico que contenía un fallo judicial de divorcio por esta causal 7ª?" (se le pone de presente a la interrogada el documento contentivo del sobre que aparece anexo al interrogatorio de parte). Contestó: "Sí es cierto". Preguntada: "¿Diga sí o no si ha provocado de palabra y obra en numerosas ocasiones a su esposo, profiriéndole insultos y agravios, así como arrojándole objetos y causándole lesiones por arañazos y mordiscos?". Contestó: "Nunca lo he provocado, únicamente traté de defenderme de sus ataques". Preguntada: "¿Diga sí o no, si continuamente le hace la vida insoportable...?". Contestó: "Nos hicimos la vida insoportable mutuamente". Preguntada: "¿Diga cómo es cierto, sí o no, que usted escribió la nota en lápiz que se le pone de presente y donde lo injuria gravemente y lo acusa injustificadamente de robarse unos dulces, medicinas, de su hijo Fernando? (se le pone de presente a la interrogada el documento que contiene el sobre anexo al interrogatorio y marcado con el Nº 2)". Contestó: "Sí es cierto".

3. En cuanto a las declaraciones de María Eugenia y Gabriel Cuervo Salcedo, ambos hermanos de Lilia Cecilia, concuerdan en la aseveración respecto de los buenos manejos de ésta frente a su esposo Manuel, inculpando a éste de todos los malos entendidos matrimoniales, de incumplidor de sus deberes de marido y de padre.

4. Alegó de conclusión el apoderado del demandante, recalcando sobre la procedibilidad de la pretensión.

5. Cumplida la ritualidad propia del proceso, el Tribunal del conocimiento dictó el fallo en un principio aludido.

La sentencia acusada

1. Después de advertir la concurrencia de los presupuestos procesales, entra el fallador al estudio de la pretensión incoada y pasa en seguida a examinar el acopio probativo.

2. Comienza por la apreciación de las dos declaraciones testimoniales recibidas y encuentra, desde luego, que ellas no dan base para tener como probadas las causales alegadas. "Al contrario, dice, de los testimonios rendidos por María Eugenia y Gabriel Cuervo Salcedo, se infiere que quien ha perturbado la paz y el sosiego domésticos en el hogar ha sido el esposo demandante. Sin embargo, como la parte demandada no ejercitó el derecho que le concede la ley para reconvenir a su cónyuge demandante, se presume que no tiene interés en la separación de cuerpos incoada por el actor".

3. En lo que atañe al interrogatorio de parte de la demandada, única prueba solicitada por el actor, considera que "no alcanza por sí sola a sacar avante la pretensión de que da cuenta el libelo demandatorio, conforme al claro mandato del inciso final del artículo 6º de la ley 1ª de 1976, aplicable a las separaciones de cuerpos de los matrimonios católicos, de conformidad con el artículo 25 de la misma ley".

4. En consecuencia, el *a quo*, denegó las peticiones de la demanda; declaró sin valor ni efecto la medida preventiva decretada (cuota alimentaria provisional); y condenó en costas al actor.

Sustentación del recurso

1. Llegado el expediente a la Corte, dentro de la ritualización de la alzada, el personero judicial del demandante acudió mediante escrito para impetrar que lo resuelto por el *a quo* fuera revocado para en su lugar acceder a las peticiones de la demanda.

2. La impugnación la hace girar alrededor de la puntualización de que "el inciso final del artículo 6º de la Ley 1ª de 1976, no es aplicable a la separación de cuerpos".

3. Con apoyo en argumentaciones presentadas por el ponente cuando se discutió en el Senado de la República el proyecto que se convirtió en la Ley 1ª de 1976, arguye el recurrente que la prohibición contenida en el inciso final del artículo 6º del mencionado estatuto que establece que "las causas de divorcio no podrán probarse con la sola confesión de los cónyuges", tiene como exclusiva finalidad evitar que el rechazo del "divorcio simplemente consensual" viniera a ser burlado al aceptar por el cónyuge demandado la causal invocada en su contra. "Esta prohibición, dice el Senador a cuyo cargo estuvo la ponencia del proyecto, tiene el claro e inequívoco sentido de hacer imposible que por cualquier medio se llegue al divorcio sin justificación real de cualquiera de las causales consagradas en la ley".

4. En cambio, agrega el apelante, no se legisló con el mismo criterio en cuanto toca con la simple separación de cuerpos, ya que para ésta sí se determinó como causal "el mutuo consentimiento de los cónyuges" (Art. 15 de la Ley 1ª de 1976, en su numeral 2º).

5. "Por tanto, continúa, cuando en el artículo 15 de la Ley 1ª de 1976, mal citado por el Tribunal en la sentencia que impugno, se establece que son aplicables a la separación de cuerpos las normas que regulan el divorcio, en cuanto no fueren incompatibles con ella, no se está diciendo, como lo afirma el Tribunal, que la eliminación de la prueba de confesión, tocante tan sólo con el divorcio vincular y establecida para impedir que éste se decrete por mutuo consentimiento de los esposos, sea aplicable a la separación de cuerpos, como que éste se puede demandar por común acuerdo de los esposos. Lo que en otras palabras sencillamente acontece, es que el inciso final del artículo 6º de la Ley 1ª de 1976 resulta incompatible con la separación de cuerpos regulada por los artículos 15 y siguientes de esa ley, por cuanto este inciso fue dictado tan sólo para que rigiera el divorcio vincular".

6. Por otra parte, agrega, aun aceptando que el inciso que se comenta sea aplicable así mismo a la separación de cuerpos, no implica que la confesión no tenga valor alguno, sino que, vinculada o relacionada con otras pruebas, "puede tener valor pleno para demostrar cualquiera de los hechos que den lugar al divorcio o a la separación de cuerpos".

7. Descendiendo al caso de autos, precisa que, además de la confesión que hace la demandada del incumplimiento de su deber conyugal del apareamiento sexual, "por física hartera", y de haber irrogado al demandante soez insulto, importa tener en cuenta su conducta procesal, por virtud de que en la misma diligencia de interrogatorio no tiene empacho en negar bajo la gravedad del juramento haber incurrido en el quebranto de tales deberes.

8. En virtud de pedimento del apelante, se realizó audiencia pública (Art. 360 del C. de P. C.), en la cual reiteró sus puntos de vista, opiniones a las que respondió el personero judicial de la demandada arguyendo, fundamentalmente, que la confesión no era ciertamente por sí sola eficaz para fundar el decreto de separación de cuerpos, a más de que los escritos que le fueron presentados a su patrocinada en el interrogatorio de parte no podían tenerse como debidamente allegados al proceso, puesto que la forma empleada para ello quebrantaba el principio de contradicción de la prueba.

9. Por otra parte, por decisión oficiosa de la Corte (Arts. 179 y 180 del C. de P. C.), se recibió declaración testimonial a Blanca Cecilia Peña y se practicó careo entre el demandante y la demandada.

10. Esta testigo, empleada doméstica en la casa de los cónyuges, de donde se retiró en 1974, dice que la señora se manejaba muy bien, en tanto que el señor la hacía frecuentemente objeto de malos tratos de palabra y de obra.

11. En cuanto al careo, se advierte que los esposos en litis se formulan cargos mutuos, pretendiendo cada cual que fue el otro el responsable de las desavenencias hogareñas, que final-

manto vinieron a resquebrajar la paz y el sosiego domésticos.

12. En lo atinente al aspecto de las relaciones sexuales, comenta Lilia Cecilia que ella se fue enfriando, desilusionando, por los comportamientos de Manuel, por sus continuos enredos con amigas y secretarias; aunque manifiesta que nunca se negó a tenerlas, sino que "tal vez él por un poco de vergüenza no volvió a pedirlas". Preguntado si ella escribió el papel en que le dice que "se niega" a tenerlas "por física barrera", contesta que realmente admite habérselo dejado sobre su mesa "en un momento de verdadera desilución y desengaño", para darle a entender "que no estaba ni mucho menos mendigando tener relaciones con él, ya que no me interesaban después de tanta entrevista con tantas señoritas, pero aclaro nuevamente que nunca me negué a ninguna proposición suya en ese sentido". Y en cuanto al otro manuscrito en que le hace cargos por unos dulces medicinales, acepta que también proviene de ella, con la aclaración de "que la palabra soez (h...) de mi escrito y esta otra (que le sepan a m...), era el trato habitual de mi esposo para conmigo y con mis hijos. Luego para él no serían tan hirientes...".

Considera la Corte

1. Existe legitimación en la causa por activa y por pasiva, puesto que, como se dejó visto, aparece debidamente acreditado el matrimonio que por los ritos de la Iglesia Católica contrajeron el demandante y la demandada.

2. Por otra parte, concurren los presupuestos procesales: es competente la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de Casación Civil, para conocer en segunda instancia del proceso de separación de cuerpos de que se trata, de acuerdo con el artículo IX del Concordato; la demanda inicativa reúne los requisitos de ley (Art. 75 del C. de P. C.); los litigantes son personas naturales y han desarrollado su actividad procesal asistidos por abogado con derecho de postulación.

3. Finalmente, no se vislumbra ningún motivo de nulidad en la actuación.

4. Conforme a los términos del libelo demandatorio, resulta claro que se alegan como causales de la separación de cuerpos las contempladas en los numerales 2º y 3º del artículo 154 del Código Civil, en armonía con el artículo 168 *ibídem;* el grave e injustificado incumplimiento por parte de la demandada de sus deberes de esposa para con el demandante; y los ultrajes y trato cruel que para con éste ha tenido aquélla, hasta el extremo que han hecho imposibles la paz y el sosiego domésticos.

5. Quedó expuesto en la relación procesal que la demandada con miras a desvirtuar las imputaciones que le formula el demandante, hizo traer las declaraciones de dos hermanos de ella, María Eugenia y Gabriel Cuervo, quienes efectivamente la apoyan en el sentido de cargar sobre el esposo la culpa de las desavenencias en el hogar, ya que lo presentan como hombre brusco en su trato para con su esposa y para con sus hijos, además de ser carente de responsabilidad en las relaciones con la familia; en tanto que dicen de Lilia Cecilia que es mujer digna de encomio desde todo ángulo de vista, ya como esposa, ora como madre. Y en el mismo sentido, se dejó visto, se pronunció la testigo Blanca Cecilia Peña. Pero, de todos modos, estos dichos no desvirtúan los cargos que en concreto formula en su contra el demandante.

6. Y también quedó sentado desde el comienzo que en busca de acreditar los motivos de separación solamente acudió el demandante al interrogatorio de parte de la demandada.

7. Así mismo se vio en la diligencia de interrogatorio que la demandada, bajo la gravedad del juramento, es tajante en negar las inculpaciones que le irroga el demandante; dice que hace dos años no mantiene con él relaciones sexuales, pero niega haberse negado a tenerlas; por otro aspecto, afirma que no ha ofendido a su esposo, sino que ha sido él quien ha pretendido atacarla, reduciéndose ella a defenderse, haciéndose, de tal manera, "la vida insoportable mutuamente". Es la misma postura que adopta en la diligencia de careo.

8. Sin embargo, después de tomar esa actitud de escueta negativa respecto de los cargos que se le endilgan, es lo cierto que se le pone de presente el recorte del impreso en que se informa sobre el decreto de divorcio de un matrimonio a raíz de la promulgación de la Ley 1ª de 1976, que en uno de sus apartes dice: "Antes de cumplir los cinco años de unión, el aviador compareció ante el Juzgado Primero Civil del Circuito para, al amparo de la mencionada ley sobre divorcio, pedirlo invocando una causal sico-sexual, por cuanto la cónyuge se negaba a cumplir sus deberes de esposa"; y se le inquiere para que diga si una anotación que aparece en seguida, escrita a mano, entre paréntesis (por

hartera), y un escrito adjunto en que se expresa: "Felicitaciones ¡Creo que esta causal sí le va a servir para pedir separación de cuerpos! Me niego por física hartera", son escritos de su puño y letra, y contesta: "Sí es cierto".

Además, se le expone el escrito a mano en que, dejando desde luego en esta transcripción palabras incompletas porque repugna su acogimiento total, se lee: "Hay que ser tan h... p... como usted para robarse los paquetico de dulces que Fernando tiene que comer todos los días durante un año para recuperarse de la hepatitis, por orden médica. Que le sepan a m...". Se le pregunta si ella escribió tal nota, y responde: "Sí es cierto".

9. En frente de su esposo, como se dejó visto, así mismo acepta, o para mejor decir, reitera que es la autora de tales manuscritos, aunque con explicaciones del porqué de su conducta, que ciertamente no justifican su rechazo al débito conyugal, como tampoco el irrespeto irrogado con palabras groseras. Porque lo cierto es que está de su puño y letra la afirmación de que no tiene relaciones sexuales con su esposo por "física hartera", incitándolo, conscientemente, a que aproveche "esa causa!" para que solicite la separación de cuerpos; y lo cierto es que el insulto soez que le endilga, también de puño y letra, no son correcta correspondencia al lenguaje vulgar de que la demandada acusa al demandante.

10. Para el recurrente hay en la aceptación de la autoría de tales escritos una confesión plena de las causales que se le imputan a la demandada, medio de prueba suficiente por tratarse de separación de cuerpos, que admite el mutuo acuerdo, y no de divorcio en que no es de recibo el mutuo consentimiento; además de que no sería elemento de convicción aislado, sino complamentado por la conducta procesal de la demandada, cuando en la misma diligencia, bajo la gravedad del juramento, rechaza y a la vez acepta las imputaciones que se le hacen respecto de que se niega a la cópula carnal y que ha ultrajado soezmente a su esposo.

11. *Se trae a discusión un punto de vasta trascendencia jurídica, como lo es el de determinar si en el campo de la separación de cuerpos entra en juego la prohibición establecida para el divorcio vincular en el 2º inciso del artículo 6º de la Ley 1ª de 1976, sin que quepa argüir que los "documentos privados" a que se ha hecho mérito no fueron traídos a los autos con el lleno de las formalidades de ley, omisión que vedaría tenerlos en cuenta en el pronunciamiento del fallo; puesto que se allegaron en oportunidad procesal, dentro del interrogatorio de parte que en sobre cerrado se adjuntó a la demanda (Art. 183 del C. de P. C.), habiendo quedado sometidos a los principios de publicidad y contradicción de la prueba, como quedaron así mismo las preguntas formuladas en el pliego contentivo del interrogatorio.*

12. *En oportunidades anteriores esta Sala de la Corte, mayoritariamente, con salvamento de voto de uno de sus integrantes, se ha pronunciado en contra de la eficacia de la confesión, cuando es prueba única, en orden a la acreditación de cualquiera de las causales de separación de cuerpos (Art. 154 del C. C., en concordancia con el Art. 165 ibidem), por entender que la Ley 1ª de 1976, en su artículo 6º, inciso 2º, ha establecido una prohibición al respecto, cuando dice: "Las causales de divorcio no podrán probarse con la sola confesión de los cónyuges", habida concordancia con el artículo 18 del mismo estatuto legal que precisa: "Son aplicables a la separación de cuerpos las normas que regulan el divorcio, en cuanto no fueren incompatibles con ella".*

13. *Sin embargo, habrá de rectificar ahora tal doctrina, porque importa tener en cuenta que se trata de dos instituciones jurídicas distintas; entre otros aspectos, porque el divorcio disuelve el vínculo matrimonial (Arts. 1º y 10 de la Ley 1ª de 1976), en tanto que la separación de cuerpos únicamente suspende la vida en común de los cónyuges (Art. 17 ibidem), en forma "indefinida" o "temporal", que nunca "definitiva".*

14. *De ahí que el legislador haya querido mucho mayor rigorismo en la concesión del divorcio que en la de la separación de cuerpos; para el primero impone exigencias que no contempla para la segunda. "El juez para decretar la separación de cuerpos no estará sujeto a las restricciones del artículo 156 de este Código", dice el artículo 16 de la Ley 1ª de 1976; y la disposición que éste trae a cuento determina: "El juez sólo decretará el divorcio cuando los hechos constitutivos de la causal probada hayan producido un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial de tal gravedad que no sea posible esperar el restablecimiento de la unidad de vida de los casados"; y agrega: "Sin perjuicio de la separación de cuerpos, solicitada en forma subsidiaria, podrá el juez negar el divorcio, si lo considera moralmente no justificado,*

en atención al interés de los hijos menores, a la antigüedad del matrimonio y a la edad de los cónyuges".

15. *En los mismos términos de la ley se refiere que la importancia de las dos instituciones no está medida con la misma regla; tanto es así que es susceptible de pedirse subsidiariamente la separación para que sea concedida en el supuesto de que los divergencias matrimoniales no impliquen tanta gravedad como para llevar al quiebre del vínculo, sino apenas a la suspensión temporal o indefinida de éste.*

16. *En realidad, como lo advierte el recurrente en su alegación en esta instancia, que ha sido traída atrás en síntesis, es la trascendencia del divorcio lo que indujo al legislador a no contemplar entre sus causales la del "mutuo consentimiento" (Art. 4º de la Ley 1ª de 1976), estableciéndola, en cambio, como de recibo para la separación de cuerpos (Art. 15 del mismo estatuto).*

17. *Entonces, es elemental que la confesión por sí misma, aisladamente, no puede dar punto de apoyo para decretar el divorcio vincular; pero, en cambio, sí es bastante para lograr un decreto de separación de cuerpos, por virtud de que tal finalidad es susceptible de conseguirse, aun en el supuesto de que no exista causa justificativa, por simple antojo de los cónyuges, a quienes bastará comparecer ante el juez competente a formalizar su decisión (Art. 16 de la Ley 1ª de 1976), sin que ni siquiera esté entre las facultades del funcionario la de amonestarlos para que desistan de su pretensión.*

18. *Sencillamente, cuando el demandado en separación de cuerpos acepta la existencia de una causal, está implícitamente dando su consentimiento para que se produzca, así, desde luego, tenga que correr con las consecuencias que la separación le acarrea al cónyuge culpable. Sería absurdo que dijera sí he incurrido en un motivo de separación contemplado en la ley, pero me opongo a que la norma legal cumpla su cometido.*

19. Sentadas las consideraciones precedentes, no se puede menos que tener por acreditada la causal 2ª del artículo 154 del Código Civil: el grave e injustificado incumplimiento por parte de la demandada de sus deberes conyugales, como que, según su propio decir, se ha negado durante varios años a las relaciones sexuales con su marido, el demandante, "por hartera", insistiéndole: "¡Felicitaciones! Creo que esta causal sí le va a servir para pedir la separación de cuerpos. ¡Me niego por física hartera!".

20. No se da acogida a la otra causal alegada, la de los ultrajes (Ord. 3º del artículo 154 del C. C.), por razón de que no bien se precisa la fecha en que fueron proferidos, ignorándose así si ya caducó (Art. 6º de la Ley 1ª de 1976).

21. En lo que toca con la "cuota provisional" de $ 4.000.00 que el demandante ha venido cubriendo por razón de alimentos para sus hijos, no es dado aumentarla por razón de que siendo único apelante se le agravaría la situación con quebranto del principio de la *no reformatio in pejus*. Desde luego que queda abierta la posibilidad de su modificación (Inc. 3º del Art. 24 de la Ley 1ª de 1976).

22. Los hijos menores del matrimonio, Manuel, Fernando, Enrique y Andrés, quedarán, como han venido hasta ahora, bajo el cuidado de la madre, sin perjuicio de que el padre pueda visitarlos en la forma que convengan entre sí, o en su defecto como lo determine la autoridad competente.

23. Viene de todo lo dicho que la sentencia apelada habrá de revocarse para, en cambio, acceder a las pretensiones de la demanda.

Decisión

Por 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, REVOCA la sentencia apelada a que se ha hecho mérito y, en su lugar,

Resuelve:

Decrétase la separación indefinida de cuerpos de los esposos Manuel Espejo Saavedra y Lilia Cecilia Cuervo de Espejo, y en consecuencia, declárase disuelta la sociedad conyugal formada por ellos.

Los menores hijos del matrimonio, Manuel, Fernando, Enrique y Andrés, quedarán bajo el cuidado de la madre, sin perjuicio de que el padre pueda visitarlos.

Fíjase a Manuel Espejo Saavedra a pasar mensualmente, como cuota provisional alimentaria para sus menores hijos ya referidos, la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) moneda corriente.

Inscríbase la sentencia en la oficina correspondiente del registro del estado civil.

Condénase en costas de ambas instancias a la demandada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Ricardo Uribe-Holguín, Germán Giraldo Zuluaga, salvó el voto; *Héctor Gómez Uribe, Alfonso Guarín Arias, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.*

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

—

Salvamento de voto

Mi disentimiento no toca con la parte resolutiva de la sentencia, pues desde el inicio de las discusiones de la ponencia adherí a ella en su plenitud.

En cambio, he estimado, alejándome así del ilustrado criterio de mi colegas de Sala, que en el caso presente no debía tocarse el tema de si la confesión, por sí sola, es prueba suficiente de una causal de separación de cuerpos, desde luego que con el decreto de pruebas que oficiosamente dictó la Corte, se subsanaron los posibles vicios que podían endilgarse a documentos que fueron extendidos por la propia mano de la demandada. En tales circunstancias, el dicho de ésta unido al contenido probatorio de esa prueba documental produce la convicción plena de las faltas imputadas a la esposa. Entonces, la confesión toma valor probatorio, no por sí sola, sino por el apoyo sólido que le presta la prueba documental.

De otro lado, sigo estimando que el precepto restrictivo de la fuerza de la confesión que campea en el campo del divorcio, por disposición de la ley se extiende también al campo de la separación de cuerpos, pues de otra manera no se explicaría que se haya erigido también como causal de separación el mutuo acuerdo de los cónyuges y que, para este específico evento, se haya señalado un procedimiento diferente: el verbal, trámite en el cual no es menester probar ninguna de las causales del artículo 154 del Código Civil y no se requiere ni siquiera su enunciación.

Germán Giraldo Zuluaga

Bogotá, octubre 9 de 1981.

ELEMENTOS DE LA ACCION REIVINDICATORIA

Identidad de la cosa reivindicada con la poseída.

No se afecta cuando los demandados poseen sólo parte del inmueble cuya reivindicación persigue el demandante, en cuyo caso el fallo ha de ser infra petita, puesto que éste reclama más de lo que se le debe.

MEJORAS NECESARIAS

El poseedor vencido tiene derecho a que se le abonen las mejoras necesarias, sin consideción a su buena o mala fe; pero al pago de las mejoras útiles sólo tiene derecho el "poseedor de buena fe".

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

Bogotá, D. E., 19 de octubre de 1981.

Se decide el recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de 24 de marzo de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil en este proceso ordinario instaurado por Hernando y Darío Vargas Rodríguez, en frente de Carmen Elisa Castillo y otros.

I

El litigio

1. Mediante escrito que fue presentado el 24 de marzo de 1977 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá, los mentados Hernando y Darío Vargas Rodríguez demandaron a Carmen Elisa Castillo, en su nombre y como representante legal de sus menores hijos María Consuelo, María del Socorro, Pedro José, Luis Orlando y Carmen Beatriz Vargas Castillo, y además a Gloria Castillo o Vargas, Jorge Israel y Teresa Castillo en procura de que, previos los trámites propios del proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieran los siguientes pronunciamientos:

a) Que los demandantes son los dueños absolutos del fundo rural denominado "El Manual", junto con todas las edificaciones y mejoras en él existentes, ubicado en la vereda "El Río" de la jurisdicción municipal de Oiamonte y comprendido dentro de las especiales alinderaciones que la demanda consigna;

b) Que, consecuencialmente, se condene a los demandados a restituir a los demandantes, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo disponga, el referido inmueble, junto con todas las cosas que hacen parte del mismo o que se reputen como inmuebles por conexión con él;

c) Que los mismos demandados están obligados a pagar a los demandantes, dentro del mismo término indicado en el literal anterior, el valor de los frutos naturales y civiles producidos por la finca a partir del 30 de diciembre de 1974 y hasta el momento de la entrega, y no solamente los percibidos sino los que sus dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad;

d) Que los demandados, como poseedores de mala fe que son del citado fundo, no tienen derecho a ser indemnizados por razón de las expensas necesarias, y

e) Que se condene igualmente a los demandados al pago de las costas procesales.

2. Los hechos que los demandantes invocaron como fundamento de sus pretensiones, quedan sustancialmente comprendidos en las siguientes afirmaciones:

a) Que mediante las Escrituras públicas números 347 de 30 de diciembre de 1974, otorgada en la Notaría Primera del Socorro e inscrita en el registro de Charalá, y 23 de 25 de enero de 1975, pasada ante el Notario Segundo de San Gil, la que también fue legalmente registrada, los citados dos demandantes compraron en común y proindiviso a Pedro Elías Vargas Parra el derecho de dominio de la finca rural denominada "El Macanal", ubicada en la vereda "El Río", de la jurisdicción municipal de Oeamonte, "mejorada con casa de habitación de tapias, madera y teja, con ramada de trapiche con su motor y trapiche horizontal y demás necesarios para la fabricación de panela, siete edificaciones más construidas de paredes y cubiertas de teja", inmueble distinguido con el registro catastral número 01-0026 y comprendido dentro de los siguientes linderos:

"Por el Oriente principiando con el río Táquiza, sigue por cerca de alambre al punto donde hubo una puerta de golpe, de aquí a un vallado, siguiendo luego por una especie de cordillera a dar a una barranca, se sigue por la misma barranca a dar a la punta del medio, siguiendo allí por una cerca de piedra al sitio de una mata de guadua, sube allí por la loma del picacho, por una barranca a salir a la sabana de la Margarita, de allí por un vallado a dar al camino de carrera de Gallos, siguiendo por el camino indicado hasta una puerta de golpe, de allí por las inmediaciones de una casa de paja de Luis Quintero G., baja a una fuente, de aquí tuerce a la derecha un poco por la misma fuente a una mata de guadua, de aquí vuelve a un zanjón, de éste por una cerca de alambre, de aquí a la quebrada de Orduña, lindando en todo este trayecto con la finca denominada Riachuelito, de propiedad de los señores Manuel y Alberto Silva Márquez antes, hoy de herederos del señor Antonio Carreño, con la hacienda de Miraflores, de propiedad de los señores Ana María Silva de Goyeneche y Julio E. Silva Arenas, y con propiedad de Luis Quintero o su esposa Mercedes de Quintero, con de los Moras y por último con del señor Julio E. Silva Arenas; Norte, la quebrada de la Orduña en parte, sigue luego por inmediaciones del camino donde hay una cerca de piedra y luego una cerca de alambre hasta una puerta de golpe que va a la carrera de Gallos, lindando con tierras de Aurelio Arenas, de Luis Quintero, de herederos de Salvador Rangel y de Cristina Bernal; Occidente, principiando en la puerta últimamente indicada, se sigue por la orilla del camino donde hay una cerca de piñuela, alambre y barranca hasta un poco más adelante de la casa donde viven los herederos de Florentino Fonce, vuelve allí por el cincho que domina el río Fonce a salir frente al trapiche de Carahota, sigue luego por el mismo cincho cerca de alambre en parte hasta bajar frente a la casa de Marcelia de Marcelino Arenas en la finca de La Vega, lindando en todo este trayecto por linderos conocidos con de Marcelino Arenas; Sur, principiando con el camino público que va de Charalá a Oeamonte, se pasa luego por una puerta de golpe, atravesando el camino público, sigue por barranca y cerca de alambre a dar a un brazuelo del río Táquiza, de aquí hasta una fuente que sirve de lavadero de ropa, sale por la bocatoma de esta fuente y sigue río arriba hasta encontrar el punto de partida del primer lindero, lindando con propiedades del mismo vendedor";

b) Que, por su parte, el mentado Pedro Elías Vargas Parra había comprado esa finca a Pedro J. Silva, mediante las Escrituras números 304 de 23 de septiembre de 1942, otorgada en la Notaría de Charalá, y 196 de 24 de mayo de 1952, pasada en la misma notaría, inscritas ambas en el registro el 30 de septiembre de aquel año y el 2 de julio de éste, respectivamente;

c) Que como los demandantes no han enajenado el derecho de dominio sobre el fundo "El Macanal" a persona alguna, ellos son hoy sus dueños absolutos, desde luego que los registros de los títulos anteriores a 1975 se han cancelado conforme lo dispone el artículo 789 del Código Civil;

d) Que los demandantes están privados, desde hace cerca de diez años, de la posesión material de la sobredicha finca, por cuanto ésta es ejercida actualmente por los miembros de la familia Castillo, integrada por los aquí demandados, quienes vienen reputándose dueños de "El Macanal" y han establecido en ella algunos cultivos consistentes en pastos, caña, plátano, árboles frutales, "no sólo sin el consentimiento de los verdaderos dueños del fundo, sino contra la voluntad de éstos, y en la misma forma mantienen ganados de su propiedad, en potreros del mismo inmueble y vienen arrendando pastaje de la misma finca para reses de extraños y han recibido en compañía ganados";

e) Que han resultado inútiles los varios requerimientos que privada y judicialmente han

hecho los demandantes a los demandados para que les entreguen la finca, lo que éstos no han realizado, no obstante que expresamente han reconocido "que dicha hacienda era de propiedad de Pedro Elías Vargas, y pese a la venta que de ella les hizo don Pedro Elías a los demandantes, tratan de burlar el derecho de éste y desconocer la existencia y valor jurídico" de las Escrituras 347 de diciembre de 1974 y 23 de enero de 1975, a que atrás se hizo alusión, y

f) Aseveraron los actores, finalmente, que como los demandados carecen de título que justifique la tenencia del inmueble, son poseedores de mala fe y en esa categoría lo vienen detentando desde "hace unos diez años".

3. En su oportuna contestación a la demanda los demandados se opusieron a las súplicas del demandante: y en cuanto a los hechos afirmados, negaron algunos y exigieron la prueba para los demás.

Expresaron entonces los demandados, y en tales asertos fundan su oposición, que ellos sí han poseído desde hace más de 20 años "solamente partes del bien inmueble pretendido reivindicar", o sea, que "han poseído materialmente el predio 'El Macanal', pero solamente en las partes ya dichas, lo demás no lo hemos poseído, sino que hemos sido administradores de don Pedro Vargas o de don Pedro Elías Vargas Parra, padre de los demandantes y de los demandados, con la advertencia que hasta el momento de ahora que los cotificaron de la demanda, saben los señores Vargas Castillo y Castillo, que dicho bien inmueble denominado 'El Macanal', había sido vendido por don Pedro Elías Vargas Parra a los doctores Vargas...".

Las parcelas o partes que los demandados afirmaron poseer, las determinaron y alinderaron así:

"a) El potrero 'El Vergel, cuyos linderos son los siguientes: por el Oriente, comienza por cerca de alambre y barranca frente a la carretera que va hacia Ocamonte, llega a donde hubo una puerta de golpe, hoy existe un falso, voltea un poco hacia la izquierda, luego sigue cerca de alambre de púas, lindando con la vivienda de doña María Luisa Flórez, sigue cerca arriba, llegando frente al viviente Luis Antonio Flórez, siguiendo cerca arriba hasta llegar nuevamente a una mata de guadua, lindando con Rosa Mora y herederos de Francisco Mora, voltea luego hacia la derecha formando ángulo recto, bajando por una especie de zanjón, hasta llegar nuevamente a la carretera que va hacia Ocamonte, lindando este trayecto con propiedades de Margarita de Vargas, luego voltea hacia la izquierda formando ángulo recto, siguiendo luego por cerca de alambre y barranca por orilla de la carretera hasta llegar adonde hubo una puerta de golpe; por el Norte, continúa por cerca de alambre de púas y barranca hasta llegar frente a los herederos de Florentino Ponce, lindando todo este trayecto con el camino viejo; por el Occidente, sigue por un cincho que domina el río Ponce a salir al trapiche de Carabota, sigue luego por el cincho hasta llegar a la cerca de alambre, sigue ésta hasta llegar al frente de la casa del señor Aleides Silva, lindando todo este trayecto con la finca La Vega; por el Sur, sigue cerca de alambre hasta el punto de partida, lindando este trayecto con el camino viejo que va hacia Ocamonte';

"b) Sitio denominado 'La Falda' y que hace parte del predio 'El Macanal', terreno 'La Falda' que poseen mis mandantes: 'por el Oriente, parte de la carretera que va a la finca de San Antonio, sigue por una especie de cincho a llegar a un cañabrevál formado por una especie de cordillera, lindando con la finca de San Antonio de propiedad del señor Samuel Martínez; por el Norte, sigue la cordillera antes mencionada hasta llegar a un callejón estando este trayecto con cerca de alambre y lindando con el mismo propietario antes mencionado, voltea un poco siguiendo cerca de alambre hasta llegar nuevamente a la carretera que va a la finca de San Antonio; por el Sur, parte por borde de la carretera con cerca de alambre hasta llegar al punto de partida';

"c) Potrero denominado 'El Pedregal', terreno poseído por mis poderdantes y que hace parte del terreno pretendido reivindicar y cuyos linderos generales son los siguientes: 'Por el Oriente parte de la carretera que va a la finca San Antonio, de allí por cerca de alambre a llegar a un zanjón voltea un poco siguiendo la cerca, una mata de piñuelas y el callejón hasta llegar a un surco de pomarrosos, siguiendo hasta terminar dicho surco y un falso; por el Norte, comienza en el sitio antes indicado, de allí a un callejón hasta llegar a una roca de piedra de cal, de allí sigue por todo un borde de rosa hasta llegar a un anaco, de allí sigue por cerca de alambre a llegar a borde de un cafetal, sigue el borde del cafetal abajo a llegar nuevamente a la roca de piedra de cal y allí voltea un poco a llegar a una fuente, sigue fuente arriba a llegar a una mata de guadua, de allí sigue la

frente arriba a llegar a una mata de guadua y la carretera que va a Oeamonte; por el Occidente, parte del sitio antes mencionado, sigue cerca de alambre por el borde de la carretera abajo a llegar a una alcantarilla, sigue la cerca y carretera hasta llegar a un salbio, sigue borde de carretera a llegar al ramal que va a la hacienda, de allí sigue por cerca de alambre a llegar a una mata de guadua y la carretera que va a la finca San Antonio; por el Sur, parte del sitio antes mencionado sigue por borde de carretera, cerca de alambre y barranca, de allí a un camino a una mata de caña brava, sigue cerca de alambre a llegar a una roca de piedra de cal, de allí sigue por cerca de alambre y borde de la carretera a llegar a un falso, de allí por cerca de alambre al punto de partida';

"d) Pedazo de tierra denominado 'La Margarita', que forma parte del inmueble denominado 'El Macanal' y que también es poseído conjuntamente por los señores Vargas Castillo o Castillo y cuyos linderos generales son los siguientes: 'Por el Oriente, comienza desde un falso de puerta de paja, sigue por cerca de alambre de púas por una loma arriba hasta llegar a un guacamayo, de allí sigue cerca de un callejón hasta llegar a la loma del pisecho, sigue por la loma arriba hasta llegar a linderos con la finca Miraflores de propiedad del señor Arturo Goyeneche, sigue por cerca de alambre, hasta llegar a la carretera que va a dicha finca Miraflores; por el Norte, comienza en el sitio antes dicho, sigue por borde de la carretera abajo con cerca de alambre hasta llegar a la carretera que va a Oeamonte y de una alcantarilla por el Occidente; sigue carretera abajo a llegar a la vivienda de Margarita Ponce viuda de Gómez, de allí a un dos y tres, de allí a una alcantarilla, sigue por cerca de alambre y borde de la carretera a llegar a una mata de piñuelas, de allí a otra alcantarilla, siguiendo hasta llegar a una mata de guadua pequeña; sigue hasta llegar al falso de entrada de dicho potrero; por el Sur, parte del sitio antes indicado por cerca de alambre por una especie de callejón y piñuelas hasta llegar a la vivienda de Marcos Solano, de allí por cerca y barranca hasta llegar al punto de partida';

"e) Potrero de La Loma poseído por los señores Vargas Castillo y Vargas y que también hace parte del predio 'El Macanal': Este pedazo de tierra tiene los siguientes linderos generales: 'por el Oriente, parte de la orilla del río Táquiza hacia la izquierda por cerca de alambre de púas y caña brava hasta llegar a la quebrada de la Mala Maña, sigue luego la quebrada arriba hasta llegar a una cerca de alambre de púas, sigue luego hacia la izquierda cerca de alambre arriba, luego voltea un poco hacia la izquierda y llega a un zanjón, sigue luego la cerca de alambre arriba hasta llegar frente a la vivienda del señor Roque Garzón, sigue luego por alrededor de la vivienda la cerca hasta llegar a un falso, luego parte hacia la derecha y sigue la cerca hasta llegar a la carretera que va a San Antonio; por el Norte, parte por orilla de la carretera hacia la izquierda por cerca de alambre de púas hasta llegar al punto denominado 'La Piedra', sigue luego la cerca hasta llegar a un falso, siguiendo a llegar a una mata de guadua; por el Occidente, siguiendo la mata de guadua abajo hasta llegar frente a la vivienda de Luis Estévez, sigue por un zanjón, de allí a una cerca de alambre, sigue por dicha cerca hacia la derecha hasta llegar al sitio donde existió una puerta de golpe, de allí por una cerca de alambre hasta llegar al ojo de agua; por el Sur, del ojo de agua a una cerca, siguiendo por dicha cerca llega a caña brava, siguiendo el cabral y cerca de alambre hasta llegar a orilla del río Táquiza, sigue orilla del río hasta llegar al punto de partida'.

"f) Terreno denominado 'El Guayabal' (potrero) que poseen mis poderdantes de una manera quieta y pacífica y que hace parte de la hacienda 'El Macanal', cuya posesión inscrita tienen o dicen tener los doctores Vargas y que señalo por los siguientes linderos dicho terreno El Guayabal; 'Por el Oriente, parte de una fuente de agua llamada 'ojo de agua', sigue hacia arriba por una cerca de alambre de púas hasta llegar donde existió una puerta de golpe, luego sigue un poco hacia la derecha, cerca de alambre hasta llegar frente donde vive el señor Luis Estévez; luego parte un poco hacia la izquierda a llegar a una mata de guadua, sigue por mata de guadua hasta llegar a la carretera que va a la finca de San Antonio; por el Norte: parte de la mata de guadua hacia la izquierda con cerca de alambre lindando con la carretera ya mencionada, hasta llegar a la carretera que va hacia Oeamonte; por el Occidente, sigue por un zanjón, llega a una mata de guadua, lindando este trayecto con el del señor Luis Montero, luego sigue el zanjón a llegar a una mata de guadua hasta llegar a una cerca de alambre, luego voltea un poco dicha cerca hasta llegar a un higuerón, de allí la carretera que va a Oeamonte, atraviesa la carretera, sigue la carretera arriba cercado borde con cerca de

alambre, llega al camino viejo que va a Ocamonte, luego voltea y sigue por el camino a llegar a una cerca de alambre que va atravesada a dicho camino, luego voltea un poco siguiendo cerca de alambre hasta llegar nuevamente a la carretera mencionada; por el Sur, de la carretera a un cincho que está sobre el río Táquiza, siguiendo por el cincho hasta llegar al río, luego sigue orilla del río a llegar al 'Pozo Chupa de Huevos', volteа un poco y sigue por la fuente del 'Ojo del Agua' arriba hasta llegar al punto de partida'.

"g) También dentro de la 'Hacienda El Macanal' existe otro pedazo de tierra que tiene una casa de habitación y donde hay unas mejoras de café y plátano y otros cultivos que son poseídos por mis poderdantes y cuyos linderos generales son los siguientes: 'Por el Sur, más o menos, saliendo de la casa a la derecha, sigue por unas matas de caña brava hasta llegar a una cerca de alambre, de allí tuerce a la izquierda hasta llegar a un zanjón, dobla hacia la derecha por todo el zanjón arriba hasta llegar a una cerca de alambre, para doblar hacia la izquierda y llegar a la casa de nuevo; hacia el Norte de la casa y del predio, los linderos son: continuando la cerca de alambre se llega a un sector cubierto de piedra caliza, de allí se dobla hacia la izquierda hasta empalmar con un antiguo cafetal, hoy labranza de Luis Flórez, doblando a la derecha por una cerca de alambre hasta llegar a la labranza de Luis Sosa hasta llegar a un zanjón que da a una cerca de alambre, luego voltea a la izquierda por toda la cerca de alambre, hasta llegar a un guamo, allí dobla a la derecha hasta llegar a un salbio, se dobla a la izquierda hasta llegar a la casa de nuevo; al Occidente, saliendo de la casa se encuentra una cerca de alambre interrumpida por un camino que conlleva a la carretera; siguiendo por la cerca de alambre antes mencionada hasta donde hay un salbio, voltea a la izquierda hasta una mata de guadua, de allí hacia la izquierda, siguiendo por un barranco hasta llegar a una cerca de alambre que está interrumpida por el camino antes mencionado, luego hasta llegar a un zanjón, continuando por la cerca hasta llegar a una mata de caña brava, dobla hacia la izquierda hasta la casa; por el Oriente, por un sector que no está en producción, siguiendo por una cerca de alambre hasta llegar a un bailador; de allí a la derecha por una cerca de alambre hasta llegar al antiguo cafetal, hoy labranza de Luis Flórez, doblando a la izquierda hasta llegar a un empedrado, doblando a la izquierda llegando de nuevo al bailador mencionado' ".

En ese mismo escrito de contestación a la demanda, los demandados propusieron las excepciones de "prescripción en relación con los pedazos de tierra detallados, numerados, relacionados y alinderados"; y la de simulación de los contratos contenidos en las escrituras, con las cuales los demandantes pretenden demostrar el dominio que alegan, puesto que, dijeron, tales pactos son "simulados por haberse celebrado entre los hijos de don Pedro Elías Vargas y sus hijos, y por otras consideraciones o elementos".

4. Surtida que fue la tramitación de la primera instancia el Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá le puso fin con su sentencia de 6 de mayo de 1980, mediante la cual decidió el litigio así:

a) Reconoció el dominio de los demandantes respecto del fundo rural denominado "El Macanal" y condenó a los demandados a restituirlo a aquéllos, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de su fallo; b) Condenó a estos igualmente a pagar, dentro del mismo término, el valor de los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble "a partir del 13 de febrero de 1975 y hasta cuando se haga la entrega", cuyo monto ordenó liquidar; c) Impuso a los demandantes la obligación, *in genere*, de pagar a los demandados "las mejoras útiles y necesarias que éstos hubieren efectuado en el predio antes del día 13 de febrero de 1975"; d) Declaró no probadas las excepciones propuestas por los demandados; y e) Finalmente, impuso a éstos las costas procesales, pero sólo en el 50% de las que se liquiden.

5. Por virtud de la apelación interpuesta por la parte demandada contra lo así resuelto por el Juzgado de Charalá, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, el que, después de haber ritualado la instancia, profirió su sentencia de 24 de marzo de 1981, mediante la cual, luego de confirmar la apelada, derogó todas las súplicas deducidas en la demanda inicial del proceso y por tanto absolvió a los demandados de los cargos que en dicho libelo se les enrostraron.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Luego de una tan dilatada como innecesaria transcripción íntegra de piezas del proceso, en el inicio de las consideraciones de su sentencia advierte el Tribunal de San Gil que en el presente caso se ha ejercitado la acción reivindica-

toria, de la que dice que para su prosperidad reclama la concurrencia de los cuatro elementos que doctrinaria y jurisprudencialmente se han indicado siempre como de la esencia de ella.

2. Asentado por él el anterior postulado básico, el sentenciador *ad quem* pasa en seguida al análisis de cada uno de dichos presupuestos.

Y, al efecto, refiriéndose a la singularidad de la cosa reivindicable, apunta que este elemento sí se da en el presente caso, puesto que, según la demanda en donde se consignan sus linderos y demás especificaciones, el fundo rural denominado "El Macanal" es o constituye un cuerpo cierto.

3. Estima el Tribunal que el derecho de dominio de los demandantes sobre la finca que pretenden reivindicar está demostrado suficientemente con las copias de las Escrituras números 347 de 30 de diciembre de 1974, otorgada en la Notaría Primera del Socorro y 23 de 25 de enero de 1975, de la Notaría Primera de San Gil, mediante las cuales lo adquirieron por compra hecha a Pedro Elías Vargas Parra.

Observa, además, que, según las Escrituras números 304 de 23 de septiembre de 1942 y 195 de 24 de mayo de 1952, otorgadas ambas en la Notaría de Charalá, el causante de los demandantes había comprado esa finca, parte a Luis Francisco Vargas Parra y parte a Pedro J. Silva.

4. En lo que respecta al factor de la posesión material del inmueble por parte de los demandados, el Tribunal dice: "Es innegable que estos se encuentran poseyendo materialmente gran parte del predio rural objeto de la acción reivindicatoria, tanto en la actualidad como en la fecha en que se les notificó la demanda".

En apoyo de esta aserción el *ad quem* cita la confesión de los demandados que encuentra en el escrito de contestación a la demanda, en donde expresamente, dice, reconocieron "estar en posesión con ánimo de señores y dueños sobre los potreros denominados 'El Vergel', 'El Pedregal', 'La Margarita', 'La Loma', 'El Guayaquil' y otro terreno que hace parte de la Hacienda 'El Macanal'...", con relación a los cuales propusieron la excepción de prescripción.

Añade, que, además, "numerosas personas de las que fueron citadas tanto por los actores como por los demás demandados", acreditan dicha posesión material.

5. Concretando su atención al presupuesto de la identidad de la cosa reivindicada con la que es poseída por los demandados, el Tribunal de San Gil, contrariamente a lo que en el punto había deducido el juez de primer grado, expresa que tal elemento no está presente en este caso, puesto que, explica, de toda la actuación procesal "se colige indubitablemente que los demandados Castillo y Vargas Castillo poseen materialmente gran parte del inmueble 'El Macanal', pero no su totalidad, como lo dice la demanda".

Explanando su conclusión en el punto, dice la sentencia recurrida: "De la sola lectura del libelo demandatario se observa que en el caso *sub judice*, la demanda no impetró la entrega de parte del bien inmueble 'El Macana', sino que solicitó la reivindicación de la totalidad del fundo rural que fue alinderado conforme a los títulos escriturarios presentados por los actores, sin tener en cuenta que los demandados no son poseedores de esa totalidad sino tan sólo de unas dos terceras partes, falla ésta del *petitum* que trae como consecuencia ineludible el que no se acredite este cuarto elemento de la acción reivindicatoria".

6. Conclusión final del juzgador de segunda instancia es, pues, la de que no hay identidad entre la cosa poseída y la que se pretende reivindicar, pues que ésta es poseída por los demandados, pero sólo en parte y no en su integridad: en este razonamiento apoya, entonces, su sentencia desestimatoria de la pretensión de los demandantes.

III

El recurso extraordinario

Como ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada interpusieron casación los dos demandantes. En la correspondiente demanda y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los recurrentes formulan contra dicho fallo dos cargos, de los cuales se despacha el segundo, que a juicio de la Corte viene fundado en razones suficientes para casar la sentencia impugnada.

Cargo segundo

1. En su planteamiento se denuncia el quebranto directo, por falta de aplicación, de los artículos 669, 762, 946, 947, 950, 952, 961, 962, 964 y 969 del Código Civil, "a través de la violación medio del 305" del de Procedimiento Civil.

2. Comienza el casacionista el desarrollo del cargo recordando que el Tribunal de San Gil, en la parte motiva de su fallo, encontró plenamente satisfechos tres de los presupuestos de la acción reivindicatoria: cosa singular, dominio de los demandantes y posesión material por parte de los demandados. Pero que estimó, en cambio, y esa es la única razón de su fallo negativo, que no se cumplía el cuarto presupuesto, relativo a la identidad de la cosa reivindicada con la poseída, "por cuanto habiéndose impetrado en la demanda la restitución de la totalidad del inmueble El Macanal y no de una parte del mismo, y habiéndose demostrado que los demandados poseen gran parte del mismo mas no la totalidad, se concluye que no existe identidad entre el inmueble que se reivindica y la parte que poseen los demandados".

Asevera la censura, con el propósito de demostrar el error jurídico que le enrostra a la sentencia que combate, que es bastante la simple lectura de las razones que llevaron al Tribunal a la conclusión de que no existía tal identidad, para advertir "la inexplicable confusión en que incurrió, pues una cosa es la falta de identidad del bien que se reivindica y otra muy diferente el fenómeno de la *plus petitio*", puesto que, explica, la primera se da cuando el bien que posee el demandado es totalmente distinto del que figura en los títulos de propiedad del demandante; y el segundo ocurre cuando afirmándose en la demanda que los demandados poseen la totalidad del inmueble que se reivindica, se demuestra que sólo poseen una porción del mismo.

3. Después de citar alguna doctrina jurisprudencial en el punto, asevera el casacionista que el Tribunal sí vio que en la demanda introductoria del proceso se pretendía la reivindicación de todo el globo de terreno denominado "El Macanal"; que igualmente vio que en la demada se afirmó que dicho fundo es poseído actualmente por los demandados; y que se dio cabal cuenta que éstos, en su contestación a la demanda, confesaron estar en posesión pero solamente de algunas porciones o parcelas de la citada finca.

Pero que, dando por sentados tales hechos, el *ad quem* incurrió en *error juris in judicando*, pues en lugar de haber negado la pretensión de los demandantes, ha debido, dando aplicación al artículo 305, inciso 3º, del Código de Procedimiento Civil, "reconocer el derecho de los Vargas sobre la parte poseída por los demandados".

Rematando el planteamiento del cargo, la impugnación expresa que en esas circunstancias el sentenciador de segundo grado, "sin incurrir en errores de apreciación probatoria, y a través de la violación medio del citado artículo 305, inciso 3º, por no haberlo aplicado, quebrantó también por inaplicación, los preceptos sustanciales señalados en el encabezamiento del cargo, que consagran el derecho del dueño a que el poseedor le restituya el bien o parte del bien de que está en posesión, con sus frutos naturales y civiles...".

IV

Consideraciones de la Corte

1ª *Al tenor de lo estatuido por el artículo 305, inciso 3º del Código de Procedimiento Civil, "Si lo pedido por el demandante excede de lo probado,* se le reconocerá solamente lo último"; *y conforme a lo estatuido por el artículo 392, numeral 5, ibidem, "En caso de que* prospere parcialmente la demanda, *el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión" (subraya la Sala).*

Estas dos normas legales, que regulan la conducta que debe asumir el juez en el momento de ponerle culminación al proceso, consagran la posibilidad del pronunciamiento de un fallo infra petita, *que es el que en rigor jurídico el sentenciador debe proferir cada vez que el demandante pide más de lo que se le debe; es decir, que no se trata del caso de que se pretermite decisión sobre pretensiones o excepciones, incongruencia por* minima petita, *sino de que, por haberse deprecado un derecho de extensión mayor que el que realmente resulte probado, el juez accede a conceder éste y lo niega en los demás.*

De lo contrario, habría que decir, lo que ciertamente resultaría inadmisible por su desacierto, que el fallo tiene que ser adverso al demandante, en los casos en que éste no demuestre el derecho a la totalidad de lo que pide, muy a pesar de que resulte fehacientemente acreditado respecto de parte de lo que demanda.

2ª *Lo cual significa, aplicando tal preceptiva en los procesos reivindicatorios, que en las hipótesis de que el demandante solicite la restitución de uno o varios bienes que posee el demandado pero sólo parcialmente, el deber del juzgador no es la negativa integral de la pre-*

tensión, sino que, en cumplimiento de lo ordenado por el sobredicho artículo 305, tiene que acoger la súplica en parte, concretando el decreto de reivindicación a la porción o partes de esos bienes que están siendo poseídas por el demandado.

De ahí que, como ya lo dijo esta Sala en su sentencia de 30 de junio de 1980, proferida en el proceso de José Alirio Vega contra Luis Enrique Peláez, no publicada aún en la *Gaceta Judicial*, "cuando el cercenamiento del derecho de dominio es parcial, frente a las normas positivas y a la doctrina de la Corte, no se remite a duda que es viable la tutela judicial a través de la acción reivindicatoria. Mas, es claro que en tal eventualidad, si el propietario demanda la restitución de todo el bien de que es titular, sólo se le podrá reconocer derecho a recuperar lo que efectivamente posea el demandado. Tal era el contenido normativo del artículo 210 de la Ley 105 de 1931, que era igual al 273 del anterior ordenamiento ritual y así lo establece también el artículo 305 del actual Código, cuando, después de prohibir los fallos *ultra y extra petita*, dice en su inciso 3º que *'Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último'*".

Y ya en su sentencia de 22 de agosto de 1974, proferida en el ordinario de Compañía Eléctrica de Doima contra Honorio Pérez Salazar, había dicho la misma Corporación: "Si la demandante impetró la declaración de propiedad sobre zonas de terreno cuyo contenido especial determinó en su demanda, y el fallador, al estimar probado el derecho alegado, pero solamente sobre parte de esa extensión, limita a ésta su reconocimiento, se está entonces en presencia de un fallo *infra petita* que, por corresponder al fenómeno de la *plus petitio*, se distancia totalmente del defecto de incongruencia. No se trata, en tal supuesto, de que el juez omita decir, en todo o en parte, acerca de las pretensiones deducidas en la demanda (*minima petita*); sino de que al resolver acoge en parte esas súplicas y en parte las deniega" (CLVIII, 216).

3ª *En el caso de este proceso los demandantes solicitaron en el libelo que lo generó, que los demandados fueren condenados a restituirles, juntamente con sus frutos, el fundo rural denominado "El Macanal". Para el Tribunal, la prueba incorporada acreditó, según lo dice la sentencia, los elementos de la reivindicación, menos el de la identidad de lo pretendido con lo poseído, puesto que, aclara, los demandados "poseen materialmente gran parte del inmueble pero no su totalidad, como lo dice la demanda".*

Tal fue la consideración que condujo al sentenciador ad quem a expresar que en el presente caso, "la demanda no impetró la entrega de parte del bien 'El Macanal' sino que solicitó la reivindicación de la totalidad del fundo"; y que como los demandados "no son poseedores materiales de esa totalidad sino tan sólo de unas das terceras partes", hay entonces una falla en el petitum "que trae como consecuencia ineludible el que no se acredite este cuarto elemento de la acción reivindicatoria".

4ª *Lo cual significa que no obstante la concurrencia de las condiciones de éxito de las pretensiones de los reivindicantes, así fuera relativamente a las dos terceras partes del globo general, el sentenciador de segundo grado sostuvo que no estaba establecido el presupuesto de la identidad, pues que se demanda la restitución de todo el inmueble que sólo en parte detentan los demandados.*

Fue precisamente este desacertado razonamiento, al querer establecer igualdad del todo con la parte, lo que llevó al sentenciador a confundir la falta de identidad del bien que se reivindica con el fenómeno de la plus petitio; *y con ello a desestimar todas las súplicas de los demandantes, incurriendo, así en error juris in judicando, que fue el determinante de que en el fallo acusado se dejaran de aplicar las normas que el casacionista indica como infringidas.*

5ª Corolario obligado de todo lo expuesto es, entonces, el de que el fallo impugnado extraordinariamente tiene que quebrarse y así lo hará la Corte en la parte resolutiva de esta sentencia, para, en su lugar y en sede de instancia, proferir el que deba reemplazarlo

V

Sentencia sustitutiva

Como los presupuestos del proceso se hallan presentes y la Corte no advierte causal de nulidad alguna que invalide la actuación, la sentencia que como Tribunal de instancia debe dictar, tiene que ser de mérito, es decir, que estudie y decida en el fondo la cuestión planteada.

1º *La pretensión*

1. Como ya se ha visto, en el caso presente los demandantes ejercitan la acción reivindica-

teris, cuyo objetivo principal es, justamente, alcanzar la recuperación de la finca que dicen pertenecer a ellos y que se halla en poder de los demandados.

A términos del artículo 946 del Código Civil, la reivindicación, que también se le llama acción de dominio, "es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla".

De la transcrita definición de la acción de dominio, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han señalado como condiciones de éxito de la pretensión restitutoria del reivindicante, las cuatro siguientes: a) *Derecho de dominio* en el demandante; b) *Posesión material* en el demandado; c) *Cosa singular* reivindicable o cuota determinada de cosa singular; y d) *Identidad entre* la cosa que se pretende y la poseída.

Y estos cuatro presupuestos, como lo advirtió el juzgador de la primera instancia, sí se dan cita en el presente caso. En efecto.

2. Mediante la copia de la Escritura pública número 347 de 30 de diciembre de 1974, otorgada en la Notaría Primera del Socorro e inscrita en el registro el 17 de enero siguiente, se acredita que Pedro Elías Vargas Parra vendió a Hernando Vargas Rodríguez el dominio sobre la mitad de la finca "El Macanal", aquí referida. Y con la copia de la Escritura número 23 de 25 de enero de 1975, otorgada en la Notaría Segunda de San Gil y registrada legalmente el 13 de febrero siguiente, se demuestra que el citado Vargas Parra vendió a Darío Vargas Rodríguez la otra mitad de la sobredicha finca rural denominada "El Macanal".

Con los dos anteriores títulos escriturarios se incorporaron al proceso los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos de Charalá, expedidos en noviembre de 1976, los cuales dan fe del registro de esas escrituras; y además indican que el tradente de los aquí demandantes había adquirido la finca por compras hechas a Pedro J. Silva y a Luis Francisco Vargas Parra, según las Escrituras números 23 de septiembre de 1942 y 24 de mayo de 1952, pasadas en la Notaría de Charalá y que debidamente registradas también se allegan al proceso.

Lo cual significa, entonces, que este primer elemento de la reivindicación se halla cabalmente demostrado.

3. En cuanto a lo que atañe al presupuesto de la posesión material, obran en el proceso las siguientes probanzas:

A) La inspección judicial que con intervención de los peritos Samuel Pico Saavedra y Luis Jesús García, se practicó por el Juzgado de la primera instancia el 2 de agosto de 1978.

En ella, según se lee en el acta respectiva, los peritos "junto con el personal del juzgado, procedieron a recorrer el predio El Macanal por sus linderos generales y a identificar cada uno de los lotes descritos en la contestación de la demanda...", con el resultado de que, si bien actualizados, esos linderos constatados coinciden "con los descritos en la demanda", los que a su vez son los mismos que describen las Escrituras 347 de 1974 y 23 de 1975, a que atrás se ha hecho referencia.

B) El dictamen de los peritos Pico Saavedra y García Pilonieta, rendido el 14 de agosto de 1978, expresa que "Informamos que identificamos el fundo 'El Macanal' con sus especificaciones y sabemos que los demandados tienen posesión material del mismo y realizan su explotación económica con algunos cultivos propios y aparcerías y con pasteo de ganado propio y en compañía".

Importa observar que este dictamen, en el punto referido fue aceptado por demandante y demandados, pues la objeción y aclaración que a él se formularon fue solamente en lo atinente a la clase, extensión y cuantía de las mejoras. Ello no obstante los nuevos peritos Guillermo Marín Maya y Joaquín Benavides Alfonso, también conceptúan en su experticio rendido en diciembre de ese mismo año: "Nos consta por conocimiento propio, y por haberlo constatado personalmente, que sobre el fundo El Macanal, con sus especificaciones, los demandados tienen posesión material y ejercen sobre el mismo explotación económica por medio de cultivos propios y en aparcerías y con pastoreo de ganados propios y en compañía".

C) La confesión de los demandados Carmen Elisa Castillo e Israel Castillo, contenida en los interrogatorios por ellos absueltos a petición de los demandantes, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá el 17 de marzo de 1976.

En dicha diligencia, en la que se practicó extraprocesalmente esta prueba que ahora se trae como anticipada, dijo la primera que es falso que Hernando y Darío Vargas sean los dueños de la finca "El Macanal", "...porque allá

el que manda es don Pedro Vargas"; que ella ocupa la finca "porque yo allá he vivido toda la vida y desde que convivi con don Pedro Vargas yo allá crié los hijos y cuando los hijos empezaron a estar grandes, todos comenzaron a trabajar ahí y todos mis hijos y yo mandamos allá porque yo mandaba allá como si hubiera sido la esposa de don Pedro..."; que "yo no pagaba ningún arriendo, ni de la casa ni de la tierra, porque como la finca es del papá de los muchachos y allá hemos trabajado y nosotros éramos los que mandábamos y todavía mandamos porque prácticamente esa finca nos la habían dejado"; que como "don Pedro Elías Vargas es el que manda allá en El Macanal, yo qué arriendo iba a pagar de la finca y de la casa, siendo que ahí es en donde vivo con los hijos que son de él"; y que no ha atendido los requerimientos que le han hecho los Vargas para que desocupe la finca, "porque nosotros hemos mandado toda la vida en esa finca...".

En ese interrogatorio el demandado Israel Castillo manifestó que no reconoce a los Vargas como dueños del fundo, "porque a quien he conocido como dueño ha sido a mi papá Pedro Elías Vargas Parra"; que "sí es cierto que la totalidad de esa casa la hemos ocupado porque mi papá Pedro Elías Vargas nos dejó la casa y la finca para que disfrutáramos de los cuartos de yuca y maíz, construyendo nosotros las cercas y velando por las mejoras existentes"; y que no han atendido los requerimientos de desocupación que se les han hecho, "porque nosotros somos hijos de Pedro Elías Vargas y desconocemos a Hernando y Darío Vargas como dueños ahí y, por otra parte, porque nosotros hace más de treinta años que tenemos la posesión y porque no nos reconocen lo que valen las mejoras".

D) Prueba testimonial.

Gran número de personas, vecinas todas de la región, conocedoras de la finca objeto del litigio por haber trabajado en ella como aparceros, y de las partes de este proceso con quienes han mantenido relaciones de diverso orden, con el lleno de las formalidades de ley rindieron declaración en el proceso para testificar razonadamente que los demandados son hoy los poseedores materiales del fundo que se pretende reivindicar.

Dice Elvira Perea de Vega, en efecto, que le consta que Carmen Castillo y sus hijos son quienes "cuartean desde hace los veinticinco años que están ahí en la finca El Macanal, pero menos la caña de azúcar porque don Pedro Vargas era quien hacía las moliendas y nos entregaba nuestras partes"; que los aquí demandados tienen mejoras en la finca, "porque han sembrado yuca, caña, café, plátano y algunos árboles frutales, los hijos de Carmen Elisa se van macaniando y cercando los potreros y también viendo de los animales y nadie los estorba y era que don Pedro les daba toda la libertad"; que ella sí cree que éste "le ha respetado la posesión a doña Carmen y a los hijos porque ahí están en la finca El Macanal". Y al responder una pregunta relacionada con la clase de relaciones que mantuvieron Pedro Vargas y Carmen Elisa Castillo, la testigo dijo: "Yo no era de que los hubiera encontrado a ellos dos, pero sí se decía entre toda la gente que doña Carmen Elisa era la moza de Pedro y don Pedro sí se veía que a Carmen Elisa la dejaba que mandara ahí en la finca El Macanal y que criara marranos y la plata para que ella comiera".

María del Carmen Quintero de Corzo, en su declaración jurada, coincide con la testigo anterior en los hechos por ella expresados. Dando atendibles razones de la ciencia de sus dichos, asevera esta deponente que Carmen Elisa Castillo "lleva ya unos treinta años de estar viviendo en la hacienda El Macanal y los hijos a medida que fueron naciendo también han permanecido ahí mismo"; que éstos "han puesto mejoras a la finca El Macanal, han sembrado yuca, café, plátano, caña y hoy también han macaniado los potreros"; que "Carmen Elisa mandaba ahí como dueña de casa, don Pedro le mandaba el mercado a la hacienda y ella allá disponía y veía del ganado y le cocinaba los alimentos a los obreros y los hijos de la señora Carmen cuando estaban grandes ayudaban a cercar y a ver de toda la hacienda"; y que "don Pedro y la señora Carmen Elisa sí tuvieron sus relaciones, porque de aquí fue que nacieron los hijos, porque don Pedro se llevó a la señora Carmen para la casa de la hacienda cuando ella tendría por ahí unos 12 años".

En el mismo sentido que deponen las dos testigos anteriores también lo hacen, dando amplias razones de sus dichos, los declarantes Benito Marín Guerrero, Luis Alfonso Marín, Pedro Mejía Niño, Gonzalo Mora y Luis Antonio López, quienes después de aseverar que conocen la finca "El Macanal", agregan que esta finca fue inicialmente de Pedro Elías Vargas y que posteriormente, cuando éste la vendió a sus hijos Hernando y Darío, los demandados han venido a reputarse como dueños de ella, pretextando

que aquél, concubinario de Carmen Elisa, la había llevado allí.

Por su parte, el testigo Luis Francisco Mora Ríos, quien también conoce el fundo rural denominado "El Macanal, porque fui nacido ahí cerquita y desde que comencé a trabajar, diario he estado trabajando allí", dice que le consta que Hernando y Darío Vargas compraron a Pedro Elías Vargas, padre de ellos, la finca referida, pero que "Carmen Elisa Castillo y sus hijos también dicen que son ellos los que mandan"; y que "anteriormente don Pedro Vargas sí mandaba ahí en el predio El Macanal, eso hace más de 30 años que mandaba ahí y ahora de unos tres años para acá fue que dejó mandando al doctor Hernando, y los señores Castillo reconocían a don Pedro como dueño de la finca".

Luis Antonio Flórez Vargas afirma que Carmen Elisa Castillo y sus hijos, los aquí demandados, desconocen a Hernando y Darío Vargas como dueños de la finca "El Macanal", porque dicen que son ellos, los demandados, "los que mandan; pero antes de salir los doctores a decir que habían comprado, los Castillo sí reconocían a don Pedro como dueño y le administraban el ganado, y don Pedro iba por allá y les daba órdenes"; y que sí se ve que los Castillo disfrutan de los pastos de la finca.

Además de los anteriores testimonios, también se recibieron en el proceso las declaraciones juradas de Samuel Pico Suárez, Juan José Montero, Luis Antonio Sosa y Marcos Solano, quienes en la narración de los hechos sobre los cuales deponen coinciden sustancialmente con los demás declarantes. Decretado oficiosamente por el Juzgado de la primera instancia, se recibió el testimonio de Pedro Elías Vargas Parra, a quien se refieren todos los declarantes en sus respectivas deposiciones y quien bajo la gravedad del juramento reconoció ser padre de los demandantes "y padre natural de algunos de los demandados hijos de Carmen Elisa Castillo"; que él fue propietario de la finca "El Macanal" hasta cuando la vendió a los aquí demandantes; que Carmen Elisa Castillo llegó a esa finca "como sirvienta para el servicio de la cocina, y ella llegó pero como diez años después de haber comprado yo la finca"; que "luego ya además Carmen Elisa estuvo ahí en la finca como simple sirvienta en una casita que le cedí para que viviera con sus papás", pero que él "en ningún momento" les entregó la finca a los hijos de la mentada Carmen Elisa; "yo era la persona que arrendaba la tierra y los aparceros también se entendían conmigo... yo nunca le ordené a Israel Castillo que arrendara tierras ni tampoco que recibiera usufructo de la misma"; que los vendió a Hernando y Darío ese fundo "porque mis fuerzas ya no eran suficientes para administrar esas fincas y en segundo lugar porque necesité un poco de dinero"; que sus hijos compradores le pagaron el precio de la venta "dándome una camioneta de color rojo y marca Willys, y unos cheques que fueron pagaderos y que se hicieron efectivos... y en dinero efectivo me dieron algunos seiscientos mil pesos en varios contados"; y que cuando él vendió la finca a sus dos hijos Hernando y Darío, nada dijo a los demandados, "yo no tenía por qué comunicarle a esa gente porque ella no hace parte mía, ni era mi mujer, ni era mi hermana, ni era familiar. Esta gente debía saber que cuando yo vendía tenían que salirse de ahí... si se propusieron a quedarse ahí fue por intransigentes y de mala fe, esta gente Castillo se ha manejado sumamente mal conmigo".

4. Todo el conjunto de la prueba anteriormente determinada, analizada en conjunto y a través de la sana crítica, condujo a demostrar, como lo dedujo con acierto el juzgador de la primera instancia, que los demandados sí son actualmente poseedores materiales de la totalidad de la finca rural denominada "El Macanal", pues que si bien hasta antes de 1975 reconocieron el dominio que sobre ella tenía Pedro Elías Vargas Parra, es lo cierto que, a partir de entonces, cuando aquél la vendió a sus hijos Hernando y Darío, todos los Castillo comenzaron a desconocer el dominio de los nuevos compradores y a ejercitar sobre la citada finca actos positivos, en su propio nombre y sin reconocer propiedad de otros.

Si, como reiteradamente lo ha dicho la doctrina, la posesión se integra por un elemento objetivo, que consiste en la tenencia de la cosa, y otro subjetivo, traducido en la pretensión de ser dueño del bien que así se detenta, con apoyo en los elementos de prueba referidos, debe la Corte aceptar que en este caso se ha demostrado la existencia de aquélla, puesto que todos esos medios probativos conducen a justificar que entre la finca "El Macanal" y los demandados se ha establecido, a partir de 1975, una relación de hecho, por virtud de la cual éstos han ejercido sobre aquélla actos materiales de uso, conservación y transformación, sometiéndola al ejercicio del derecho real de propiedad, que es al que ordinaria y normalmente corresponden dichos actos.

A más de los anteriores, también coadyuva la anterior conclusión la posición asumida por los demandados al contestar la demanda, donde no sólo reconocen estar en posesión de algunos potreros de la finca, sino que proponen expresamente a su favor la excepción de prescripción. Todo ello conduce a rechazar entonces, el aserto del apoderado de los demandados de que éstos no son poseedores del predio, sino tenedores simples de él por cuenta de Pedro Elías Vargas.

5. El tercero de los elementos que aquí se han señalado como estructurales de la reivindicación también concurre en el presente caso, puesto que según la demanda, y según también las escrituras de adquisición que aportaron los demandantes, lo mismo que de conformidad con la inspección judicial practicada y el dictamen de los peritos, fuerza es decir que se trata aquí de reivindicar un bien determinado, considerado como cuerpo cierto, debidamente singularizado por sus linderos y demás especificaciones.

Y todo ese acervo probatorio practicado conduce también a demostrar, con suficiencia, que hay plena identidad del fundo que pretenden reivindicar los demandantes con el que es poseído materialmente y en forma total por los demandados.

6. Si, pues, en este proceso se encuentran demostrados todos los presupuestos que son esenciales de la acción reivindicatoria, la pretensión deducida en la demanda inicial del proceso tiene que acogerse, tanto más si se advierte, como luego se verá, que la excepción de prescripción invocada resulta ineficaz.

Y como ésta es, justa y precisamente, la solución que el juzgador *a quo* le da al caso aquí litigado, al declarar el dominio a favor de los demandantes mediante el ordinal primero de la parte resolutiva de su fallo, y condenar a los demandados a restituir el bien a aquellos, a través del ordinal segundo, tales dos ordenaciones tienen que mantenerse por ajustarse a derecho.

2º *Las prestaciones mutuas*

En la sentencia que aquí se revisa se condena a los demandados a restituir a los demandantes todo el inmueble "El Macanal", con todas sus mejoras, construcciones y anexidades; se les obliga, así mismo, a pagar a aquéllos el valor de los frutos naturales y civiles de la finca, y no solamente los percibidos sin los que sus dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, "a partir del 13 de febrero de 1975", o sea desde cuando comenzó la posesión, condenas éstas que el juzgado a quo hace en abstracto, y que la Corte no puede modificar en respeto al principio de la no reformación en perjuicio.

Por su parte, se condena a los demandantes Darío y Hernando Vargas Rodríguez a pagar a los demandados "las mejoras útiles y necesarias que éstos hubieren efectuado en el predio antes" de la fecha arriba indicada, es decir, del 13 de febrero de 1975.

Si de acuerdo con lo estatuido por el artículo 965 del Código Civil, el poseedor vencido, aun sin consideración a su buena o mala fe, "tiene derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa", procedió legalmente el juzgador de la primera instancia al reducirles tal derecho a los demandados por concepto de mejoras necesarias, limitando su reconocimiento únicamente a las que "éstos hubieren efectuado en el predio antes del 13 de febrero de 1975".

Procede, entonces, modificar tal resolución para que los demandantes abonen a los demandados todas las mejoras necesarias hechas por éstos en el fundo "El Macanal", o sea antes y después de la fecha indicada.

Y si según el artículo 966 ibidem *a las mejoras útiles sólo tiene derecho "el poseedor de buena fe", los aquí demandados, que como se vio no tienen esa categoría, pues carecen en absoluto de título que justifique su tenencia, no serían titulares de tal facultad.*

Esto no obstante, la decisión que en contrario tomó el *a quo* no puede modificarse en esta instancia para no hacer más gravosa la situación de los únicos apelantes, en acato a lo que establece el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

3º *Las excepciones propuestas*

Como quedó dicho en la primera parte de esta providencia, al contestar la demanda los demandados propusieron las excepciones que denominaron "prescripción..., en relación con los pedazos de tierra detallados", y la de simulación, fundada en que los contratos contenidos en las Escrituras 347 de 30 de diciembre de 1974 y 28 de 25 de enero de 1975, otorgadas, respectivamente, en las Notarías de Socorro y San Gil, son "simulados por haberse celebrado entre los hijos de don Pedro Elías Vargas y sus hijos...".

Con relación a la excepción de prescripción cabe observar:

Ciertamente que en el presente caso no puede saberse con precisión si la alegada es la adquisitiva o la extintiva; o sea, si los demandados se han limitado a proponer la excepción o a alegar la usucapión, como parece que es lo pretendido por ellos. Si ello fuere así, habría que decir que la prescripción adquisitiva de dominio o usucapión, para reconocerse judicialmente, tiene que alegarse como fundamento de una pretensión de declaración de pertenencia, ya en el libelo introductorio de proceso o en demanda de reconvención, y que como tal procedimiento no se ha seguido aquí la usucapión alegada no puede declararse.

Y si se tratase de la prescripción como excepción, tampoco puede reconocerse, pues la alegada no tiene el tiempo establecido por la ley para su configuración. De las pruebas analizadas se desprende, en efecto, que los demandados entraron a ocupar la finca "El Macanal" como simples tenedores; y que fue solamente a partir de febrero de 1975, en la fecha en que los Vargas Rodríguez le compraron a su padre Pedro Elías, cuando aquéllos comenzaron a desconocer el derecho de éstos y principiaron a reputarse dueños de dicho fundo, convirtiéndose entonces en poseedores. Resulta así que la calidad de poseedores sólo nació a partir de 1975, tres años antes de contestar la demanda, tiempo que por no ser de la duración establecida por la ley torna inficaz la excepción de prescripción.

Y en relación con la segunda excepción propuesta, es decir, la de simulación de las escrituras, para desecharla sería suficiente advertir que quedó absolutamente huérfana de prueba en el proceso; ningún elemento de convicción se allegó a los autos tendiente a demostrar los hechos en que la parte demandada fincó esta excepción simulatoria.

Corresponde, pues, tal cual lo hizo la sentencia que se revisa, declarar no probadas las excepciones de fondo.

VI

Decisión

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de veinticuatro (24) de marzo del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil en este proceso ordinario instaurado por Hernando y Darío Vargas Rodríguez contra Carmen Elisa Castillo y otros, y, actuando en sede de instancia,

Resuelve

Primero. CONFÍRMANSE los ordinales primero, segundo, tercero, sexto, séptimo, octavo y noveno de la parte resolutiva de la sentencia apelada, es decir, la proferida en este negocio el seis (6) de mayo de mil novecientos ochenta (1980) por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá.

Segundo. MODÍFICANSE los ordinales cuarto y quinto de esa misma sentencia en el sentido de condenar a los demandantes a pagar a los demandados el valor de las siguientes mejoras:

a) El de todas las necesarias implantadas por los demandados en el predio "El Macanal", según lo que ellas valgan al tiempo de la restitución decretada;

b) El que corresponda al de las mejoras útiles que los demandados hubieren efectuado en dicho predio "antes del día 13 de febrero de 1975";

c) En cuanto a las mejoras útiles hechas en el fundo con posterioridad a esa fecha, les queda a los demandados la facultad consagrada en la parte final del artículo 966 del Código Civil.

Parágrafo. Para la liquidación de las condenas referentes a frutos y mejoras debe seguirse el procedimiento indicado por los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

Tercero. CONDÉNASE a los demandados en las costas causadas en la segunda instancia del proceso, y

Cuarto. Sin costas en el recurso extraordinario de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Ricardo Uribe-Holguín, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Alfonso Guarín Arica, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negretti
Secretario.

EFICACIA CAUSAL DEL ERROR IN JUDICANDO

Para que la casación prospere es menester que la resolución impugnada esté basada en la infracción legal, que exista un nexo de causalidad entre dicha infracción y la resolución con base en ella, de tal manera que al declarar la violación se obtenga un efecto práctico.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

Bogotá, D. E., 20 de octubre de 1981.

Procédese a decidir el recurso extraordinario de revisión propuesto contra la sentencia proferida por la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 12 de diciembre de 1977, dentro del ordinario adelantado por Julián Alhach frente a María Consuelo Perea, representada ésta, por ser menor de edad, por curador *ad litem*.

I

Antecedentes

1. Mary Perea Rivera demandó ante el Juzgado Civil de Menores de Cali a Julián Alhach con miras a que se tuviera a éste como padre natural de la menor María Consuelo Perea, hija de la demandante, pretensión que le fue despachada favorablemente a través de sentencia pronunciada el 27 de enero de 1971.

2. No conforme Alhach con el fallo ocurrió al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, tomando punto de apoyo en el artículo 18 de la Ley 75 de 1968 que dice que las sentencias dictadas por los jueces de menores, en cuanto se refieren al estado civil, son revisables ante el Juez Civil competente.

El juez del conocimiento, en sentencia de 30 de mayo de 1975, resolvió:

"1º Declarar sin valor la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil de Menores de Cali... En consecuencia, estímase sin ningún efecto la declaración de paternidad natural impetrada al señor Julián Alhach Naufal, respecto a la menor María Consuelo Perea...

"2º Comuníquese al señor Notario de Rostropo (V.) la decisión adoptada...

"3º Sin costas".

3. La decisión en referencia fue apelada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 21 de febrero de 1977, la revocó; en su lugar denegó la pretensión demandada y absolvió al demandado, imponiendo las costas de ambas instancias al demandante.

4. Recurrido tal pronunciamiento en casación, la Corte, en la sentencia que ahora se impugna, no lo casó.

Contra la sentencia del Tribunal se enfiló entonces el cargo "de interpretación errónea del artículo 18 de la Ley 75 de 1968", que llevó a la "aplicación indebida de los artículos 6º y 17 de la misma Ley y del 1º de la Ley 45 de 1936".

5. A propósito dijo la Corte, después de traer a cuento anteriores pronunciamientos de la misma entidad:

"2. Por lo dicho, se ve que no anduvo acertado el Tribunal de Cali en la interpretación del artículo 18 de la Ley 75 de 1968, caprichosa y contraria a lo que ha venido defendiendo la Corte con apoyo en razones que no han sido desvirtuadas. Y que esa errada inteligencia del precepto legal en estudio trajo como consecuencia su quebranto por el mismo concepto, lo que sería bastante para desquiciar la sentencia impugnada...

"3. Sin embargo, abstiénese la Corte de casarla, porque en instancia habría de llegar a las mismas conclusiones a que llegó el Tribunal

en la parte resolutiva, aunque por diferentes motivos. Esas conclusiones son efecto se ajustan a la sana crítica de las pruebas traídas a ambos procesos".

II

El recurso de revisión

1. Al tenor de los artículos 382-4 y 380 del Código de Procedimiento Civil, invócase por el recurrente en el libelo demandador, como causal de revisión, la 8ª, que contempla el último precepto: "Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso". Nulidad que la hace consistir el recurrente en falta de fundamentación en la sentencia proferida por la Corte:

"Tal como aparece, dice, en la transcripción completa de la sentencia de la Corte en lo relativo a la confirmación del fallo del Tribunal o en su adhesión a él, no se dio motivación en torno de la prueba, tal como lo exige la ley, y por ende, sobre los fundamentos legales, jurídicos y fácticos de la determinación final".

2. Admitida la demanda, se dispuso correr traslado a María Consuelo, a través de la madre de ella, Mary Perea Rivera, en su carácter de representante legal, habiéndosele emplazado de conformidad con el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, por desconocerse su residencia; y como no compareció, se le designó curador *ad litem*, con quien se siguió el diligenciamiento.

3. En su alegato de conclusión, el recurrente insiste en las puntualizaciones de la demanda de revisión, y precisa:

"Es un principio básico del Estado de Derecho el debido proceso, que se proyecta en cada uno de los pasos que conducen a la decisión de las contenciones, consagrado constitucionalmente y desarrollado en los ordenamientos procedimentales.

"Expresión fundamental de ese principio es la exigencia de que las resoluciones jurisdiccionales, ante todo las sentencias, sean motivadas (Art. 303 C.P.C.), con 'las consideraciones necesarias sobre los hechos y su prueba' (Art. 304), y que las conclusiones a que se llegue en ellas y, por tanto, el sentido del juicio, sea el producto del análisis de las probanzas, respecto de las cuales la ley es terminante al imponer al juzgador, siempre, que dé cuenta y razón: 'Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica... El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba' (Art. 187 C.P.C.).

"Pues bien, en la sentencia cuya revisión se ha demandado en este recurso, como se anotó y se lee en su texto, la Sala se limitó a decir que 'esas conclusiones', las del Tribunal, censuradas por ella por caprichosas y contrarias a derecho, 'se ajustan a la sana crítica de las pruebas traídas a ambos procesos', con lo cual se pone de presente que la decisión denegatoria de las pretensiones del demandante no fue motivada, que su rechazo, que debía basarse en la prueba y que se dijo basarse en ella, no obedeció a una apreciación en conjunto y mucho menos a una exposición razonada del mérito asignado a cada prueba".

III

Consideraciones de la Corte

1ª *La legislación francesa, en punto de decisiones definitivas pronunciadas por la Corte de casación, las clasifica en dos especies:* les arrêts de rejet *y* les arrêts de cassation *(Art. 1029 Nouv. C. pr. civ.).*

Corresponden las primeras a las que en su parte dispositiva, por causas diversas, al encontrar infundado el poder en casación lo desechan o rechazan y, eventualmente, si la Corte lo juzga abusivo o temerario, imponen las condenas correspondientes; y las segundas, a las que, al encontrar lo fundado, casan la providencia atacada y ordinariamente reenvían la causa y las partes a un tribunal de instancia de la misma naturaleza y del mismo grado del que profirió el fallo anulado, para que éste sea reemplazado.

Por ser diferentes en su contenido y su alcance, la estructura formal de cada uno de tales dos fallos es distinta: mientras el primero se limita en su esencia a desechar el recurso, expresando en la parte expositiva el porqué de la improsperidad; el segundo, que precisa siempre de la cita del texto o textos legales violados, debe indicar en su motivación las razones del quebranto encontrado.

2ª *Relativamente a las decisiones de casación, también la Legislación Española consagra, en su esencia, el distingo francés aquí apuntado, según que a la postre el recurso resulte infundado o fundado (Arts. 1687, 1745 y 1748 de la LEC).*

Al decidir el recurso de casación, el Tribunal Supremo, que es la Corporación que a través de su Sala Primera tiene tal atribución, dicta una o dos sentencias: pronuncia una sola cuando, luego de admitido, declara que no hay lugar al recurso porque encuentra legal la decisión impugnada; pero si el recurso prospera, "casará la sentencia" y, entonces, esa misma corporación, convertida automáticamente en tribunal de apelación y mediante una segunda sentencia, sustituye la que acaba de invalidar.

Y si bien en todo caso el fallo debe ser motivado, obvio es que en cada uno de ellos la motivación es diferente: el por qué se encuentra legal la resolución atacada, en el primero; las razones de la "infracción de ley o de doctrina legal", en el segundo.

3ª La Legislación Colombiana, inspirada en el tradicional sistema de casación francés y siguiendo de cerca el modelo español, también consagra, si no en forma expresa sí por lo menos implícitamente, la diferencia entre los fallos que al dictar este recurso extraordinario quiebran la sentencia así impugnada y los que lo declaran infundado.

Preceptúa el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, en efecto, que si la Corte, haciendo un examen lógico de las causales alegadas halla probada alguna de las cuatro primeras que consagra el artículo 368, debe casar la sentencia recurrida "y dictar la que deba reemplazarla, o si fuere el caso, ordenar su adición por el juez de primer grado o el tribunal"; que si la que encuentre próspera es la del numeral 5 de dicho artículo, "decretará la nulidad y ordenará remitir el expediente al tribunal, para que éste o el juzgado proceda a renovar la actuación anulada"; y que, en cambio, "si no prospera ninguna de las causales alegadas, condenará en costas al recurrente, salvo en el caso de rectificación doctrinaria".

De lo cual tiene que seguirse que así en uno como en otro caso la Corte, para ajustar su conducta a la preceptiva contenida en los artículos 163 de la Constitución Nacional, y 303 del Código de Procedimiento Civil, tiene que motivar su decisión, o sea, expresar el indispensable razonamiento jurídico del cual hace dimanar su conclusión acerca de si procede o no procede casar la sentencia combatida. Y en la primera de estas dos hipótesis, hacer la correspondiente motivación en que ha de apoyarse la decisión de instancia, evento en el cual sí procede acatar, como que sólo entonces es juzgador del proceso y no de la sentencia, los imperativos de los artículos 187 y 304 del Código de Procedimiento Civil, referentes a la apreciación de los hechos y su prueba.

4ª Para la decisión que aquí corresponda, es pertinente recordar que en el sistema colombiano, como también ocurre en los de Francia, Italia, España, Alemania y en la generalidad de los que prohijan el modelo tradicional, para que este recurso extraordinario conduzca a la casación de la sentencia combatida no basta con que medie una violación de norma jurídica, sino que es preciso además que tal quebranto sea la determinante de la resolución tomada en dicho fallo, que es justamente lo que la doctrina universal ha llamado "la eficacia causal" del error in judicando.

O sea, para expresar la idea con criterio tautológico, que es menester que la resolución impugnada esté basada en la infracción legal, es decir, que exista un nexo de causalidad entre dicha infracción y la resolución que con base en ella se toma, de tal manera que al declarar la violación pueda tener un valor y un efecto prácticos. Si la providencia combatida en casación, no obstante su errónea motivación jurídica, se conforma en sus disposiciones a lo que el derecho prescribe, éstas no podrán quebrarse, aunque sea procedente eso sí la corrección de los errores mediante rectificación doctrinaria.

Esta relación de causalidad entre el vicio y la resolución de la sentencia, estimada universalmente como presupuesto indispensable para la prosperidad de la casación, se hace más necesaria en la medida en que el recurso, como sucede en Colombia, en donde no existe consagrado especialmente "en interés de la ley", se concede más en función del interés privado que del público. Expresa Piero Calamandrei que el recurrente en casación sólo puede denunciar aquellos vicios que aparezcan como causa necesaria y suficiente de su vencimiento, y en la corrección de los cuales tiene interés práctico (La Casación Civil, Ejea, Buenos Aires, 1959, pág. 112).

5ª La doctrina de la trascendencia del error atrás esbozada, ha sido fielmente acogida por el legislador colombiano y elevada por éste a precepto legal concreto, al estatuir, mediante el inciso 5º del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, que "La Corte no casará la sentencia por el solo hecho de hallarse erróneamente motivada, si su parte resolutiva se

ajusta a derecho, pero haré la correspondiente rectificación doctrinaria".

Preceptiva esta que fue, con evidente juslealdad, la que acotó y aplicó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema al proferir su sentencia de 12 de diciembre de 1977, hoy recurrida en revisión.

En efecto. En ella estimó la Sala que el Tribunal Superior de Cali, al dictar su fallo del 21 de febrero de ese año, incurrió en yerro de hermenéutica al interpretar erróneamente el artículo 18 de la Ley 75 de 1968; pero agregó la Sala, luego de hacer la correspondiente rectificación doctrinaria, que como a juicio suyo la declaración de paternidad natural contenido en la resolución combatida es la que en realidad corresponde en derecho, se abstenía por esto de fulminar el proveimiento del Tribunal de Cali, entonces impugnado en casación.

Sin pecar por exceso, pero tampoco por defecto, la Corte sustentó o motivó su resolución de "no casa la sentencia..." en la consideración que, al quebrar el fallo recurrido, "en instancia habría de llegar a las mismas conclusiones a que llegó el Tribunal en la parte resolutiva... Sus conclusiones, con efecto, se ajustan a la sana crítica de las pruebas traídas a ambos procesos".

6ª Obvia conclusión de lo atrás expuesto es, pues, la de que la sentencia de la Corte, cuya disposición es la de desechar el recurso de casación porque el error jurídico denunciado, que ciertamente existió, no fue sin embargo determinante o decisivo en la declaración de paternidad natural hecha en las instancias, sí está motivada. Y ese razonamiento o sustentación, si bien era susceptible de una más amplia explanación dialéctica, no deja de resultar por ello preciso, justo y suficiente para entender el fallo que no casó el del Tribunal.

Y si la sentencia hoy recurrida en revisión contiene o presenta una motivación, que es la que se acompasa con la resolución en ella tomada, tiene que seguirse que el presente recurso revisorio, fincado únicamente en la aserción contraria, resulta infundado y así habrá de declararlo hoy la Corte, imponiendo al recurrente la condena al pago de los perjuicios causados y las costas procesales.

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,

Resuelve:

1º Declárase infundado el recurso de revisión aquí propuesto contra la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, proferida el 12 de diciembre de 1977 en el proceso ordinario de Julián Alhach contra María Consuelo Perea.

2º Condénase al recurrente a pagar a la parte recurrida los perjuicios que a ésta causó con la proposición del recurso de revisión. Para la liquidación de esta condena se seguirá el procedimiento indicado en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

3º Condénase además al recurrente a pagar las costas causadas en este proceso revisorio.

Parágrafo. Para el pago de las costas y perjuicios se hará efectiva la caución prestada. En tal sentido ofíciese a la Compañía Aseguradora del Valle S. A., y

4º Por la Secretaría procédase a enviar el expediente a la oficina de su origen.

Cópiese, notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Ricardo Uribe-Holguín, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, con salvamento de voto, *Alfonso Guarín Ariza, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.*

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

Salvamento de voto

Con indisimulable respeto por la brillantez de los razonamientos acogidos por la mayoría de la Sala Civil en la anterior sentencia, de ellos me separo amparado en las consideraciones que hice al presentar el proyecto de fallo en mi calidad de ponente en el proceso de revisión de que se trata y que no logró acogimiento.

Escribí entonces, más algunas acotaciones de ahora:

1. El recurso de revisión, como es sabido, constituye una limitación al postulado de la cosa juzgada instituido en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil; así lo establece el último inciso de la misma disposición.

2. Porque, como lo ha dicho la Corte, el legislador ha comprendido que, "a pesar de que el principio de la seguridad jurídica es don de alta estirpe en el desarrollo de la vida en sociedad, hay situaciones en que, por motivos fácticos, este principio debe ceder ante el superior de la justicia, cuando ésta aparece ostensiblemente quebrantada, y aun en el evento en que la sentencia no aparezca ser intrínsicamente injusta, si se ha pisoteado el derecho de defensa. Pero considerando que el principio de la seguridad jurídica generalmente no es de estirpe inferior al que predica la realización de la justicia, no autoriza revisar las sentencias ejecutoriadas siempre que un interesado alegue que son claramente injustas. Para la procedencia del recurso extraordinario de revisión exige, como presupuesto previo, el acaecimiento de alguno de los nueve hechos específicos que constituyen las únicas causas de revisión, según lo impera el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil. Ninguna otra circunstancia, así llevara corteramente a demostrar que en el proceso antecedente faltaron elementos esenciales de la garantía de la justicia, puede fundar el recurso de revisión" (Sentencia del 11 de julio de 1976).

3. Como aparece en la síntesis de los antecedentes, el recurso de que ahora se ocupa la Corte se propone con fundamento en la causal 8ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil: "Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso".

4. La causal toca con "irregularidades en que, al tiempo de proferir la sentencia, no susceptible del recurso de apelación o de casación, pueda incurrir el fallador y que sean capaces de constituir nulidad" (CXLVIII, 185).

5. En el supuesto de este recurso se arguye que hubo quebranto de la causal en referencia en razón de que el fallador, que lo fue la Corte, no obstante que encontró que el Tribunal había incurrido en abierta interpretación errónea del artículo 18 de la Ley 75 de 1968, se abstuvo de casar la providencia impugnada, "porque en instancia habría de llegar a las mismas conclusiones a que llegó el Tribunal en la parte resolutiva, aunque por diferentes motivos", agregando que "esas conclusiones, con efecto, se ajustan a la sana crítica de las pruebas traídas a ambos procesos".

6. La impugnación se hace consistir entonces en que la resolución en comento está exenta de fundamentación, con olvido del ordenamiento legal que dispone que "las providencias serán motivadas, a excepción de los autos que se limitan a disponer un trámite" (Art. 303-2 del C. de P. C.); de aquel otro (Art. 304-1 *ibidem*), que señala que "la sentencia deberá contener... las consideraciones necesarias sobre los hechos y su prueba, los fundamentos legales y jurídicos o las razones de equidad en que se base"; y del contenido en el artículo 187 *ejusdem*, según el cual "las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica".

7. Y en realidad, es lo cierto que en la sentencia que desató el recurso de casación interpuesto contra la proferida por el Tribunal del Distrito Judicial de Cali, objeto de la revisión, se rechaza frontalmente la interpretación que el *ad quem* le dio al artículo 18 de la Ley 75 de 1968; interpretación que lo llevó a denegar la pretensión de Julián Alhach en busca de que se hiciera una declaración contraria a la del Juzgado Primero Civil de Menores de Cali, que lo tuvo como padre natural de la menor María Consuelo Perea; siendo de notar que el Tribunal no entró para su definición en el examen de las pruebas allegadas al proceso, sino que fundamentó su determinación, en definitiva, en la consideración de que la presunción de paternidad que tuvo por sentada el Juez de Menores (Ord. 4º del Art. 6º de la Ley 75 de 1968), "debía desvirtuarse dentro del proceso de revisión; y había que hacerlo precisamente demostrando alguna de las circunstancias que de acuerdo con la misma ley hacen inoperante la presunción de paternidad en el caso de la causal en referencia".

8. Resulta, entonces, evidente que la sentencia que se ataca en recurso de revisión se quedó corta, puesto que al acoger el cargo, aun cuando no se casó por considerar que a la misma conclusión del Tribunal habría de llegarse, correspondía razonar en ella sobre los motivos diferentes que llevaban a mantener lo resuelto por el *ad quem*, haciendo la crítica de las pruebas traídas a ambos procesos, ya que a no dudarlo, en el fondo, implícitamente contemplaba una decisión de instancia que en definitiva vino a quedar inócua de la fundamentación que requiere la ley.

9. En caso semejante, en providencia del 4 de abril de 1978, dijo la Corte en los aspectos pertinentes:

"Por sentencia de 28 de noviembre último, la Corte, no obstante haber acogido la primera

impugnación... decidió no casar la sentencia atacada porque, a pesar de la prosperidad del ataque, 'al proceder la Corte como Tribunal de instancia llegaría necesariamente a proferir resolución idéntica a la dictada por el Tribunal'...

"Oportunamente... uno de los dos recurrentes solicita que se declare inexistente o nula, por falta total de motivación, la sentencia de la Corte y que, en seguida, se proceda a dictar el fallo con su motivación correspondiente...

"Alega el memorialista, en síntesis, que el fallo de la Corte está huérfano de motivación por cuanto al decir que no casaba por la simple razón de que, al actuar como Tribunal de instancia, llegaría a proferir idéntica resolución a la dictada por el *ad quem*, dejó sin respuesta, sin razones de índole jurídica, y legal, los temas debatidos...".

"Para resolver, se considera:

"Cuando la Corte expresó que no podía casar la sentencia del Tribunal, a pesar de prosperar contra ella el cargo de incongruencia... pues al actuar en instancia llegaría necesariamente a proferir idéntica resolución, con ello quiso decir que estaba de acuerdo con la parte resolutiva de la sentencia recurrida, en cuanto declaró la nulidad del proceso de pertenencia... no por haberse seguido un procedimiento distinto al que legalmente correspondía..., sino con apoyo en que faltó el debido emplazamiento...

"Viene de lo anterior que la idéntica resolución a que hizo alusión la Corte en su sentencia, se refería solamente al decreto de nulidad del proceso de pertenencia...

"Sin embargo, aparece que la sentencia de la Corte, en cuanto acoge la declaración de nulidad, carece de la más leve motivación que pueda fundar en justicia esa resolución...

"Será pues necesario anular el fallo de 28 de noviembre último, pues él sólo contiene motivación relativa a la prosperidad del primer cargo y carece de consideración alguna que pudiera explicar y fundar la resolución que contiene".

10. En el caso *sub lite*, cabe decir lo mismo. En la sentencia que ahora se recusa en revisión, se dieron fundamentaciones jurídicas con miras a acoger el cargo que se enfiló contra la proferida por el Tribunal, pero no se hicieron motivaciones en orden a mantener la resolución que había tomado el *ad quem*, con incidencia en la declaración de paternidad, y que dejó incólume la Corte.

11. Simplemente se dijo que "por diferentes motivos" se llegaría a idéntica resolución a la tomada por el *ad quem*, en virtud de "conclusiones" ajustadas "a la sana crítica de las pruebas traídas a ambos procesos". ¿Cuáles esos motivos? ¿Cuáles los elementos de convicción que sirvieron de estribo para concluir que Alhach era ciertamente el padre natural de María Consuelo Perea?

12. No se trasluce de verdad razonamiento probatorio en orden a dejar en pie la declaración de paternidad natural proferida por el Juzgado de Menores y que fue desechada por el *a quo* previo análisis de los medios de prueba (Art. 187 C. de P. C.).

13. No importa, en mi entender que diga el inciso 5º del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil. "La Corte no casará la sentencia por el sólo hecho de hallarse erróneamente motivada, si su parte resolutiva se ajusta a derecho, pero hará la correspondiente rectificación doctrinaria".

Ya que es de pensar, sin embargo, que habrá de exponerse cuáles son las razones para dar por sentado que la "parte resolutiva se ajusta a derecho" y que, por lo tanto, no se impone casar la sentencia impugnada, no obstante su errónea motivación.

14. Se imponía, pues, considero abrir vía de prosperidad a la petición del revisionista.

Héctor Gómez Uribe.

Fecha *ut supra*.

El ataque por vía indirecta carece de eficacia si no comprende la totalidad de las pruebas que sirven de soporte a las conclusiones fácticas en que se estriba la sentencia impugnada. Independencia y autonomía de los distintos cargos.

La simple disparidad de criterio entre la censura y el sentenciador no configura el error de hecho; es preciso que las pruebas se hayan apreciado con "criterio francamente inexplicable".

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., 26 de octubre de 1981.

Decide la Corte el recurso de casación que el demandado interpuso contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada el 19 de diciembre de 1980 en el proceso ordinario de Francisco Antonio Garzón contra Armida Marín de Quintero.

El litigio

1. Por vía ordinaria y en demanda que correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, Garzón, como heredero de Alvaro María Velasco, demandó a Armida de Quintero el 23 de enero de 1975, en procura de obtener se declaren simulados los contratos de venta de un inmueble urbano ubicado en Bogotá y de unos derechos exclusivos de autor, que Marín Velasco celebró con la demandada, mediante escrituras 1738 y 1739 del 27 de septiembre de 1974, corridas en la Notaría Doce de Bogotá, y que lo pactado en realidad fue una donación que, por ausencia de insinuación, es nula en cuanto exceda de $ 2.000.00.

Y subsidiariamente pidió, en primer término, se declare la rescisión de la compraventa del inmueble, por motivo de lesión enorme sufrida por el vendedor, y en segundo subsidio, se declare la resolución de dichos contratos por incumplimiento de la compradora en el pago de los precios y plazos convenidos.

Complementariamente, solicitó el demandante que la demandada debe restituir al acervo hereditario del causante los bienes en litigio, con sus frutos civiles, estimados en $ 25.000.00 mensuales, desde la celebración de los contratos denunciados hasta la devolución de tales bienes, además de las costas procesales y, desde luego, con las comunicaciones del caso a notarías y registro.

2. El actor fundamentó sus pretensiones en los hechos que seguidamente se resumen:

a) Alvaro Marín Velasco, hermano de Armida de Quintero, falleció en Bogotá, soltero e intestado, el 10 de octubre de 1974, no sin haber reconocido previamente por Escritura 1874 de 1938 de la Notaría Segunda de esta ciudad, a Francisco Antonio Garzón como su hijo natural, quien en consecuencia es hoy día su único y universal heredero;

b) En agosto de 1974 Marín enfermó gravemente y fue hospitalizado; el 27 de septiembre y durante una leve mejoría, procedió a otorgar las citadas escrituras de traspaso de todos sus bienes a su hermana Armida; nuevamente fue hospitalizado y luego falleció el 10 de octubre siguiente;

c) El inmueble urbano, consistente en el apartamento 11-03 C del piso 11 del Bloque "C" del Edificio Bavaria, en esta ciudad, debidamente alindado, dijo venderlo por $ 370.000.00, de los cuales la compradora aparece pagándole inicialmente la suma de $ 30.000.00, con plazo de 90 días para cancelar el saldo de $ 340.000.00, siendo así que su valor comercial para entonces no era inferior a $ 800.000.00. Y los derechos de autor aparecen vendidos por $ 50.000.00, con plazo de 60 días para su cancelación, no obs-

tante que las regalías anuales produeidas por dichas obras ascendían a más de $ 100.000.00;

d) Las ventas a plazos, sin intereses y sin condiciones, se hicieron sin estipular garantía alguna a favor del enajenante, quien no tenía apremio real para deshacerse de su patrimonio, cuyos frutos mensuales se estiman en $ 25.000, sin que hubiera existido ánimo ni intención de vender sino de donarlos, ya próximo a su muerte, a su hermana menor, haciéndose figurar un precio que, de considerarse como real aun cuando ni existió ni fue pagado, acarrearía lesión enorme en la venta del inmueble o resolución de los citados contratos por incumplimiento de la parte compradora.

3. Con oposición de la demandada, quien negó los hechos fundamentales y expresamente invocó que la mención de precio lesivo o de incumplimiento en el pago del precio eran incompatibles con la súplica de declaratoria de donación, por considerar que los hechos sustentatorios de la demanda no pueden tener carácter subsidiario, se trabó el debate que, impulsado cabalmente en su primera instancia y con aducción de pruebas y alegatos de las partes, culminó con sentencia de 1º de marzo de 1977, que negó las súplicas de la demanda y que, por apelación del demandante, subió al Tribunal de Bogotá en donde, después de tramitado debidamente el recurso, fue decidido el 19 de diciembre de 1980 en sentencia, ahora recurrida en casación por la demanda, que revocó la del juzgado y en su lugar acogió las súplicas principales de la demanda.

Motivaciones del Tribunal

1. Sin encontrar reparo a los presupuestos procesales, comienza por describir la acción de simulación y su libre preceptiva probatoria a partir de la vigencia del Código de Procedimiento Civil; apuntando que, dado el sigilo en esta clase de operaciones, la prueba a que se acude con más frecuencia es la indiciaria.

2. Agrega que los contratos tachados de simulación están contenidos en las Escrituras 1738 y 1739 del 27 de septiembre de 1974, de la Notaría Doce de Bogotá, y como indicios de ser simulados relaciona los siguientes, cuya textual transcripción se hace necesaria:

"a) La escasa capacidad económica de la adquirente para la época de la celebración de los contratos que se tachan de simulados. De los contratos mismos se deduce, pues sobre un total de $ 420.000.00, sólo se dice cancela $ 30.000.00, sin que por otra parte, un certificado allegado con la contestación de la demanda nos dé certeza acerca de su solvencia económica;

"b) La forma de pago. En las escrituras públicas se otorga un plazo de tres meses para cancelar los saldos a cargo de la compradora. Sin embargo aparece cancelándolas al siguiente día (septiembre 28 de 1974). Con el agravante que, el vendedor aparece concurriendo a la misma Notaría Doce de Bogotá, cuando la historia clínica dice que ese día permaneció en la institución (Clínica de Marly) hospitalizado (Fls. 80 y 94, Cdno. Ppal.), con el fin de practicar o llevar a cabo dos reconocimientos, precisamente de los documentos en que hacía constar haber recibido el saldo correspondiente a la venta;

"c) El haber enajenado el vendedor la totalidad de bienes que componían o integraban su patrimonio. Se deduce fácilmente si se compara su declaración de renta y patrimonio con los bienes vendidos a través de los contratos que se acusan de simulados, lo que en la vida cotidiana es de ocurrencia sumamente limitada;

"d) El precio exiguo. Pues, si en los contratos se fijó la suma de $ 370.000.00 para el apartamento y de $ 50.000.00 para las obras cuyo autor fue el vendedor, el dictamen pericial practicado en segunda instancia, que en últimas no fue objetado por la parte demandada, y además se encuentra bien fundamentado, determina que el inmueble enajenado por Marín Velasco a Armida Marín de Quintero, para la fecha de celebración del contrato de compraventa, tenía un valor de $ 950.000.00 ($ 900.000.00 el apartamento y $ 50.000.00 el garaje) y las obras (derechos de propiedad intelectual) $ 300.000.00;

"e) El poco importe que le representaba a Marín Velasco la enajenación de los derechos sobre sus obras y regalías, aun las ya causadas. Ya que el precio de la venta fue el de $ 50.000 y conforme a la declaración de renta, por concepto de regalías o participación en un solo año (1972) percibió la suma de $ 123.850.00;

"f) Estado personal del enajenante. El vendedor Marín Velasco para el día de la celebración de los contratos se encontraba en condiciones precarias de salud, pues ingresó a la clínica ese mismo día (septiembre 27 de 1974) y falleció, sin salir de allí, pasados pocos días (octubre 10 de 1974);

"g) La familiaridad o parentesco. Conforme a las actas eclesiásticas allegadas, Alvaro Maxi-

miliano Marín Velasco era hijo de Teófilo Marín Zorrilla y Filomena Velasco Suárez y natural de Popayán. Y la compradora Armida Marín de Quintero (de acuerdo a la de su matrimonio), es hija de Teófilo Marín Zorrilla y Filomena Velasco Suárez y natural de Popayán, lo que nos lleva a concluir que son hermanos entre sí" (folios 55 v. y 59 Cdno. 3).

3. Y del análisis conjunto de esos indicios, concluye que está demostrada la simulación de la venta y que la verdadera operación fue la de donar Alvaro Marín todos sus bienes a su hermana Armida, con perjuicio de los legítimos intereses de su hijo natural y heredero, hoy demandante, Francisco Antonio Carcés.

Así fundamentado, resuelve revocar el fallo del *a quo* y, en su lugar, acoger las súplicas principales de simulación y de existencia de una donación a favor de la demandada, nula en el exceso de $ 2.000.00 por ausencia de insinuación judicial, con orden de devolver los bienes y frutos correspondientes, estos últimos mediante liquidación de su cuantía a través del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, todo con costas en ambas instancias a cargo de la demandada, quien contra lo así resuelto interpuso el recurso de casación que ahora ocupa a la Corte.

La demanda de casación

Muestra tres capítulos que, en conjunto arrojan un total de trece cargos, todos con fundamento en la causal primera, de los cuales los ocho primeros, junto con el décimo y el undécimo, permiten estudio y decisión conjuntos, lo mismo que el duodécimo y el decimotercero, no así el noveno, para lo cual se procede así:

Cargos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, décimo y undécimo.

1. Todos vienen formulados por vía indirecta, los ocho primeros a consecuencia de errores de hecho, y los dos últimos como resultado de errores de derecho en la estimación del material probatorio, y en ellos prácticamente se acusan como violadas las mismas normas sustanciales, así:

En los cargos *primero a sexto*, los artículos 1766, 1194, 1195, 1498, 1458, 1740, 1741, 961 y 1519 del Código Civil por aplicación indebida, y los artículos 1849, 1850, 1857, 1863, 1864, 1866, 1946, 1947, 1546, 1930, 1928 y 1929 del mismo Código, por falta de aplicación.

El cargo *séptimo* trae la variante de no acusar los artículos 1946 y 1947, pero sí el 1547 y el 1543.

El cargo *octavo* no acusa los artículos 1195 y 1498, pero sí el 1198 y el 1518 por aplicación indebida, y los artículos 1948, 1547 y 1548 por falta de aplicación.

Y en los cargos *décimo y undécimo* aparece acusado el 1195 en vez del 1498, y se agrega el 2 de la Ley 50 de 1936, por aplicación indebida, incluyendo además el 1948, el 1547 y el 1548, por falta de aplicación.

Y además mencionan como violación-medio la de los artículos 174, 188, 251, 258 y 284 del Código de Procedimiento Civil en el cargo décimo y el 174 del mismo Código en el cargo undécimo.

2. El sucinto planteamiento y desarrollo de los cargos en estudio es así:

Primer cargo. El error de hecho se hace consistir en que, para el censor, la prueba de la simulación está desvirtuada por la confesión del demandante en su libelo de demanda consistente en afirmar que hubo precio, así fuere exiguo, y que adicionalmente dicho precio no se pagó, confesión que no apreció el sentenciador y que lo hubiera llevado a concluir que la donación alegada no tuvo existencia.

Segundo cargo. Acusa al sentenciador de haber incurrido en yerro fáctico al no haber tenido en cuenta un certificado del Banco Central Hipotecario, Sucursal de Cali, adunado con la contestación de la demanda, que prueba que la demandada recibió $ 342.125.00 en 1974 como intereses, lo que implica desvirtuar su escasa capacidad económica que el Tribunal le atribuyó.

Tercer cargo. El error de hecho en que se apoya se hace consistir en que, según la copia de la declaración de renta del causante correspondiente a 1972, su patrimonio estaba compuesto por otros bienes además del inmueble y de los derechos de autor en litigio, luego no existió traspaso de todo su patrimonio, como lo dedujo el Tribunal.

Cuarto cargo. El yerro fáctico se hace consistir en que el Tribunal no tuvo en cuenta, respecto del dictamen pericial practicado en la segunda instancia, el memorial que presentó la demandada formulando varias observaciones a dicho dictamen en forma tal que el Tribunal,

de haberlas tenido en cuenta, le hubiera negado valor demostrativo.

Quinto cargo. El error de hecho se quiere derivar de equivocada apreciación de las escrituras públicas de traspaso, pues si bien en ellas figura un exiguo pago inicial ello no implica la simulación del negocio sino, por el contrario, confirma su seriedad.

Sexto cargo. Aquí la errónea apreciación de hecho que se le imputa al sentenciador se desprende de que, para otorgar y autenticar notarialmente los documentos de recibo del saldo de los precios a cargo de la demandada, el vendedor no tuvo necesariamente que trasladarse a la Notaría, pues la comparecencia del notario bien pudo ocurrir en la clínica en donde estaba hospitalizado el vendedor.

Séptimo cargo. El error de hecho se deduce de que la forma de pago contemplada por el Tribunal, o sea una pequeña cantidad para el día del otorgamiento de las escrituras de compraventa, y la cancelación del cuantioso saldo casi inmediatamente después, precisamente indica que sí hubo pago y que, por tanto, no puede hablarse de donación.

Octavo cargo. El error fáctico en que se apoya, se refiere a que no está probado que las regalías anuales de los derechos de autor ascendían a la suma de $ 123.850.00 en contraposición a un precio de venta de tales derechos en cuantía de $ 50.000.00, pues en la declaración de renta del causante no aparece que tal ingreso sea por regalías de derechos de autor sino por comisiones.

Cargo décimo. Por error de derecho se acusa la apreciación de la prueba documental que consiste en la historia clínica proveniente de la Clínica de Marly, la que no podía estar en poder del demandante ni fue debidamente allegada al proceso.

Cargo undécimo. Y también por error de derecho, se acusa la apreciación de la partida eclesiástica del matrimonio de la demandada, en que aparece como hija de los mismos padres del causante y de donde se dedujo su parentesco de hermana del mismo, además de haber sido aportada en forma irreglamentaria y referirse a actos ocurridos con posterioridad a 1939.

Considera la Corte

1. *El motivo central para haber quebrado los diez anteriores cargos obedece a que el Tribunal llegó a la conclusión fáctica de la realidad procesal de la simulación impetrada y de la consecuencial existencia de una encubierta donación valedera solamente hasta el límite legal de $ 2.000 por no haber sido insinuado, en virtud de la relevante circunstancia de que el fallo atacado se apoyó en el grupo o conjunto de siete indicios que textualmente ya se dejaron reseñados al comentar las motivaciones del sentenciador.*

2. *En estas condiciones, el ataque indirecto, como el que se está estudiando y decidiendo, carece de eficacia si en el cargo o cargos respectivos, de suyo autónomos y que no permiten rebasar los límites de hecho o de derecho que a cada uno de ellos hubiera querido darles el censor, no comprende la totalidad de las pruebas en que el Tribunal haya cimentado sus conclusiones fácticas.*

Si la censura deja al margen parte de tales pruebas, así haya procedido en cargo separado, pero también en forma fragmentaria, o enjuiciarlas, está no sólo desvertebrando la unidad, autonomía e individualidad de cada cargo, sino pecando además contra el principio de que la impugnación de un fallo de instancia en tan extraordinario recurso como lo es el de casación, por no tratarse de una instancia adicional, parte del indudable postulado de presunción de acierto del sentenciador, presunción que en el aspecto fáctico no es susceptible de derrumbarse si el ataque, entendiéndose por tal el contenido no en la suma de los cargos sino en uno solo de ellos, no abarca en su radio de acción y por sí solo todas las pruebas que sirvieron de soporte a las conclusiones fácticas en que se estribó la sentencia impugnada.

3. *Es fácil observar que el censor, en cada uno de los diez cargos anteriores, está atacando una sola de las pruebas que conformaron el conjunto, por cierto de bastante significado, que expresamente sirvió al Tribunal para pronunciar su decisión. Y como corolario, ninguno de dichos cargos se proyecta sobre la totalidad de ese conjunto probatorio.*

4. *En estas circunstancias es imprósperа la acusación indirecta, o sea la derivada de la errada apreciación fáctica o de derecho de las pruebas, cuando la impugnación se refiere a una o algunas de ellas, si las demás permanecen al margen de la censura contenida en cada cargo como soporte suficiente de la decisión, siendo incorrecto tal ataque aislado y fragmentario de los medios probatorios porque, aun en el su-*

puesto de así resultare parcialmente próspero, subsistirían las razones que en torno a los demás elementos demostrativos hizo el sentenciador, los que, por ser suficientes, impiden que la acusación parcial, así hubiere sido total al sumar o acumular los cargos en contraposición de la técnica del recurso, pueda prosperar.

Concluyese de lo anterior que los cargos en estudio no merecen acogida.

Cargo noveno. También por vía indirecta, se acusan como violadas las mismas normas que en los cargos décimo y undécimo, excepto el artículo 1929 del Código Civil, a cambio del 1920 de la misma obra, en lo relativo a falta de aplicación, todo a consecuencia de manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas, así:

1. a) Al no haber tenido como prueba de la existencia del precio lo manifestado en la demanda con carácter de confesión y al no haber tenido en cuenta la tesis expuesta en la contestación de la demanda;

b) Al no haber expresado en la sentencia por qué motivo no le dio certeza al honorable Tribunal el certificado expedido por el Banco Central Hipotecario, Sucursal de Cali, y haber deducido contra toda evidencia que está probada la notoria insolvencia económica de la demandada compradora;

c) Al haber manifestado contra la realidad que el vendedor enajenó la totalidad de su patrimonio cuando en realidad según la declaración de renta el objeto de la venta fue menos de un tercio de sus bienes;

d) Al no haber visto el memorial cuestionando severamente el dictamen pericial, error que llevó al Tribunal a manifestar contra toda evidencia que el dictamen no fue objetado;

e) Al haber estimado como indicio de no existir precio precisamente la circunstancia de haberse probado el pago del mismo;

f) Al haber estimado la diligencia de autenticación de los recibos de pago como falsa, contra toda evidencia y sin que hubiese mediado la tacha de falsedad;

g) Al haber deducido como indicio de simulación la circunstancia de haberse pactado la compraventa a plazo, quedando consignada en la escritura de venta una condición resolutoria tácita pero aparente, lo cual en el fondo debería ser un indicio de la seriedad del negocio;

h) Al haber estimado que una comisión declarada por el vendedor en su renta de 1972 corresponde a regalías por sus obras intelectuales, sin que exista en el proceso la más leve demostración de que ese rubro corresponda a tal valor.

2. Agrega el censor que en este cargo acumula los ocho que había formulado anteriormente, pues las pruebas impugnadas determinaron para el Tribunal la existencia de diversos indicios que, en conjunto, lo llevaron a tener por demostrada la simulación a través de una serie de errores de hecho y "para no hacerme más extenso, ruego a la honorable Corte que estime reproducida en esta parte de mi demanda la parte correspondiente a la explicación de de cada uno de los cargos anteriores a que se refieren las diversas probanzas cuestionadas ahora conjuntamente. Así, pues, en relación con la falta de apreciación de la confesión de precio contenida en la demanda y la falta de estimación de la contestación de la demanda, doy por aquí reproducido todo lo dicho en la explicación del primer cargo. En relación con el error de hecho al dar por probada la notoria incapacidad económica de la compradora, la honorable Corte se servirá tener por reproducido lo expuesto en el segundo cargo y así sucesivamente".

"Si aisladamente cada uno de los cargos anteriores era suficiente para anular el fallo acusado, el análisis en conjunto de los errores de hecho sobre las distintas pruebas llevará al convencimiento de la honorable Corte que no existe siquiera un indicio de simulación. Es, pues, evidente que el honorable Tribunal apreció las pruebas con un criterio francamente inexplicable, que bien merecía un examen riguroso de la honorable Corte sobre lo que pudo existir en el fondo del asunto. Porque alguna razón debió existir para que el honorable Tribunal se equivocara tan evidente y reiteradamente".

3. Y remata el cargo manifestando que, a consecuencia de tales errores, se violaron las normas sustanciales indicadas en el encabezamiento del mismo y por los conceptos allí expresados.

Considera la Corte

1. En primer término, cabe apuntar que *el principio que gobierna la independencia y autonomía de los cargos que quieran plantearse para sustentar el extraordinario y restrictivo*

recurso de casación, implica que tales cargos sean formulados en forma concreta y completa, pues dado el eminente carácter dispositivo del recurso, le está vedado a la Corte integrar unos con otros y no puede moverse acuciosa ni oficiosamente a través de toda la demanda de casación para complementar o integrar la censura en orden a impregnarla de eficacia.

De manera que los fundamentos de cada acusación, como lo prescribe el numeral 3 del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, deben presentarse no sólo por separado, sino en forma clara y completa, no simplemente referencial o por vía de inadmisible e indiscriminada acumulación.

2. Por tanto, no se compadece con la técnica del recurso, bastante estricta por cierto, que como ocurre en el cargo que se estudia, para la formulación y demostración de los varios errores de hecho que quiere imputar al Tribunal, el censor, sin más, remita a la Corte a lo expresado en los ocho cargos que anteceden al que en forma tan deshilvanada e incompleta quiere colocar en trance de formulación.

3. Máxime si ya en el específico terreno de la impugnación indirecta por errores de hecho, no es suficiente en modo alguno que el censor exponga, aun cuando llegare a demostrarlo, un criterio fáctico propio y distinto del que adoptó el Tribunal, pues la sola diferencia o disparidad de opiniones y de conclusiones al respecto, por razonada que fuere, no implica de suyo que el fallo acusado deba infirmarse, a menos que adicionalmente demuestre el censor que el sentenciador incurrió en evidente y trascendente yerro fáctico.

4. O sea, sin palmar contraevidencia que repose en el propio expediente y que señale el censor, no puede concluirse que el sentenciador incurrió en notoria equivocación de hecho, la que por añadidura deberá tener suficiente trascendencia en cuanto a violación de normas sustanciales se refiere, para así poder culminar en la quiebra del fallo impugnado.

5. Y que, como lo expresa el censor, se le impute al Tribunal haber apreciado "las pruebas con un criterio francamente inexplicable", ya se vio que la simple disparidad de criterio entre la censura y el sentenciador no es suficiente para concluir que éste incurrió en evidente yerro de hecho.

Máxime si, aun remitiéndose la Corte a los ocho cargos anteriores, se observa que quedaron por fuera del ataque algunos de los indicios que le sirvieron al Tribunal para tener por demostrada la simulación, como son los relativos a la forma de pago, pactada inicialmente a plazos de 60 a 90 días, mediante la cancelación de un contado equivalente al 7% del precio total, para luego aparecer cancelado dicho cuantioso saldo al día siguiente, lo que llevó al Tribunal a presumir la poca seriedad de la negociación; la grave enfermedad del vendedor que lo condujo a su fallecimiento dos semanas después de otorgados los contratos de traspaso de bienes en litigio; la venta en 1974, si no de la totalidad de los bienes que aparecían en la declaración de patrimonio de 1972 del vendedor, sí al menos de todos sus activos distintos al crédito indiscriminado que por $ 595.800.50 figuraba en dicha declaración, en donde también aparecía un pasivo de $ 216.000.00; la diferencia de precio entre el señalado por los peritos ($ 1.250.000.00) y el que figura en las escrituras de traspaso ($ 420.000.00); las comisiones que recibió el causante de la Editorial Bedout de Medellín en 1972, por valor de $ 123.850.00 en relación con el precio del traspaso de que todos sus derechos de autor le hizo a la demandada en 1971 por un precio de $ 50.000.00; y la deducción de la existencia de cercano parentesco entre los contratantes, proveniente de la comparación entre las partidas eclesiásticas de nacimiento del vendedor y de matrimonio de la compradora, en las cuales ambos figuran como hijos de Teófilo Marín y Filomena Velasco.

6. Y, por último, no sobra recordar que, en punto de apreciación de prueba indiciaria, es de eminente prevalencia el discreto criterio del sentenciador sobre el particular, a menos que se demuestre ser contrario a la evidencia que resulte del material probatorio.

Por tanto, para que la censura así montada pueda abrirse camino, es indispensable no la simple consideración de que al respecto y en términos generales el juicio ponderativo del sentenciador ha debido ser distinto, sino que rinde ostensiblemente con la realidad del acervo probatorio o que consiste en deducciones extraídas de hechos que no están acreditados en el proceso, o que ha ignorado hechos debidamente comprobados que por sí mismos llevarían a una conclusión contraria a la del fallo.

Y ya quedó dicho que algunos de los indicios que mencionó el sentenciador no fueron atacados, o su enjuiciamiento no tuvo efectividad o alcance, lo que obliga a concluir que, al no ha-

berse demostrado, por una u otra razón, la contraevidencia de las conclusiones fácticas en que se cimentó la decisión del Tribunal de tener por simulados los contratos en cuestión por encubrir en el fondo una donación, de por sí nula en el exceso de $ 2.000.00, debe despacharse, como en efecto se despacha, desfavorablemente el cargo en estudio.

Cargos decimosegundo y decimotercero

Ambos por vía directa, denuncian en su orden violación de las siguientes normas sustanciales: a) Artículos 1º, 5º, 17, 41, 60, 110, 101, 102, 105, 106 y 107 del Decreto 1260 de 1970, por falta de aplicación, y artículos 1005, 1013 y 1037 del Código Civil; 85 de la Ley 153 de 1887; y 18 y 19 de la Ley 45 de 1936, por aplicación indebida; y b) Artículos 18, 19 y 10 de la Ley 92 de 1938, por falta de aplicación, y artículos 1008, 1013 y 1037 del Código Civil; 85 de la Ley 153 de 1887, y 18 y 19 de la Ley 45 de 1936, por indebida aplicación.

1. El cargo decimosegundo se encamina a considerar que el demandante no está legitimado en causa por cuanto su calidad de hijo natural del causante vendedor no está acreditada mediante la partida civil que al efecto ha debido otorgarse.

2. Y el decimotercero tiende a que se declare que el Tribunal violó el artículo 19 de la Ley 92 de 1938, al haber aceptado una prueba supletoria del estado civil del demandante, o sea la escritura pública en que el causante lo reconoció como hijo natural, sin haberse previamente demostrado la inexistencia de prueba principal o sea el registro civil, que, por tratarse de hechos o actos ocurridos bajo su vigencia, exigía la Ley 92 de 1938.

Considera la Corte

1. La decisión del Tribunal que se pretende impugnar en los dos cargos anteriores consistió, resumidamente, en declarar que unos contratos eran simulados y que encubrían una donación, nula en cuanto exceda de $ 2.000.00 por falta de insinuación.

2. No se remite a duda que tales decisiones se tomaron con apoyo y aplicación, entre otras, de las normas sustanciales contenidas en los artículos 1766 del Código Civil, en lo relativo a la simulación, y 1458 de la misma obra, respecto de la validez parcial de la donación.

3. Estos esenciales artículos no figuran en la cita de disposiciones sustanciales que considera violadas la censura, lo que implica su ineludible fracaso por ausencia de proposición jurídica completa, como en sinnúmero de fallos la Corte lo ha decidido para casos semejantes, sino idénticos, tal como, entre otros, aparece en la sentencia del 28 de julio de 1981 en el ordinario de Teodoro Antonio Pinzón contra Teresa Pinzón de Cantor, aún sin publicar.

Concluyese, por tanto, que por esta razón los cargos en estudio son vanos e inaceptables.

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 dictada el 19 de diciembre de 1980 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario.

Costas en casación a cargo de la recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Ricardo Uribe-Holguín, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Alfonso Guarín Ariza, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negretti
Secretario.

TECNICA DE CASACION

Fundada la sentencia en diversas consideraciones de orden jurídico, el recurrente en casación deberá combatirlas todas en el mismo cargo, para lograr la prosperidad del recurso. Autonomía del juzgador de instancia para apreciar la prueba testimonial.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

Bogotá, D. E., 26 de octubre de 1981.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 13 de marzo pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este proceso ordinario instaurado por Oliva Barrios de Beltrán en frente de los herederos de Juan Gualdrón Vargas.

I

El litigio

1. Mediante escrito de 30 de marzo de 1978, la citada Oliva Barrios de Beltrán demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de San Vicente (Santander) a Anita Ulloa viuda de Gualdrón, en su nombre y como representante legal de su menor hijo legítimo Jaime Gualdrón Ulloa, a Marina Gualdrón de Maldonado, Sofía Gualdrón de Hernández, Isolina, Juan Aurelio y Luis Francisco Gualdrón Ulloa, a todos ellos como herederos de Juan Gualdrón Vargas, en procura de obtener por los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía las siguientes declaraciones y condenas:

Que la demandante, hija natural de Isabel Barrios, lo es también de Juan Gualdrón Vargas; que como tal, tiene derecho a la herencia de éste, en concurrencia con los demandados; que, como consecuencia de la primera de estas declaraciones, se ordene tomar nota del reconocimiento en la partida de nacimiento de la demandante; y que si los demandados se oponen se los condene al pago de las costas procesales.

2. Los hechos que la demandante invocó como constitutivos de la *causa petendi*, quedan sustancialmente sintetizados en las siguientes afirmaciones:

Que durante el segundo y tercer trimestres del año de 1940 Isabel Barrios y Juan Gualdrón Vargas mantuvieron relaciones sexuales continuas; que fruto de esa convivencia fue la procreación de Oliva Barrios, hoy de Beltrán, cuyo nacimiento ocurrió en la población santandereana de San Vicente el 30 de marzo de 1941; que la mentada Isabel, durante el período de tiempo referido, observó buena conducta, "no tuvo relaciones con ningún otro hombre, guardando absoluta fidelidad" a su amante; que desde el nacimiento de la demandante, Juan Gualdrón la trató siempre como hija suya, atendió a su crianza y en esa calidad la presentó a sus relacionados; y que a la muerte del causante, ocurrida en Bucaramanga el 10 de abril de 1977, el Juzgado Civil del Circuito de San Vicente declaró abierto el proceso de sucesión, en el cual reconoció como herederos del finado a todos los aquí demandados.

3. En su oportuna contestación a la demanda, los demandados se opusieron a las súplicas en ella deducidas; y en cuanto a los hechos afirmados, salvo los atinentes a la muerte del causante, y al trámite de su sucesorio, los cuales sí aceptaron, negaron los demás.

En esa misma oportunidad, refiriéndose al certificado de nacimiento de la demandante expedido por el Notario de San Vicente y que se anexó a la demanda, los demandados expresaron su sorpresa ante el hecho de que apareciera tal partida "sentada en el libro de registro civil de nacimientos... correspondiente al año de mil novecientos setenta y siete (1977), y no en el correspondiente al año de 1941".

4. Así trabada pues la relación jurídico-procesal, se continuó luego la ritualidad de la primera instancia con la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes.

Más tarde el juzgado del conocimiento dictó su sentencia de 23 de octubre de 1978, mediante la cual denegó la declaración de paternidad natural solicitada en la demanda, absolvió a los demandados de los cargos que en ésta se les enrostraron, e impuso a la demandante las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación interpuesta contra esa providencia por la parte actora, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el que, en su fallo proferido el 18 de marzo de 1981, confirmó el apelado e impuso a la vencida las costas respectivas.

II

Los fundamentos de la sentencia de segunda instancia

1. Luego de relatar los antecedentes del litigio y de advertir la presencia de los presupuestos del proceso, el Tribunal inicia las consideraciones para proferir su sentencia de mérito, observando, delanteramente, que la demanda inicial trae deducida la pretensión de filiación natural, apoyada, según dicho escrito, en las relaciones sexuales habidas entre el presunto padre y la madre de la demandante, por la época de la concepción de ésta; y en la posesión notoria del estado de hijo.

2. Sobre tal aserto, acomete el *ad quem* en seguida el análisis de todos los medios de prueba incorporados al proceso.

En esta labor ponderativa de la prueba se refiere el sentenciador, en primer lugar, a la declaración rendida por Resurrección Pico de Marín, a la que, luego de transcribirla en sus pasos relevantes, no atribuye valor por estimar que es testimonio de oídas: "Pero todo esto le consta (dice el Tribunal refiriéndose a esta testigo) porque los 'taitas' de Isabel Barrios o Chava Afanador, se lo contaron, pero no porque le conste a ella".

Después de resumir su contenido, el Tribunal asevera que la declaración de Eva Banderas no es digna de credibilidad, porque, explica, "la testigo incurre en flagrantes contradicciones, como decir que no sabe dónde nació Oliva Barrios y posteriormente que fue en Angosturas, llegando hasta el prodigio de recordar la noche en que Isabel Barrios quedó embarazada, el año en que llegó a la finca El Oratorio y el año en que se fue de allí".

Desecha el sentenciador de segundo grado el testimonio de Pablo Antonio Niño Ulloa, porque, a juicio de aquél, éste a Gualdrón "No le conoció novias durante el tiempo que estuvo en Germania", a más de que no le consta si los citados Juan e Isabel "tuvieron relaciones sexuales y no oyó decir que hubieran hecho vida marital".

Tras citar algunos pasos de la declaración de Efraín Gómez, el sentenciador de segundo grado no le atribuye mérito probativo, pues dice que, por razón de la edad que tendría el testigo cuando ocurrieron los hechos sobre los cuales depone, "no le permitía captar hechos de la trascendencia como las relaciones sexuales entre hombre y mujer, esto unido a una sociedad pacata y donde los principios religiosos impedían el acceso a esos actos...".

Por último, después de referirse a muchos otros testimonios, el Tribunal analiza la declaración rendida por Lucrecia Díaz de Orejuela, para decir que a ésta no le consta que los citados Juan e Isabel hubieran hecho vida marital; que "no lo sabe porque ellos vivían en el campo y la testigo no salía del pueblo, tampoco sabe la fecha en que nació Oliva".

3. Apoyándose en el análisis de la prueba testifical, cree el sentenciador, y así lo asevera en su fallo, que en el caso presente no está demostrada ninguna de las dos presunciones de paternidad natural que se invocan en la demanda.

Concretando su conclusión a las relaciones sexuales, dice: "Si analizamos todos y cada uno de los testimonios aportados, concluimos que ninguno de ellos llega a concretar ninguna de esas épocas (alude a las de concepción y nacimiento), salvo la declaración de Eva Banderas, quien dice el mes exacto en que quedó embarazada Isabel Barrios, después de casi 38 años, dice que quedó embarazada en el mes de julio de 1940. Ninguno de los demás testigos indica la fecha del nacimiento de la demandante, para saber si vino a la vida por la época como lo indica el artículo 92 del Código Civil". Añade la sentencia que esos testigos no dan "mayor información sobre el punto de las rela-

cio es sexuales, y especialmente no precisan, de haberse dado éstas, cuándo se iniciaron, durante qué lapso se prolongaron y en qué época concluyeron".

Y proyectando su conclusión general a la invocada posesión notoria, después de aludir a los elementos que la integran, dice el Tribunal de Bucaramanga: "Repasando con detenimiento las declaraciones recibidas, no se encuentra que los testigos, para rendirlas, hayan tenido en cuenta que el presunto padre proveyó a la subsistencia, a la educación y al establecimiento de Oliva Barrios"; que, de otra parte, "los testimoniantes no dan la razón de su dicho, se limitan a decir que oyeron decir que era hija de Gualdrón Vargas, pero sin que les conste que éste hubiera traducido en hechos positivos el trato de hija natural, para que dichos testimonios tengan fuerza legal es indispensable que relaten hechos que les consten, además de que ningún testigo da cuenta que la posesión notoria se haya prolongado por un lapso de cinco años...".

4. Como razón corroborativa de la conclusión a que llega del estudio de la prueba testifical, dice el *ad quem* que la documental practicada tampoco permite saber indubitablemente la fecha del nacimiento de la demandante, ni por ende, la época probable de su concepción.

Explanando su aserción, recuerda la sentencia que según probanzas allegadas a instancia de los demandados, se sabe que el nombre de Bernarda que inicialmente se puso a la demandante, fue reemplazado por el de Oliva, pero por medios legalmente inidóneos. Al efecto, transcribe el oficio de 17 de julio de 1978, dirigido al Juzgado por el Notario de San Vicente, para hacerlo saber que "según Escritura pública número 713 de 3 de octubre de 1977, otorgada en esta notaría en la que se procedió a cambiar el nombre de la registrada, de acuerdo con la partida de bautizo expedida por la parroquia de San Vicente, en la que consta que fue bautizada con este nombre y no el de Bernarda Barrios, como aparece en el Libro de Registro número 1, al folio 285 del año de 1941".

Sobre lo cual razona el Tribunal así: "Bien sabido es que la corrección, sustitución o adición de partidas de estado civil o de nombre, sólo pueden hacerse por resolución judicial, sobre proceso de jurisdicción voluntaria tramitado ante el Juez Civil del Circuito, pero no para el cambio de nombre, sino para ciertos errores de las partidas".

III

El recurso extraordinario

1. Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado interpuso casación la demandante. En la demanda respectiva y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente formula contra dicho fallo un solo cargo.

2. Mediante él lo acusa de infringir indirectamente, por falta de aplicación, el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, ordinales 4º y 6º, 18 de la Ley 45 de 1936 y los textos 1321, 1322, 1323, 398, 399 y 92 del Código Civil, como consecuencia de los errores de hecho evidentes en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de la prueba testimonial.

Dice la acusación, concretando el error in *judicando* que le endilga a la sentencia que combate, que no obstante estar acreditadas con dichas probanzas las dos presunciones de paternidad invocadas, o sea las relaciones sexuales y la posesión notoria, el Tribunal no hizo la declaración de filiación suplicada.

3. Desenvolviendo la censura, asevera el casacionista que el *ad quem* examinó el testimonio de Eva Banderas pero solamente parcialmente, pues no vio que la declarante sí afirma que Isabel Barrios estuvo viviendo en "La Germania", "desde el mes de febrero hasta septiembre de 1940, habiendo salido de ese lugar en estado embarazo"; que "a mediados" de 1940 dicha señora durmió con Juan Gualdrón "en la finca El Oratorio en la casa donde yo vivía", ni vio el Tribunal que la testigo depone "sobre la comunidad de habitación que existió entre Juan Gualdrón Vargas y la madre de mi poderdante", lo que la llevó a testificar "que el embarazo fue en el mes de julio de 1940".

Tampoco tuvo en cuenta el Tribunal de Bucaramanga, agrega el censor, que la declarante Resurrección Pico de Marín expresa que el padre de la demandante es Juan Gualdrón, "porque éste sacó a Isabel Barrios del lado de sus padres; y a mediados de 1940 estaba bajo el poder del presunto padre"; y cuando la volvió a ver "...estaba 'para caer a cama', es decir, próxima a dar a luz".

Continúa la impugnación aseverando que también incurrió en error de hecho el Tribunal en la apreciación del testimonio de Pablo Antonio Niño Ulloa, pues que aquél no vio que éste

afirma que Juan se llevó a Isabel "de ahí del pie de donde nosotros en La Germania y la trajo a vivir por ahí a una casa cerca a la hacienda", lo que autoriza al testigo a decir que aquél es el padre de la demandante, "porque como él se la llevó (alude a Isabel) y como vivió unos ocho o nueve meses con ella, y él no tuvo otra mujer en ese tiempo"; y que dejó de ver que tal declarante expresó "que los vecinos de la región de La Germania lo señalaron como el autor del embarazo de Isabel Barrios...".

Relativamente a la apreciación que el sentenciador hizo de la declaración de Efraín Gómez, dice el impugnador que aquél "ignoró" que éste testificó "las visitas que efectuaba Juan Gualdrón Vargas a Isabel Barrios, a mediados de 1940 y, como consecuencia de ellas, los vecinos de La Germania los tienen como padres" de la demandante, agregando el deponente que "hace aproximadamente 20 años, se dice que Gualdrón es el padre" de Oliva, y que "a más de pagar los gastos del parto, suministró lo necesario para la crianza" de ésta.

Expresa la censura, por último, que el Tribunal "no vio lo dicho por Inerecia Díaz de Orejarena, quien sostiene que Juan Gualdrón Vargas le confesó que era el padre de Oliva Barrios", manifestación que, agrega el censor, si bien "no tiene poder autónomo para generar, por reconocimiento, la condición natural del hijo así presentado... sin embargo, la ley expresamente concede importantes efectos al episodio consistente en que dicho padre, por actos positivos suyos, haya acogido al hijo como propio".

IV

Consideraciones de la Corte

1ª Como aparece del resumen que en lo fundamental se ha hecho de la sentencia impugnada, luego del análisis que de la prueba testifical hace, el Tribunal de Bucaramanga llega a la conclusión, y es ésta la primera razón que da para denegar la declaración de paternidad natural suplicada por la demandante, que no se probó ninguna de las dos presunciones invocadas al efecto. No la primera, dice el fallo, porque dicha prueba no acredita que entre Juan Gualdrón Vargas e Isabel Barrios hubiesen existido relaciones sexuales por la época en que, según el artículo 92 del Código Civil, pudo tener lugar la concepción de Oliva Barrios; ni menos la segunda, agrega, porque no se dan los presupuestos esenciales de la posesión notoria de hijo.

Pero a más de la anterior, otra razón fundamental esgrimió el *ad quem* para sustentar su fallo desestimativo, cual es la de que, según los documentos allegados para demostrar el nacimiento de la demandante, esta fecha no aparece acreditada con certeza, puesto que, explica que negarle mérito demostrativo a la certificación del notario de San Vicente sobre la corrección del acta de nacimiento de Bernarda Barrios, "sabido es que la corrección, sustitución o adición de partidas de estado civil o de nombre, sólo pueden hacerse por resolución judicial, sobre proceso de jurisdicción voluntaria tramitado ante el Juez Civil del Circuito, pero no para el cambio de nombre, sino para ciertos errores de las partidas".

2ª El cargo que aquí se estudia, como aparece del resumen que se ha hecho de él, omite absolutamente impugnar las consideraciones que en punto a los documentos hizo el Tribunal para llegar también a la conclusión negativa que plasma en su sentencia.

Limitada pues, como se halla en verdad la demanda de casación, a impugnar la sentencia del ad quem por el error de hecho en que habría incurrido en la apreciación de la prueba testimonial, de ello tiene que seguirse que la censura resulta incompleta, pues aún en el evento de que los yerros fácticos denunciados existieran, no podría quebrarse el fallo por encontrarse apoyado en una consideración que no ha sido atacada en casación.

Ha sido jurisprudencia constante de la Corte, reiterada ante la exigencia que impone el carácter extraordinario del recurso de casación, la de que cuando el fallo de instancia se apoya en varias consideraciones de orden jurídico, es deber del recurrente, para la prosperidad de la censura, combatirlas todas en el mismo cargo, puesto que la no impugnación de uno o algunos de dichos fundamentos sigue prestándole base firme a la sentencia. "...tratándose de la impugnación por la causal primera —dijo la Corte en su sentencia de 2 de septiembre de 1966 , en cuyo campo es de rigor que se muestre la infracción ya directa, ya indirecta, de la ley sustancial, es preciso que por el recurrente se ataquen todos los fundamentos de derecho de esta especie, sobre cualquiera de los cuales —aunque no hubiese sido expresamente considerado por el inferior—, pudiera la sentencia quedar en pie" (CXVII, Nº 2252, Págs. 244 y 248).

3ª *Pero aún prescindiendo del defecto de técnica apuntado, la impugnación no encontraría*

prosperidad puesto que ella se monta en razones diferentes de las que tuvo el Tribunal para desechar los testimonios.

Estimó el Tribunal, en efecto, que la declaración de Eva Banderas no le merece credibilidad, porque "la testigo incurre en flagrantes contradicciones"; no atribuyó mérito demostrativo a la de Resurrección Rico de Marín al calificarla de oídas, puesto que depone sobre lo que le consta "porque los 'taitas' de Isabel Barrios o Chava Afanador se lo contaron"; los mismos, calificación y tratamiento atribuye al ad quem *al testimonio de Lucrecia Díaz de Orejarena; y cree, para desecharlo por esta consideración, que el de Efraín Gómez no es digno de credibilidad porque narra hechos que habrían ocurrido cuando el declarante tenía apenas siete años de edad, que "no le permitía captar hechos de la trascendencia como las relaciones sexuales entre hombre y mujer, esto unido a una sociedad pacata y donde los principios religiosos impedían el acceso a esos actos...".*

Luego, si el Tribunal de Bucaramanga descartó estas declaraciones por encontrarlas, contradictoria la una, de oídas otras, y en general por no versar sobre hechos de percepción directa de los declarantes, el cargo formulado sobre el aserto cardinal y único de que el ad quem *no apreció tales testimonios en todo su contenido resulta claramente infundado por caer en el vacío. La censura no ataca las razones que el Tribunal esgrimió para descartar la prueba, sino otras diferentes.*

Porque no es evidente que el Tribunal hubiera dejado de ver, alterado o mutilado el contenido de las declaraciones testificales, como lo asevera paladinamente el casacionista, sino que, con apoyo en la regla de la sana crítica, las estimó indignas de credibilidad; y esa apreciación soberana del juzgador no puede modificarse en casación por no haberse atacado en este recurso extraordinario.

4ª *Insistente e invariablemente ha sostenido la jurisprudencia de la Corte que el juzgador de instancia goza de autonomía para apreciar la prueba testimonial; y que ante esa facultad de apreciación, no corresponde a la Corte pronunciar nuevas o distintas conclusiones oficiosamente, sino sólo cuando la estimación de ese sentenciador resulte, como lo dice la previa impugnación correspondiente, contraria evidentemente a la naturaleza y realidad misma de los hechos que las pruebas demuestran.*

Y ha dicho la jurisprudencia, además, que el impugnante puede tener un criterio de apreciación distinto del aplicado por el Tribunal; pero mientras éste no degenere ostensiblemente en arbitrariedad, no puede casarse el fallo para proferir otro distinto, simplemente porque aquél, al ensayar un análisis sutil y más severo de los testimonios, no esté de acuerdo con el modo como el juez apreció los hechos.

Por lo dicho, se rechaza la censura.

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, no casa la sentencia de fecha trece (13) de marzo pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este proceso ordinario.

Las costas del recurso extraordinario son de cargo de la recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Ricardo Uribe-Holguín, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Alfonso Guarín Ariza, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Nogrelli
Secretario.

RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Requisitos para que la acción prospere. Excepción de contrato no cumplido. Obligaciones pactadas bajo condición: sólo pueden exigirse una vez que se haya verificado la condición. A la demandante que alega el incumplimiento de los demandados corresponde justificar su propio incumplimiento, a fin de evidenciar la mora de éstos.

COSA JUZGADA MATERIAL

La sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada material adquiere el carácter de definitiva e inmutable y no puede ser desconocida mediante el recurso extraordinario de casación. Aunque dos procesos sean de distinta naturaleza puede existir identidad de partes, de objeto y de causa.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrada Auxiliar: doctora
Helena Gutiérrez R.

Bogotá, D. E., 29 de octubre de 1981.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha de 26 de noviembre de 1980, en el proceso ordinario seguido por Laura María Salazar de Jácome, frente a Fernando Arenas Díaz y María Victoria Arenas de Ordway.

Antecedentes

1. Mediante Escritura pública número 6457 de 18 de septiembre de 1972, otorgada ante el Notario Sexto del Círculo de Bogotá, en cumplimiento de la promesa de compraventa, celebrada el 7 de junio del mismo año, Laura María Salazar de Jácome vendió a María Victoria Arenas de Ordway y Fernando Arenas Díaz, quien obró en representación de la anterior, por partes iguales, la finca rural de nombre "Guadalajara", situada en el Municipio de Cota, Departamento de Cundinamarca, con una extensión aproximada de treinta y tres hectáreas (33 Has.), comprendida entre los linderos que quedaron consignados en el referido instrumento.

2. El precio de la venta acordado en el contrato fue de un millón doscientos veinticinco mil pesos ($ 1.225.000.00) moneda corriente, suma que los compradores se comprometieron a pagar, por partes iguales, en la forma indicada en la cláusula 3ª de la escritura en mención, advirtiéndose en su ordinal "d" que los mismos se obligaron a entregar a la vendedora doscientos veinticinco mil pesos ($ 225.000.00) moneda corriente, el día 12 de marzo de 1974, correspondientes a la última cuota del valor del inmueble objeto del contrato.

3. En el parágrafo primero de la precitada cláusula 3ª se obligaron igualmente los compradores a pagar a la vendedora en su casa, dentro de los cinco primeros días de cada mes, por mesadas anticipadas, un interés del 1% mensual sobre los saldos pendientes a la firma de la escritura memorada.

4. Se estipuló en la cláusula 4ª del mismo instrumento "que son por cuenta de la vendedora los gravámenes o tributos correspondientes a obras hechas con anterioridad a esta fecha, como el de la valorización de la Autopista de Medellín, y que se obliga a tenerlos cancelados como requisito previo para recibir la última cuota de que habla la cláusula 'tercera' de este instrumento, salvo el caso de que no haya sido resuelta en ese momento la reclamación formulada por la vendedora contra la liquidación de

dicho impuesto, pues en tal caso los compradores cancelarían esta última cuota en dicha fecha quedando a cargo de la vendedora el pago del valor que arroje la liquidación definitiva del impuesto".

5. La obligación del pago del impuesto de valorización mencionada en el aparte anterior, se cumplió el 8 de mayo de 1974, como consta en el recibo número 08197 (folio 1, cuaderno principal), expedido por la correspondiente oficina.

6. Los señores Fernando Arenas Díaz y María Victoria Arenas de Ordway incumplieron lo pactado en el contrato de compraventa citado, al no haber pagado oportunamente la cuota indicada en el punto segundo de esta relación, ni los intereses convenidos sobre los saldos pendientes a que se refiere el punto tercero de la misma, desde el mes de febrero hasta el 20 de noviembre de 1974. Fecha esta última en que se promovió la acción judicial de primera instancia.

El litigio

1. Mediante escrito repartido el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, y con base en los hechos previamente consignados, Laura María Salazar de Jácome demandó a María Victoria Arenas de Ordway y a Fernando Arenas Díaz, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

Primera: Que se decrete la resolución del contrato de compraventa celebrado entre Laura Salazar de Jácome por una parte y María Victoria Arenas de Ordway y Fernando Arenas Díaz por la otra, mediante la escritura número 6457 de septiembre 18 de 1972, otorgada ante el Notario Sexto del Círculo de Bogotá, "en razón del incumplimiento de las obligaciones a cargo de la parte demandada".

Segunda: Que se condene a los demandados por la indemnización de los perjuicios causados a la demandante con el incumplimiento de las obligaciones pactadas en la referida escritura.

Tercera: Que se condene a la parte demandada al pago de las costas del proceso.

En subsidio de la petición principal, pidió la parte actora que se decretara la rescisión del contrato aludido, "en razón a que el precio de venta fue inferior a la mitad del justo precio de la cosa vendida".

2. Al contestar la demanda cada uno de los demandados se opuso, en escrito separado, a las pretensiones de la parte demandante, negando algunos hechos, aceptando otros y afirmando sobre los demás que por no constarles se atienen a lo que resulte probado. Fuera de pedir pruebas, no hicieron aquellos solicitud alguna ni propusieron excepciones de mérito o de fondo.

Habiéndose planteado en el curso de la instancia la excepción previa de pleito pendiente por la demandada María Victoria Arenas de Ordway, en virtud de la demanda de pago por consignación promovida por ella misma contra Laura Salazar de Jácome, ante el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, el juez del conocimiento resolvió el incidente declarando no probada dicha excepción y disponiendo, en cambio, la suspensión del proceso ordinario al considerar que la decisión de aquél en cuanto a la validez del pago, por versar sobre los mismos hechos y las mismas partes del caso *sub lite*, influiría en su propia sentencia, dando así aplicación a los principios de prejudicialidad a que se refieren los artículos 170 y 172 del Código de Procedimiento Civil.

Terminó la primera instancia del proceso de pago por consignación con providencia de 20 de octubre de 1977, la cual declaró válido tal pago, ordenó la entrega del dinero consignado a la demandada, declarando así cancelada la obligación que existía a su favor y en contra de la demandante y decretando, por lo tanto, cancelada la hipoteca constituida en la Escritura 6457 tantas veces citada, sobre la finca rural "Guadalajara".

Contra esta sentencia interpuso apelación la parte demandada, recurso que resolvió el Tribunal Superior de Bogotá, revocándola "ya que el pago se ofreció estando la deudora en mora y cuando estaba pendiente la decisión de la acción de resolución del contrato por incumplimiento, sin que haya prueba ni de la negativa de la demandada a recibir el pago ni de la imposibilidad de la demandante a efectuarlo", negando todas y cada una de las pretensiones de María Victoria Arenas de Ordway contra Laura María Salazar de Jácome y no aceptando consecuencialmente el pago por consignación de la primera en favor de la segunda.

Reanudóse luego el proceso ordinario para culminar con la sentencia de mayo 18 de 1979 del Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual se despacharon desfavorablemente las súplicas principales de la demanda y favorablemente las subsidiarias.

Apelada por ambas partes la decisión del juzgado y surtido el segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió la sentencia de 26 de noviembre de 1980, con la que revocó la del *a quo* y dispuso lo siguiente:

"1º Revocar la sentencia apelada por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"2º Como consecuencia se dispone:

"a) Decretar la resolución del contrato de compraventa suscrito entre Laura María Salazar de Jácome, como vendedora, y María Victoria Arenas de Ordway y Fernando Arenas Díaz, como compradores, y contenido en la escritura número 6457 de septiembre 18 de 1972, otorgada en la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá, por incumplimiento de los compradores;

"b) Como consecuencia a lo resuelto en el numeral anterior, la vendedora devolverá a los compradores la suma total recibida como pago del inmueble vendido más intereses legales a partir de esta sentencia, suma que podrá compensarse con lo que resulte a cargo de los compradores al liquidar los perjuicios. A su vez los compradores devolverán el inmueble a la vendedora si hubiese sido recibido por aquéllos. Para las prestaciones mutuas se tendrán a los tratantes como de buena fe;

"c) Condenar a la parte demandada a indemnizar a la demandante los perjuicios que le fueron causados por el incumplimiento del contrato a que alude el numeral primero de la parte resolutiva de esta providencia.

"Como no se concretizaron, la condena se hace en abstracto para que sea regulada conforme al artículo 308 del Código de Procedimiento Civil;

"d) Condenar a la parte demandada al pago de las costas de las dos instancias. Tásense por el Tribunal y el juzgado del conocimiento".

La sentencia acusada

En consideración a que la pretensión principal de la actora en su demanda, es la resolución del contrato de compraventa por el incumplimiento del pago en la forma pactada en la Escritura número 6457 de 18 de septiembre de 1972, por parte de los compradores demandados, el Tribunal inicia su análisis transcribiendo la cláusula 3ª del susodicho contrato, para concluir de las pruebas allegadas al proceso "que es un hecho incuestionable que la parte demandada, por la época en que fue presentada la demanda, 20 de noviembre de 1974, no había cancelado aún la cuota de $ 225.000.00 que debía haber sido solucionada conforme a lo pactado dentro del acuerdo de voluntades, el 12 de marzo de 1974".

Continúa diciendo, que el aserto anterior se ve reforzado probatoriamente con el proceso de pago por consignación adelantado por la demandada María Victoria Arenas de Ordway contra la demandante Laura María Salazar de Jácome, en el que se observa que la correspondiente demanda fue presentada el 21 de febrero de 1975, meses después de la que originó el proceso que ahora se ventila. Agrega además, que posteriormente el demandado Fernando Arenas Díaz "coadyuvó e hizo suya la demanda de pago por consignación presentada por María Victoria Arenas de Ordway".

Estima el sentenciador que lo hasta aquí expuesto, "es suficiente para que se dé despacho favorable a la pretensión principal contenida en el libelo introductorio", pero que como "a través del proceso, en especial, en el alegato de conclusión presentado por la parte pasiva, se insiste en no pretenso incumplimiento por parte de la demandante", debe entrar a estudiar el punto planteado. A este respecto aclara que la decisión del *a quo*, como éste lo afirma, no obedeció a que se hubiera propuesto la excepción de contrato no cumplido, "pues, ello se hizo en forma extemporánea (tan sólo en el alegato de conclusión), sino porque conforme al artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, tal hecho configura una de aquellas excepciones que, de encontrarse demostradas, deben ser reconocidas oficiosamente por el juzgador".

Transcribe luego el Tribunal la cláusula 4ª del contrato en mención, de la que se deriva el pretendido incumplimiento de la demandante, para expresar a continuación que: "De lo puntualizado en la cláusula cuarta y por la claridad de su concepción se deduce, que:

a) La vendedora se obliga a cancelar todos los gravámenes por obras realizadas con antelación al 12 de marzo de 1974;

b) Que eso es un requisito para poder exigir el pago de la cuota que se vencía el referido día por la suma de $ 225.000.00;

c) Que tal requisito previo no se exige si para esa fecha (marzo 12 de 1974), no ha sido

resuelta la reclamación formulada por la vendedora contra la liquidación del impuesto de valorización por la construcción de la Autopista a Medellín;

d) Que si no ha sido resuelta la reclamación para el 12 de marzo de 1974, los compradores cancelarán la cuota de los $ 225.000.00, y

e) Que de todas maneras la vendedora cancelará el valor que arroje la liquidación definitiva del impuesto, obviamente realizada después de la fecha antes veces mencionada".

Manifiesta el *ad quem* a propósito de las anotadas deducciones, que para que prospere la excepción de contrato no cumplido se necesitaría que la demandante no hubiera cancelado el impuesto de valorización para el 12 de marzo de 1974, "y siempre y cuando se demuestre que para tal fecha ya se hubiera decidido, por la administración distrital, la reclamación elevada por la vendedora contra la liquidación de dicho impuesto". Para el efecto, dice, "dentro del expediente ha debido obrar esa prueba, o sea, copia de la decisión administrativa resolviendo con fecha anterior la reclamación (al 12 de marzo de 1974...)...

"Pero, como tal probanza se echa de menos, como *así mismo* sucedió dentro del proceso de pago por consignación, la pretendida excepción no se encuentra demostrada y por ende debe concluirse que la parte pasiva no logró enervar las pretensiones de la actora".

Concluye el sentenciador, de todo lo expuesto, que la sentencia acusada debe ser infirmada y decretada la pretendida resolución y las demás peticiones consecuenciales contenidas en el libelo de la demanda, condenando así mismo a la parte demandada al pago de las costas de ambas instancias.

El recurso extraordinario

Contra la sentencia de segundo grado formula la parte demandada un cargo única con base en la causal primera de casación, que la Corte procede a despachar.

Cargo única

Así se presenta por el recurrente:

"La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial: artículos 1546, 1930, 1932, 1606, numeral 1º del Código Civil, por aplicación indebida; y los artículos 1608, numeral 3º; 1609, 1530 y 1540 a 1541 del mismo código, por falta de aplicación; de resultas de error evidente de hecho en la apreciación de la Escritura número 6457 de 1972, de los hechos de la demanda, del recibo de caja del folio 1, del cuaderno 1º..., y de la confesión y la conducta procesal de la demandante".

En desarrollo de la censura manifiesta el impugnante, que la razón que llevó al Tribunal a acoger la pretensión principal de la demanda, aunque no la única, fue la errada apreciación de las cláusulas tercera y cuarta de la Escritura número 6457 de 13 de septiembre de 1972, con la cual se celebró el contrato de compraventa, cuya resolución fue decretada. Esto, por cuanto con la sola transcripción de la tercera, en la que se estipuló que la última cuota del precio del inmueble por valor de $ 225.000.00 debía ser pagada el 12 de marzo de 1974, y la afirmación que el 20 de noviembre del mismo año, fecha de la presentación de la demanda, no se había cancelado dicha cuota, y sin consideración alguna a lo pactado en la cláusula cuarta, concluyó el sentenciador que debía darse desenlace favorable a la petición de la demandante.

Continúa diciendo, a propósito de las excepciones, que el *ad quem*, "dando por sentada, lo repito, la mora - incumplimiento de los compradores demandados con pie en la mera lectura de la cláusula tercera, es decir, con una apreciación recortada del contrato, o contrariedad de lo ordenado por el artículo 1622, inciso primero, Código Civil, y a pesar de la protuberancia, pertinencia e ineludibilidad del texto de la cláusula cuarta, entra a examinarla, con inferencias contradictorias y conclusiones reñidas con el tenor y el espíritu de dicha cláusula".

Transcribe luego los apartes pertinentes de las cláusulas tercera y cuarta, para expresar que "si bien el saldo del precio se pagaría por cuotas y que la última de éstas debían pagarla los compradores el día 12 de marzo de 1974, la exigibilidad y, por ende, la mora eventual en el pago de tal remanente..." quedaba condicionada a que la vendedora tuviera cancelados para entonces los gravámenes o tributos correspondientes a las obras ejecutadas con anterioridad a la venta, entre ellos el de valorización de la Autopista a Medellín, salvo el caso que para ese día, 12 de marzo de 1974, no se hubiera resuelto aún la reclamación presentada por ella ante las autoridades administrativas contra la liquidación de dicho impuesto, "evento en el cual los compradores le habrían de pagar la

última cuota en esa oportunidad, sin perjuicio de la obligación de la vendedora de cancelar el valor que llegare a arrojar la liquidación definitiva del 'impuesto'".

Deduce de lo anterior, que para que dicho saldo fuera exigible el 12 de marzo de 1974 y, por tanto, para que los compradores se colocaran en mora, se había establecido una condición alternativa: la cancelación por parte de la vendedora de todos los impuestos o gravámenes por obras anteriores al contrato, en especial el de valorización de la Autopista a Medellín, o que para esa fecha no se hubiera resuelto su reclamación contra la liquidación correspondiente, en cuyo caso los compradores debían pagar ese saldo en el plazo estipulado, quedando la vendedora obligada a cancelar la suma que resultara de la liquidación hecha por la administración.

En consecuencia, continúa el censor, "la vendedora no podía recibir, como tampoco exigir esa última cuota el 12 de marzo de 1974 sin haber cubierto el valor total de los gravámenes o tributos, en especial el impuesto de valorización, a menos que para esa fecha no hubiera sido resuelta todavía su reclamación. O lo que es igual: que los compradores no tenían por qué pagar ese día la cuota final del precio, sino contra la prueba del cumplimiento de la condición suspensiva alternativa de cargo de la vendedora; o del pago de la liquidación definitiva, en el supuesto de que para entonces hubiera sido resuelta ya la reclamación, o del hecho de la subsistencia de la contención sobre el monto del gravamen por no haber decidido la administración aún ese reclamo".

Concluye de lo dicho, que la vendedora no podía exigir ese saldo, ni demandar la resolución del contrato, por no habérsele pagado la cuota el día acordado, con la sola afirmación de no haberlo recibido, pues ello dependía del cumplimiento de la condición alternativa pactada, a la cual se hizo referencia. De manera que para considerar como deudores morosos a los compradores al no haber pagado a la vendedora la cuota final el 12 de marzo de 1974, "y, por ende, se puede estimar presente el supuesto de hecho de los artículos 1946 y 1930, Código Civil, es preciso que aparezca demostrado uno cualquiera de los dos hechos alternativamente contemplados como condición de la exigibilidad de esa obligación el día indicado".

Y de acuerdo con los principios de la carga probatoria, sostiene el recurrente, es a la demandante a quien le correspondía demostrar el incumplimiento de los demandados, probando, a la vez, que para la fecha convenida ella ya había cancelado sus obligaciones con la Administración o que ésta no le había resuelto su reclamación.

Al analizar en seguida cuál era la situación el 12 de marzo antes citado, refiere que "A folio 1 del cuaderno 1º obra el 'recibo de caja número 03197' (cfr. Fol. 3, c. 3º), expedido por la Oficina Departamental de Valorización, con 'fecha mayo 8 de 1974', por la 'obra: Autopista a Medellín', por $ 49.398.59, en abono; recibidos de Salazar v. de Jácome Laura María, cheque número 1191447 del Banco de Bogotá, por el predio Guadalajara, lote 1-A, ficha catastral 00-0-004-104, Municipio de Cota, con las siguientes *'Observaciones'*: No se expedirá paz y salvo hasta tanto se cancelen los intereses causados, los cuales suman en la fecha $ 31.226.96'. Este recibo fue acompañado a la demanda, aparece relacionado en ella (punto 3º, Fol. 12 cto., del c. 1º) y ordenado tener como prueba en auto de 15 de septiembre de 1978".

Da cuenta a continuación, que la demandante en el hecho 5º de su libelo (c. 1º, Fol. 12), después de reconocer que, según lo acordado en la cláusula cuarta de la escritura, ella debía tener cancelados los cargos de valorización de la Autopista a Medellín, como requisito previo para recibir la última cuota, "sostiene que éste fue un requisito que para el 9 de mayo de 1974 se reconoció como cumplido por la parte demandada".

Observa luego que "la demanda nada dice acerca de si para el 12 de marzo de 1974 la Administración había ya resuelto la reclamación de la vendedora contra la liquidación del gravamen o estaba aún pendiente de decisión". Que en la misma demanda no se alega incumplimiento por no haberse pagado la última cuota en la fecha convenida, exigible por no haberse resuelto dicha reclamación, sino que se hace consistir en que aunque la parte demandada conoció que para el 9 de mayo de 1974 ya se había cumplido el requisito previo para el pago de esa última cuota, no la pagó entonces.

Anota que la Finca Guadalajara, como se lee en la Escritura 6457, se compone de dos lotes: "Guadalajara lote número 1-A, de 12 fanegadas, y Guadalajara lote número 1-B, de 38 fanegadas; y como aparece en los anexos de la escritura, el lote Guadalajara 1-A está inscrito en el Catastro bajo el número 00-0-004-104, coincidente con la identificación del recibo de caja del 8 de mayo de 1974".

Al referirse al interrogatorio de parte, observa que la demandante al contestar la séptima pregunta afirmó que quien se había atrasado en el pago del impuesto de valorización no era ella, sino el demandado Fernando Arenas, que "se comprometió a pagar esos impuestos y arreglar conmigo posteriormente para quedar al día...". Que a la respuesta novena contestó que por la misma razón de la anterior no sabía en qué fecha había quedado cancelado ese gravamen, y que en la décima aceptó que los compradores le ofrecieron el pago del saldo y que ella lo rechazó.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, el censor insiste en sostener que la demanda resolutoria se funda en el incumplimiento de los demandados, quienes, a pesar de haber sabido que el 9 de mayo de 1974 ya se había cancelado el valor del gravamen de valorización, que debía haberse cumplido el 12 de marzo del mismo año, no cubrieron la cuota final; que la demandante no afirmó ni siquiera insinuó que para el 12 de marzo de 1974 la Administración no hubiera resuelto aún su reclamación; que para la misma fecha no se había pagado el citado gravamen, lo que se hizo el 9 de mayo, sin que se conozca si el pago de los intereses de $ 31.226.96 se efectuó; que la demandante confiesa en la demanda y en el interrogatorio de parte, que el 12 de marzo tantas veces mencionado, no había satisfecho su obligación para la exigibilidad de la última cuota del precio y que se ignora si la finca rural Guadalajara, en sus dos lotes, está a paz y salvo por concepto de la valorización causada antes a la venta de 1972.

Después de las consideraciones hechas, el recurrente ataca la sentencia al manifestar que: "No obstante todo lo anterior, el Tribunal alegremente va diciendo que debe decretarse la resolución por incumplimiento de los demandados, porque ellos no pagaron la última cuota el 12 de marzo de 1974... y porque no aparece que la demandante vendedora no hubiera cumplido o satisfecho lo de su cargo, como quiera que no se probó, habiendo debido probarse por los demandados, que la reclamación contra la liquidación del gravamen de valorización ya había sido resuelto para el 12 de marzo de 1974 o 'para ser aún más exigentes'" que fue resuelta ese mismo día.

Dice a propósito de lo que antecede, que la primera conclusión riñe con lo estipulado en la cláusula cuarta del contrato, y que "sólo pudo asentarse en el desconocimiento o la ignorancia de ese aparte del contenido negocial. Error de hecho evidente en la apreciación de la copia de la Escritura 6457 de 18 de septiembre de 1972 y quebranto del inciso final del artículo 1622 del Código Civil". Y en cuanto a la segunda conclusión afirma que "parte de una apreciación desatinada e insostenible de la cláusula cuarta, como también de los hechos mismos de la demanda y de desconocimiento o ignorancia de lo afirmado en ellos, del recibo de caja del folio 1 del C. 1º y de las respuestas séptima y novena de la demandante al interrogatorio de parte que se le formuló dentro del proceso".

Reitera el censor sus anteriores planteamientos sobre la condición alternativa que debía cumplir la vendedora para que la última cuota del precio fuera exigible y su no pago en la fecha acordada por parte de los compradores diera lugar a constituirlos en mora, y en consecuencia, a la resolución del contrato a petición de aquélla, para luego afirmar que la vendedora en mención, no cumplió el requisito de pagar el gravamen para el 12 de marzo de 1974, como quedó demostrado con el abono que hizo el 6 de mayo siguiente de lo debido por el lote Guadalajara número 1-A. Agrega que sobre éste quedaron pendientes unos intereses, sin que se sepa si fueron cancelados y que aún en el caso de haberse hecho, no se tiene información si se hizo el pago del gravamen por el lote Guadalajara número 1-B, el que también debía quedar cubierto antes de la referida fecha por ser parte de la misma venta. Y respecto a la segunda condición para que la última cuota del precio fuera exigible ese día, o sea que la Administración no hubiera resuelto la reclamación pendiente, dice que no fue invocada por la demandante en su libelo ni aparece demostrada en el proceso, por lo cual tampoco se cumplió ese requisito para poder exigir el saldo.

Manifiesta el casacionista que el raciocinio del Tribunal "es equivocado y contradice flagrantemente la cláusula cuarta del contrato" al afirmar que "'el incumplimiento de la parte demandante, para que prospere la excepción de contrato no cumplido, sólo se presenta en el evento de que ella no hubiera cancelado el 12 de marzo de 1974 el impuesto de valorización, siempre y cuando demuestre que para tal fecha ya se hubiera decidido por la administración la reclamación elevada por la vendedora', de donde concluye que 'en el expediente debía obrar esa prueba': la de que para entonces la administración ya había decidido el recurso, y que no

hallándose presente la excepción ha de desecharse". Para fundamentar esta aseveración expresa que al interpretar la cláusula cuarta, el *ad quem* pierde de vista que la condición alternativa era de cargo de la vendedora, por lo cual ella debía probar la cancelación del gravamen o el silencio de la administración, y que además pasa por alto que la demanda no se funda en la falta de pago, a pesar de que no se había resuelto la reclamación, sino en que los demandados no pagaron el saldo del precio, no obstante haber conocido que para el 9 de mayo de 1974 la demandante había cancelado el valor del gravamen, después de vencido el plazo acordado para tal efecto.

Luego dice que por razón de los yerros denunciados, "la obligación resultó contraída a día cierto y determinado y con exigibilidad apenas subordinada al pago del monto liquidado en definitiva para entonces, habiendo quedado obligados los compradores a pagar el 12 de marzo de 1974 la cuota final del precio, *a menos de que ellos probaran que para entonces la Administración no había resuelto la reclamación formulada por la vendedora...*".

Concluye el censor de todo lo por él expuesto, que el 12 de marzo de 1974, día del vencimiento del plazo, no fue exigible el pago del saldo del precio y por lo mismo era inaplicable el principio contenido en el numeral 1º del artículo 1610 del Código Civil, de *dies interpeiat pro homine*, o sea que los compradores no quedaron en mora por el sólo transcurso del tiempo, y que ellos continuaron debiendo el saldo del valor del bien "pero sin término", pues únicamente estaban obligados a pagar en la fecha convenida en el evento de que la vendedora cumpliera una de las condiciones alternativas previstas en el contrato y como esto no se dio, "el plazo expiró sin que su recorrido hubiera significado la exigibilidad de la obligación". Para casos como este de obligación a término cierto pero indeterminado, dice, "la ley previene el requerimiento judicial en el numeral 3º del artículo 1608 del Código Civil". Sería necesario entonces que la acreedora hubiera pedido y obtenido ese requerimiento o reconvención judicial a los deudores para determinar la oportunidad del cumplimiento, así como para constituirlos en mora, si en este último plazo no abonaban la obligación.

Con fundamento en los anteriores razonamientos estima el censor violadas las normas citadas en el encabezamiento del cargo, por error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas referidas.

Se considera

1. De lo estipulado en las cláusulas tercera y cuarta del contrato de compraventa, celebrado mediante escritura 6457 de 18 de septiembre de 1972, se deducen las siguientes conclusiones:

a) Que el saldo del precio por valor de $ 225.000.00 debía ser pagado por los compradores a la vendedora el 12 de marzo de 1974;

b) Que los saldos de las cuotas canceladas causaban un interés del 1% mensual, pagadero dentro de los cinco días primeros de cada mes a la vendedora;

c) Que los impuestos, tributos y gravámenes sobre las obras anteriores a la fecha de la venta y el de valorización por la Autopista a Medellín, eran de cargo de la vendedora, quien se comprometía a pagarlos antes del 12 de marzo de 1974, como requisito previo para recibir la última cuota del precio o para que esa obligación fuera exigible. Pero en el evento de que para ese día la administración no hubiera resuelto la reclamación elevada por la demandante contra la liquidación del impuesto, no pudiéndose por tanto cumplir tal requisito, los compradores pagarían el saldo en mención, quedando la vendedora comprometida a cancelar dicha liquidación.

2. *Como es bien sabido, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1546 del Código Civil y con fundamento en el principio de igualdad de las partes, "en los contratos bilaterales se entiende la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".*

Significa esta disposición que cuando se celebra un contrato bilateral cada una de las partes se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer algo, bajo la condición de que ésta, a su vez, cumpla con su compromiso, por manera que si una de ellas lo incumple, lo cumple imperfectamente o se retarda en hacerlo (Art. 1613 C. C.), da lugar a que quien ha cumplido o se ha allanado a hacerlo pueda acogerse a una de las acciones a que se refiere la citada norma.

Son así dos los requisitos necesarios para que esta acción prospere; que el contratante contra

el cual se demanda haya incumplido lo pactado por él y que el que la propone haya cumplido su compromiso o se haya allanado a hacerlo y, en consecuencia, no esté en mora.

En cuanto al contrato de compraventa la Corte en una de sus doctrinas dice: "La acción resolutoria consagrada por el artículo 1546 del Código Civil que se extiende a todos los contratos bilaterales, está además establecida de una manera especial en el Código, en el contrato de compraventa, tanto para el vendedor como para el comprador, al tenor de los artículos 1882, 1883 y 1930... A su turno, el comprador constituido en mora de pagar en el lugar y tiempo convenidos, capacita al vendedor para ejercer la acción resolutoria o demandar el pago del precio. Sólo pueden enervarse estas acciones cuando, en el caso del artículo 1882, el comprador está en mora de cumplir su obligación y cuando en el del 1930, el vendedor no ha cumplido con las que le corresponde, porque el principio del artículo 1609 del Código Civil se aplica, como es alivio, a todos los pactos bilaterales. ...Por otra parte, las reglas que rigen las obligaciones condicionales, modales, alternativas, etc., deben ser tenidas en cuenta al estudiar la acción resolutoria, pues es preciso considerar las estipulaciones y modalidades del pacto, cuya resolución se demanda" (XLVIII, 104).

3. El precitado artículo 1609 consagra expresamente la excepción de contrato no cumplido, según la cual ninguno de los partes puede demandar a la otra para exigirle el cumplimiento o la resolución del contrato, si no ha cumplido con sus propias obligaciones. Pero si lo hace así, la parte demandada, que por lo mismo no se encuentra en mora, puede oponer la excepción de incumplimiento.

4. En las obligaciones pactadas bajo condición, o sea cuando ellas dependen de un hecho futuro que puede suceder o no, su cumplimiento sólo puede exigirse una vez se haya verificado la condición totalmente, como lo dispone el artículo 1542 del Código Civil. Por lo tanto, si en el contrato de compraventa se ha convenido que el pago del precio depende de la ocurrencia de un hecho futuro e incierto, aquél sólo podrá ser exigible cuando éste haya tenido lugar. Y en el caso de cumplirse la condición, si el comprador no paga, para ser constituido en mora, deberá reconvenirse de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1608, numeral 3º, ejusdem.

5. Expuesto lo anterior debe procederse a establecer si el Tribunal, como lo manifiesta el censor, hizo una errada apreciación de las cláusulas tercera y cuarta de la escritura número 6457 de 18 de septiembre de 1972, al despachar favorablemente la pretensión principal de la demanda con la sola lectura de la tercera, dando luego a la cuarta una interpretación contradictoria y reñida con el verdadero sentido de su texto y sin tener en cuenta su estrecha e ineludible relación con aquélla, desconociendo lo ordenado por el artículo 1622 del Código Civil.

Se sigue de lo pactado en las cláusulas en mención, que los compradores se comprometían a pagar a la vendedora el precio del inmueble de $ 1.225.000.00 en varias cuotas y que la última de ellas, por valor de $ 225.000.00, debía, en principio, ser entregada el 12 de marzo de 1974; así mismo a cubrir los intereses del 1% mensual sobre los saldos pendientes dentro de los cinco primeros días de cada mes. La vendedora, por su parte, se obligaba a tener cancelados todos los gravámenes y tributos correspondientes a las obras hechas con anterioridad a la venta, entre ellos el de la Autopista a Medellín, como requisito previo para recibir o poder exigir el pago de la última cuota antes citada, salvo el caso que no se hubiera resuelto en ese momento la reclamación contra la liquidación del impuesto formulada por ella misma.

6. Cabe anotar, en primer lugar, que las obligaciones fueron estipuladas a plazo en cuanto a las fechas fijadas para su cumplimiento, tanto para la vendedora, que debía tener cancelados los gravámenes sobre la propiedad objeto del contrato para el 12 de marzo de 1974, como para los compradores a cuyo cargo estaba el pago de la cuota final del precio en la misma fecha, así como el pago de los intereses del 1% dentro de los cinco primeros días de cada mes.

En segundo lugar, que la obligación de pagar la última cuota del precio el 12 de marzo de 1974, quedó sujeta a la ocurrencia de un hecho futuro e incierto, como era la cancelación de los gravámenes por la vendedora en el evento de que para entonces se hubiera resuelto la reclamación que ella había elevado contra la liquidación del impuesto. Pero si para esa fecha la administración no hubiera tomado ninguna decisión al respecto, los compradores tendrían que pagar esa cuota, quedando a cargo de la vendedora el pago de dichos gravámenes en su debida oportunidad.

Se deriva así de lo acordado en el contrato, que la obligación para la vendedora era la de tener pagados los gravámenes el 12 de marzo

de 1974, siempre que se hubiera resuelto su reclamación, y para los compradores, el pago de la cuota final del precio en la fecha tantas veces citada, salvo que para entonces aquélla no hubiera pagado esos gravámenes, en caso de haberse resuelto dicha reclamación.

7. En su demanda pidió la actora se decretase la resolución del contrato de compraventa, celebrado mediante la Escritura número 6457 memorada "en razón al incumplimiento de las obligaciones a cargo de la parte demandada". Fundamentó su petición en que los compradores no pagaron la última cuota del precio por $ 225.000.00 el 12 de marzo de 1974, fecha acordada para ese efecto en la cláusula tercera de la escritura; en que para el 9 de mayo de 1974 aquéllos habían conocido que la vendedora ya había pagado los gravámenes a que se había comprometido en la cláusula cuarta y en que la parte demandada había incumplido el contrato de compraventa al no pagar oportunamente la cuota final del precio, ni los intereses causados desde febrero de 1974 hasta la fecha en que se presentó la demanda, noviembre 20 de 1974.

Es evidente, como lo aceptaron las partes y como lo dedujo el Tribunal de las pruebas allegadas al proceso, que los demandados no pagaron la cuota de $ 225.000.00 el 12 de marzo de 1974, de acuerdo con lo pactado en la cláusula tercera de la mencionada escritura, cuota que aún no habían cubierto para el 20 de noviembre del mismo año, fecha en que se inició el caso *sub lite*.

Lo anterior aparece reforzado además, como también lo manifestó el *ad quem* en su fallo, con las copias del proceso de pago por consignación instaurado por la demandada María Victoria Arenas de Ordway el 21 de febrero de 1975, contra la demandante en este litigio, Laura Salazar de Jácome, ofreciéndole el pago de la última cuota de $ 225.000.00 que le adeudaba, junto con los intereses atrasados. El otro demandado Fernando Arenas Díaz, se adhirió al citado proceso posteriormente, reconociendo así la deuda que tenía con la parte actora.

Por lo que a la demandante se refiere, se estableció que para el 12 de marzo de 1974 ella no había cancelado el valor de los gravámenes debidos sobre el predio objeto del contrato, pues como se deduce del hecho 6º de la demanda y del recibo número 03197, expedido por la Oficina Departamental de Valorización de Cundinamarca, ello sólo se hizo el 9 de mayo siguiente.

No aparece tampoco probado en los autos, como lo afirma el censor, que para la fecha en que los compradores debían pagar el saldo de su deuda, la administración hubiera o no resuelto la reclamación a que se ha venido haciendo referencia, prueba indispensable para decidir el litigio. En el primer evento tendría que prosperar la excepción de contrato no cumplido, pues la demandante, como ya se dijo, no pagó los gravámenes con anterioridad al 12 de marzo de 1974, requisito acordado para que la obligación de los demandados fuera exigible ese día. En el segundo caso, el juzgador habría tenido que dar despacho favorable a las pretensiones de la demanda, decretando la resolución del contrato por el incumplimiento de los compradores, como en efecto lo hizo, a pesar de no existir tal prueba.

8. Visto lo anterior y teniendo en cuenta que es la demandante quien alega el incumplimiento de los demandados, como causa de la resolución del contrato que pide, es justamente a ella a quien correspondía demostrar que para la fecha tantas veces citada, el Departamento de Valorización de Cundinamarca no había resuelto su reclamación, para así poder justificar su incumplimiento en el pago de los gravámenes a que se había comprometido y, en consecuencia, colocar en mora a los compradores de su propiedad. Pero como esta prueba se echa de menos en el proceso, debería concluirse que la acción resolutoria no puede prosperar, pues ésta, según lo tiene dicho la Corte en varias de sus sentencias, "favorece en realidad al contratante que ha ejecutado o se ha allanado a cumplir sus obligaciones en la forma y tiempo debidos, pero no a quien ha incurrido en incumplimiento, aunque éste obedezca a la imputabilidad del otro contratante, caso en el cual lo que sucede es que la mora de una parte purga la de la otra, quedando ambas desprovistas del amparo de aquella acción, mientras subsista esa mora recíproca. Así se desprende de la inteligencia y aplicación de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil" (*Gaceta Judicial*, Tomo CVI, Nº 2771, Pág. 209).

Aun en el supuesto en que el Tribunal hubiera podido incurrir en yerro en la interpretación de las cláusulas 3ª y 4ª del contrato de compraventa, tal error sería intrascendente, porque el fallo aparece apoyado en otros soportes no impugnados, como pasa a explicarse.

9. Fue también causa de la pretendida resolución del contrato de compraventa, el no pago

de los intereses del 1% sobre los saldos, por parte de los demandados, desde el mes de febrero de 1971, o sea con anterioridad a la fecha convenida para completar el precio del bien, hecho que tuvo en cuenta el Tribunal en su parte motiva y que invocó la demandante en su libelo. Por esta razón y considerando que los compradores no probaron lo contrario, aunque el cargo fuera fundado, la sentencia continuaría sosteniéndose en tal incumplimiento, como generador que también fue de la resolución.

10. Preciso es analizar ahora si las copias del expediente que contiene el proceso abreviado de pago por consignación, instaurado por María Victoria Arenas de Ordway contra la aquí demandante, y traídas como prueba del incumplimiento de los demandados a este proceso ordinario, pueden o no ser trascendentes para el recurso que se estudia.

En demanda presentada el 21 de febrero de 1975, con posterioridad a la fecha de iniciación de este proceso ordinario, la citada señora de Ordway instauró acción de pago por consignación frente a la señora Laura María Salazar de Jácome, ante el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, con el fin de que ésta aceptara el pago de los $ 225.000.00 que le adeudaba y se ordenara como consecuencia, la cancelación de la hipoteca constituida mediante Escritura pública número 6457 de 18 de septiembre de 1972 de la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá, sobre el inmueble "Guadalajara", situado en el Municipio de Cota, Departamento de Cundinamarca.

Cabe anotar que el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, al resolver la excepción previa de pleito pendiente propuesta por la parte demandada, la negó, pero en cambio ordenó la suspensión del proceso ordinario por la incidencia que pudiera tener en su decisión, lo que se resolviera en el pago por consignación.

El fallo de primera instancia, que declaró válido dicho pago, fue revocado en la segunda por el Tribunal Superior de Bogotá, en virtud de no cumplirse la condición del artículo 1658 del Código Civil, numeral 3º, consistente en la exigibilidad de la obligación, "ya que el pago se ofreció estando la deudora en mora y cuando estaba pendiente la decisión de la acción de resolución del contrato por incumplimiento, ...". Como quiera que esta sentencia tiene valor de cosa juzgada material, no puede ser desconocida por fallo posterior.

11. *Sabido es que la institución de la cosa juzgada tiene su fundamento en la necesidad política de dar certeza a las relaciones jurídicas judicialmente resueltas, por manera que los fallos que han adquirido ese carácter, impiden que el negocio en que han recaído sea examinado de nuevo y que se profiera una nueva decisión frente a las partes que en él han intervenido, bien sea por la misma autoridad que la profirió o por otra diferente.*

Establece el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, que "la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funda en la misma causa que el anterior, y que entrambos procesos haya identidad jurídica de partes".

"Fundada en la presunción de verdad legal —ha dicho la Corte en sentencia de 20 de febrero de 1975—, la cosa juzgada se presenta en el panorama de las instituciones jurídicas como la calidad especial de mutables y definitivas de ciertas sentencias cuando no existen medios legales de impugnación que permitan modificarlas, en cuanto por ellas el Estado ha manifestado su voluntad contenida en el precepto legal que aplica al caso concreto.

"Y así la cosa juzgada adviene a cumplir dos funciones igualmente importantes: una negativa, que se traduce en la prohibición que se da a los jueces de resolver el fondo de conflictos ya decididos en sentencia firme, evitando de paso que sobre la misma cuestión haya fallos contrarios al primero; y otra positiva, que los constriñe al reconocimiento del principio de la res judicata pro veritate habetur" (Gaceta Judicial, *CLI, Nº 2392, Pág. 42).*

Síguese de los anteriores planteamientos, que si el juez, a quien se ha sometido la decisión de un litigio, encuentra que a él se ha traído como prueba un proceso que ha versado sobre el mismo objeto, que tiene igual causa y se ha debatido entre las mismas partes, y cuya sentencia ha hecho tránsito a cosa juzgada material, no puede entrar a conocer en su fallo lo así resuelto, pues estaría violando el carácter definitivo e inmutable que tal sentencia adquirió. Por la misma razón, ésta no puede ser desconocida mediante el recurso extraordinario de casación, toda vez que al casar la sentencia acusada, estaría modificando el fallo que tiene esa fuerza de cosa juzgada y que en su resolución ha proveído sobre el mismo asunto de la anterior, y que, por lo demás, no ha sido impugnado como

prueba por el recurrente, como en el caso que ahora ocupa a la Sala.

12. *En efecto, el pago por consignación, que el Tribunal adujo como refuerzo de su decisión, se debatió entre las mismas partes del proceso ordinario, ocupando la demandante la posición de demandada y la parte demandada la de demandante, circunstancia que, como lo ha sostenido reiteradamente la Corte, no desvirtúa la identidad jurídica entre las partes; se fundamentó en la misma causa, como fue el incumplimiento del pago de la última cuota del precio del inmueble objeto del contrato, que los demandados debían pagar a la demandante el 12 de marzo de 1974; y tuvo el mismo objeto, pues en el proceso ordinario se cuestionaba el mismo derecho que se negó en el abreviado, como era el de enervar las pretensiones de la demandante vendedora en la acción resolutoria de la compraventa.* Sobre este punto tiene dicho esta Corporación que: "Por el aspecto del objeto, consistente en la relación jurídica sobre la cual versa la decisión judicial, el criterio para identificarlo es éste: cuando el derecho ha sido confirmado o negado en un pleito, la identidad de objeto se evidencia si en el nuevo proceso se controvierte el mismo derecho, aun cuando ello se haga para lograr el reconocimiento de una consecuencia que no fue discutida en el primer juicio. Siempre que por razón de la diferencia de magnitud entre el objeto juzgado y el del nuevo pleito se haga oscura la identidad de ambos, ésta se averigua por medio del siguiente análisis; si el juez, al estatuir sobre el objeto de la demanda contradice una decisión anterior, desmiente un derecho afirmado por la decisión precedente, se realiza la identidad de objetos. No así en el caso contrario, o sea cuando el resultado del análisis dicho, es negativo" (LVI, pág. 216).

Ahora bien, si el Tribunal rechazó el pago por consignación por haber sido promovido cuando la demandante estaba en mora de cumplir su obligación y esta decisión tiene fuerza de cosa juzgada material, es trascendental, aunque el juzgador ad quem en este proceso ordinario sólo la haya tenido como prueba corroborante de su fallo, y, en consecuencia, sigue sosteniendo la sentencia acusada.

Por lo dicho el cargo no prospera.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida el 26 de noviembre de 1980 en el presente proceso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Ricardo Uribe-Holguín, Alfonso Guarín Arizmendi, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

PROMESA COMERCIAL DE CONTRATAR

Solemnidades requeridas para la existencia y validez del contrato de promesa. La promesa mercantil no requiere que se consagre por escrito, excepto cuando versa sobre contrato de sociedad. La consensualidad, principio cardinal de la ley comercial, traduce las necesidades de los comerciantes, quienes requieren instituciones jurídicas que les permitan una contratación fácil, rápida y expedita.

No obstante la consensualidad de la promesa comercial, ella debe fijar la época en que ha de celebrarse la convención prometida y especificar, completa e inequivocamente el contrato prometido, so pena de que no produzca efecto alguno.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Alfonso Guarín Ariza.

Bogotá, D. E., 13 de noviembre de 1981.

Decide la Corte los recursos de casación interpuestos del demandante y demandado contra la sentencia del 21 de noviembre de 1980, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario de "Elías Acosta & Cía. Limitada", frente a Saturia Cuéllar de Durán.

I

Antecedentes

1. En escrito del 30 de septiembre de 1978, suscrito en la ciudad de Ibagué, Elías Acosta Ortiz y Jorge Eduardo Escobar Barón, el primero como gerente de "Elías Acosta & Cía. Ltda.", el segundo como arquitecto empleado por éste, declararon haber recibido de Saturia Cuéllar de Durán el cheque 1545746 del Banco Cafetero de esa ciudad, a favor de la sociedad, por la suma de doscientos mil pesos, "para *separar* el apartamento 401 del edificio Antalena, el cual queda comprometido en venta al (sic) sistema de 'Propiedad Horizontal' a la citada señora..." (subraya la Corte).

2. Dijose en dicho documento que el valor del bien era la cantidad de $ 1.360.000.00, pagaderos así: $ 200.000.00 al 30 de septiembre de 1978, $ 100.000.00 al 15 de noviembre siguiente, y $ 120.000.00 el 15 de enero y el 15 de febrero de 1979, todo para un total de $ 540.000.00; $ 300.000.00 el 28 de febrero posterior, data en que, según las partes, debía suscribirse "la promesa de compraventa", y el saldo de $ 520.000.00 "a la firma de la escritura... con préstamo de la Corporación de Ahorro y Vivienda".

3. En el escrito mencionado se describió el "apartamento motivo de esa compraventa", se manifestó que el precio era único y que no estaba sometido a ninguna clase de ajustes, y se pactaron las siguientes "condiciones adicionales" de esta venta:

"1º Que le sea otorgado el préstamo por cualquier entidad financiera, para poder correr la escritura; de lo contrario se devolverá el dinero recibido sin lugar a pagar multa, o se le hará escritura a la persona que la compradora designe.

"2º Los gastos de escritura serán por cuenta del comprador y el valor de las matrículas de luz y agua por cuenta del vendedor.

"3º Las especificaciones para los acabados de la obra, serán las indicadas en el reglamento de propiedad horizontal, aprobado y protocolizado por el vendedor.

"4º La escritura se hará por el valor que convenga el prometiente vendedor.

"5º *Las demás condiciones se establecerán en la respectiva promesa de venta* (se subraya).

"6º El apartamento se entregará íntegramente terminado".

II

El litigio

A. *Demanda principal*

1. Con fundamento en la citada negociación y en los hechos que adelante se precisarán, la sociedad "Elías Acosta y Cía. Ltda.", representada por José Elías Acosta Ortiz, demandó a Saturia Cuéllar de Durán para que, con su citación y audiencia y mediante las formas inherentes al proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen estos pronunciamientos:

a) Que se declare la nulidad o invalidez del *contrato de promesa de compraventa*, contenido en ese documento privado, "mediante el cual se negoció el apartamento 401 del edificio Ambalema, ubicado en la calle 13 con carrera 3ª de esta ciudad, constante de un salón-comedor, tres (3) alcobas, tres (3) baños, alcoba de servicio, cocina integral, calentador de quince (15) galones, estufa tipo apartamento con horno, nevera de seis (6) pies, citófono, chute de basura y pisos de vinisol..."; y

b) Que se decreten las prestaciones mutuas a que están obligados los contratantes y que se condene en costas a la demandada, en caso de oposición.

2. Como causas de la pretensión, además de la ya consignada, se afirmaron esencialmente las siguientes:

a) En el mencionado escrito se resalta la intención de las partes de "comprovender" el inmueble allí especificado, "por lo cual debe mirársele como contrato prometido...", que no contiene la pertinente alinderación, ni ubicación del edificio Ambalema o del apartamento 401 que de él forma parte, ni la fijación de la fecha en que "debería correrse la escritura de compraventa; sino que se dejó a los resultados de una condición aleatoria e incierta, como aquella de que el saldo del precio sería pagado con un préstamo de cualquiera entidad financiera";

b) De la cantidad de $ 1.360.000.00, pactados como precio total del contrato, la "prometiente vendedora" sólo ha recibido $ 500.000.00 "que está dispuesta a devolver y a consignar inmediatamente a órdenes de su despacho"; y

c) El 15 de febrero de 1979 Saturia Cuéllar de Durán no pagó la suma total a la que se obligó, como igualmente no lo hizo el 28 de febrero siguiente, día en que debiéndose suscribir la promesa de compraventa anunciada en el contrato inicial de "promesa", ésta tenía que entregar $ 300.000.00.

A lo cual agrégase, a manera de explicación: "No se ha considerado indispensable proponer la resolución como prestación subsidiaria, no obstante los evidentes incumplimientos de la presunta compradora, en observancia de la condición primera adicional que dice: 'Que le sea otorgado el préstamo por cualquiera entidad financiera, para poder correr la escritura; de lo contrario se *devolverá el dinero recibido sin lugar a pagar multa...*'" (destaco y subrayo).

3. La demandada oportunamente se opuso a las declaraciones y condenas contenidas en el libelo; en cuanto a los hechos negó que el documento significara un "contrato prometido" y, respecto de los demás, aceptó los que consideró como tales.

B. *Demanda de reconvención*

1. Dentro del término del traslado Saturia Cuéllar de Durán reconvino a "José Elías Acosta Ortiz y Cía. Ltda.", a objeto de que, por los mismos trámites, se hiciesen estas declaraciones y condenas:

1.1. De manera principal:

a) Que "Elías Acosta & Cía. Ltda.", por intermedio de su representante legal, "está obligada a dar bajo escritura pública debidamente registrada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o dentro del término que el señor juez le señale, a la señora Saturia Cuéllar de Durán, el dominio y posesión del apartamento número 401 del edificio Ambalema...", de acuerdo con los linderos allí señalados; y

b) Que se condene a la sociedad al pago de los perjuicios causados a Saturia Cuéllar de Durán, "por su informalidad" y al pago de las costas procesales.

1.2. De manera subsidiaria:

Primera: que "Elías Acosta y Cía. Ltda.", a través de su representante, "está obligada a celebrar con la señora Saturia Cuéllar de Durán dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o dentro del término que

el señor juez le señale, contrato de promesa de venta del apartamento número 401 del edificio Ambalema..., sujeto a los requisitos exigidos...";

Segunda: que "Elías Acosta & Cía. Ltda." debe restituir a Saturia Cuéllar de Durán, "dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o dentro del término que el señor Juez señale, la suma de un millón de pesos ($ 1.000.000.00), moneda corriente, equivalente al precio entregado por ésta a la sociedad... doblado, más los intereses corrientes sobre las sumas entregadas y a partir de las fechas de las respectivas entregas".

2. Como *causa petendi*, fuera de los hechos narrados en los antecedentes y de los resultados de la demanda principal, se consignaron estos:

a) Que "Elías Acosta & Cía. Ltda." se comprometió a suscribir una promesa de compraventa sobre el apartamento 401 del edificio Ambalema, el día 28 de febrero de 1979, "y ese día la señora Saturia Cuéllar de Durán debía hacer la entrega de la suma de $ 300.000.00 a la sociedad, pero como no le cumplieron porque no le hicieron la promesa de compraventa, ella no hizo entrega del dinero", no obstante que, haciendo ingentes esfuerzos económicos, se había colocado en capacidad de pagar lo pactado;

b) Que el 12 de febrero de 1980, Saturia Cuéllar de Durán solicitó a la sociedad "la entrega de la posesión del inmueble y la firma de la promesa..."; acto jurídico a que ésta se negó argumentando que no estaba "aprobado el reglamento de propiedad horizontal del edificio";

c) Que Saturia Cuéllar de Durán ha hecho mejoras en el inmueble, y

d) Que aquélla ha sufrido perjuicios económicos y morales "*derivados de una responsabilidad precontractual*, a cargo del convencionista incumplido".

3. Elías Acosta & Cía. Ltda., al contestar el libelo de reconvención, aceptó unos hechos, negó otros y dijo no constarle los demás. Por lo cual se opuso a las pretensiones incoadas; a las dos primeras y a la primera subsidiaria por encontrarlas indebidamente acumuladas, ya que, así lo aseveró, se "está buscando por los trámites de un proceso ordinario el cumplimiento de una ilusoria obligación de hacer", y a la segunda subsidiaria porque constituye un enriquecimiento sin causa.

4. Sustanciadas conjuntamente las dos demandas, el juzgado del conocimiento puso fin al proceso con su sentencia del 14 de agosto de 1980, mediante la cual negó las peticiones de la demanda principal y la primera y segunda principales de la reconvención; accedió a la primera subsidiaria de ésta para declarar "que la sociedad 'Elías Acosta y Cía. Ltda.' está obligada a celebrar con la señora Saturia Cuéllar de Durán contrato de promesa de compraventa del apartamento 401 del edificio Ambalema y al que se refiere el documento del 30 de septiembre de 1978 presentado con la demanda"; y condenó en costas a la sociedad demandante.

5. Ambas partes propusieron recurso de apelación contra lo así resuelto, para ante el Tribunal del Distrito Judicial de Ibagué, quien, a través de su sentencia del 24 de noviembre del mismo año, *reformó* la recurrida en estos términos: a) Confirmó la resolución desestimatoria de las peticiones de la demanda principal; b) Se inhibió de fallar las peticiones primera, segunda y tercera principales y la primera subsidiaria de la demanda de reconvención, por "indebida acumulación de acciones"; c) Negó la petición segunda subsidiaria de la demanda de reconvención, vale decir, la restitución de una suma de dinero, doblada; y, d) No condenó en costas en ninguna de las instancias.

III

La sentencia del Tribunal

1. Después de hacer el planteamiento general de la cuestión en litigio y compendiar la actuación procesal, resalta el Tribunal en el acápite de sus consideraciones, que sobre la naturaleza jurídica del contrato discrepan los contendientes, "puesto que la parte demandante lo entiende como una promesa de venta, en tanto que la parte demandada lo califica precontrato".

2. Cumplida esa observación inicial y luego de precisar que ese contrato no corresponde "a uno de los previstos en el Código Civil", el *ad-quem* lo interpreta de acuerdo con los artículos 1618 y 1622 del mismo estatuto, para concluir que las partes no entendieron celebrar un contrato de promesa de venta sino "separar" un apartamento, y consiguientemente, que no puede declarar nula una promesa de venta inexistente.

"...no cabe duda de que en realidad la intención de las partes —asevera el juzgador de instancia—, no fue otra que la de 'separar' —como lo subraya el contrato— un apartamento

y, para ello, la una dio un dinero y la otra se comprometió a esa separación. Esto, no sólo por la manifestación expresa de ellas al respecto y por el contenido literal de las palabras, sino, porque, además, al leer todas las cláusulas se deduce esta intención, puesto que al hablar de la forma de pago claramente se dice, para separarlo, la suma total de $ 540.000.00, y: 'A la firma de la promesa de compraventa el 28 de febrero/79, $ 300.000.00'. Indica esto, que las partes no entendieron celebrar un contrato de promesa de venta, ya que están expresando que el contrato de promesa de venta se celebraría en la fecha transcrita".

3. Por último, en torno a la demanda de reconvención, el Tribunal precisa que las peticiones primera principal y primera subsidiaria inequívocamente se destinan a obtener el cumplimiento de "sendas (sic) obligaciones de hacer", las cuales tiene previsto el sendero propio de los procesos ejecutivos, y que, por tanto, aquel —el libelo— contiene "una indebida acumulación de acciones" "por tener un procedimiento diferente al del proceso ordinario", "debiendo entonces el Tribunal inhibirse de fallar sobre estas peticiones".

Y agrega el sentenciador que la petición segunda subsidiaria no se encuentra ameritada en los autos, "puesto que el mismo que reconvino expone en el hecho segundo que sólo entregó la suma de quinientos mil pesos".

IV

Las demandas de casación

1. Contra la sentencia de segundo grado interpusieron casación tanto la sociedad demandante como la demandada. Ambas partes buscan que se quiebre el fallo por ellas impugnado: la primera, para que en su lugar se declare la nulidad y se ordenen las restituciones impetradas; la segunda, para que se profiera fallo estimatorio de las peticiones principales o subsidiarias imploradas.

A) Recurso de la demandante

En la pertinente demanda y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, ésta le formula dos cargos a la sentencia del *ad quem*, que la Corte procede a examinar en el orden propuesto.

Cargo primero

1. Denúnciase en él violación directa, por falta de aplicación de los artículos 89 de la Ley 153 de 1887; 1500, 1501, 1746, 1740, 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936.

2. En desarrollo del cargo, el recurrente comienza por transcribir el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y citar una jurisprudencia de la Corte y una opinión doctrinal sobre la materia, para afirmar luego que el "contrato de promesa de compra-venta celebrado entre las partes en litigio", confrontado con aquella disposición, tiene estos defectos: a) Falta de alinderación del inmueble que constituye su objeto y de la notaría donde debía correrse la escritura pública; y b) El saldo del pago "Se dejó sometido a una condición incierta", como que allí se dijo que éste se haría "con préstamo de la Corporación de Ahorro y Vivienda, sin 'indicar cuál'".

3. Hechas las anteriores precisiones, en seguida dice el acusador que el negocio así concebido está viciado de nulidad absoluta y que consecuentemente el *ad quem* dejó de aplicar los artículos 1740 y 1741 del Código Civil y 89 de la Ley 153 de 1887, pues "el documento no reunía los requisitos exigidos por el texto legal citado"; y añade que se dejó de aplicar también el artículo 1500 *ejusdem*, el cual prevé que el contrato solemne "es aquél que está sujeto a la observación de ciertas formalidades especiales, *de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil*".

4. Insiste el impugnador en que el contrato de promesa de compraventa es solemne, ya que debe constar por escrito y reunir la totalidad de las exigencias legales; y sostiene que "la nulidad en el caso *sub lite* aparece como consecuencia de que el contrato no reunía las condiciones esenciales para su validez por el cual puede ser destruido mediante sentencia judicial...", conforme con el artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

5. Agrega el casacionista, finalmente, que la sentencia "violó por falta de aplicación el artículo 1746 del Código Civil, pues decretada la nulidad daba derecho a las partes a exigir las prestaciones mutuas en virtud de ese pronunciamiento".

6. Propuesto y desenvuelto el cargo en la forma en que se recopiló, el impugnador propone que se case la sentencia del *ad quem*; que se reemplace decretando "la nulidad de la promesa de contrato de compraventa", y que se dis-

pongan "las prestaciones a que estaban obligadas las partes".

Se considera

1. Sábese que la violación directa de la ley sustancial descarta toda posibilidad de yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas. La transgresión de la norma sustancial por esta vía sólo cabe cuando no refleja en la sentencia la cabal y verdadera voluntad de la ley sustancial, ya porque el juez, aplicando la pertinente, le dé una interpretación opuesta a la que ella misma expresa, ora porque tal no gobierne la situación de hecho que refleja el proceso o bien porque deja de aplicar la norma que le corresponde a ese evento.

El quebranto directo de la ley sustancial supone siempre un error *juris in judicando*, el cual se produce con prescindencia de las conclusiones que el juzgador infiera sobre el aspecto fáctico. Por eso ha dicho la Corte, reiteradamente, que "...el recurrente no puede separarse ni aun en lo más mínimo de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal, porque si para demostrar un error jurídico, hace incursiones en el campo de los hechos para deducir de allí sucesos diferentes a los transcendentales que en el mismo terreno haya encontrado el Tribunal, tal circunstancia estará poniendo por sí sola de presente que el censor discrepa de la sentencia acusada no sólo en la cuestión de derecho sino también en la de hecho; que la disconformidad sobre lo primero tiene origen en la disconformidad sobre lo segundo; y que, por ende, no se trata de violación directa sino de violación indirecta. Situación esta última que configura un motivo especial de casación, sujeto a un régimen técnico especial y distinto en todo caso del que es propio de la violación directa" (Cas. Civ. CXXXII, pág. 193).

2. El quebranto directo de la ley sustancial representa, pues, como quedó dicho, que el sentenciador contemple y vea los medios de prueba tal como existen en el proceso, sin incurrir en error en cuanto a su apreciación, y tomando, por lo mismo, los hechos sometidos a su consideración en sus dimensiones objetivas exactas. En ese caso, labor impugnativa del censor se debe circunscribir a los textos legales que considere inaplicados, o indebidamente aplicados o aplicados con equivocada interpretación; pero sin que descienda un ápice siquiera al campo de las pruebas para demostrar, por esa vía, su discrepancia con el Tribunal respecto de la apreciación que éste haya hecho de ella.

3. De ahí que, tratándose de yerros en la interpretación de los contratos y de la forma de acusarlos en casación, donde el recurrente necesariamente tiene que desarrollar su actividad dialéctica en torno a las probanzas de ese contrato, medido por su contexto, o por las estipulaciones que contiene, de tiempo atrás ha enseñado la Corte que éstos significan un error de hecho que conduce a la violación de disposiciones sustanciales por aplicación indebida.

"Siempre que se impugne en casación la interpretación que el sentenciador le haya dado a un contrato —ha dicho la Corporación—, el censor necesariamente tendrá que referirse a las pruebas del mismo, a las estipulaciones que de ella resulten, a su contenido, a los medios que establezcan las circunstancias de su celebración, a los usos o costumbres al respecto, al desarrollo práctico que las partes le hayan dado; invocará cuando haya lugar a ello, las normas de hermenéutica contractual que considere violadas, las que, se repite, son meramente instrumentales y también indudablemente sustanciales. Todo ello para que la censura quede formulada de modo completo, para que resulte viable" (Cas. Civ. CXXXIV, pág. 189).

Y también ha expresado: "Es posible, entonces, que al interpretar el contrato el juzgador se equivoque, ya porque supone estipulaciones que no contiene, ora porque ignore las que ciertamente expresa, o ya porque sacrifique el verdadero sentido de sus cláusulas con deducciones que contradicen la evidencia que ellas demuestran. En todos esos eventos, el yerro del fallador lo conduce a la violación de normas de derecho sustancial por aplicación indebida, pues dirime el conflicto con base en preceptos que no regulan la especie litigada, o por falta de aplicación a ella de las disposiciones pertinentes.

"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 del error de hecho que ponga de manifiesto, palmaria o ostensiblemente, que ella es de tal alcance que contradice la evidencia" (CXLII, 218 y 219).

4. El cargo en estudio descansa en el contrato que, según dice, es una "promesa de compraventa" absolutamente nula por faltar en ella

determinados requisitos legales. Y este inequívoco punto de partida, cuya sustentación y desarrollo lleva al censor a analizar el documento que acredita y contiene aquel negocio, con intención de poner en evidencia los errores de interpretación del *ad quem* sobre el mismo, son, a no dudarlo, planteamientos propios de violación indirecta de las normas que a juicio de éste no fueron aplicadas. Desde luego que el censor, frente al texto del contrato, aprecia sus cláusulas y la intención de las partes en forma diametralmente opuesta al juzgador.

El desacuerdo entre el Tribunal y el recurrente acerca de la falta de aplicación de ciertos ordenamientos legales – Arts. 1740, 1741, 1746, 1500, 1501, 2º de la Ley 50 de 1936 y 89 de la Ley 153 de 1887 –, empezando como empieza en el terreno fáctico del litigio, implica un paragón relativo a la prueba de la relación jurídica sustancial que le dio origen; y, por ende, para poder dirimir esas divergentes posiciones de juicio era indispensable que el cargo se hubiese planteado en el terreno que las origina, esto es, por violación indirecta y no por violación directa de la ley sustancial, como se propuso.

Se rechaza el cargo.

Cargo segundo

1. Lo formula el recurrente por violación indirecta de la ley sustancial, en razón de aplicación indebida "del artículo 862 del Código de Comercio a consecuencia de errores manifiestos de hecho cometidos por el juzgador de segunda instancia en la apreciación de la prueba".

2. El casacionista comienza con el desenvolvimiento del cargo afirmando que el fallo confirmatorio del *ad quem*, "en cuanto se niega a la Sociedad 'Elías Acosta y Cía. Ltda.' las peticiones de su demanda", "implica sin lugar a dudas" que hizo suyos los argumentos del *a quo* relativos a la interpretación y calificación jurídica del contrato en controversia; y para demostrarlo destaca algunos pasajes de la sentencia pronunciada por el último, donde éste ve en dicha negociación un "pacto de preferencia, o sea aquél por el cual una de las partes se obliga a preferir a la otra para la conclusión de un contrato posterior, sobre determinadas cosas, por el precio fijo o por el que ofrezca un tercero, en determinadas condiciones o en las mismas que dicho tercero proponga, será obligatoria".

Cita luego el recurrente un criterio doctrinal sobre el mentado artículo 862 *ibidem* y el pacto de preferencia que él consagra; figura jurídica que aquél halla incompatible con la calidad de propietaria que en el proceso invocó la demandante sobre el apartamento 401 del edificio Ambalema, de la ciudad de Ibagué, materia de la negociación en litigio.

3. Añade el censor que el Tribunal "no apreció en su conjunto el texto del documento", ya que "se limitó a escoger únicamente" su "encabezamiento... dejando de lado otras manifestaciones que en el mismo hacen los contratantes, tales como la relativa a la de que el apartamento queda comprendido en venta, de acuerdo con el sistema de propiedad horizontal".

4. Termina el casacionista reclamando el quiebre de la sentencia del Tribunal y su reemplazo "por la que decrete la nulidad del contrato de promesa de compra-venta, disponiendo las prestaciones a que están obligadas las partes y la condene en costas al demandado".

Se considera

1. Insistentemente ha dicho la Corte que la aplicación indebida de la ley sustancial lleva ínsita, por exigirlo la lógica, que la disposición legal cuya violación se reclama evidentemente haya sido aplicada por el juzgador en la sentencia que desata el conflicto de intereses. Y tal supone, como es obvio y natural, que el fallo combatido sea no sólo de mérito, sino, en principio, estimatorio de las pretensiones o excepciones que hubiesen formulado las partes, según fuese el caso, pues que si por el contrario éste es inhibitorio o desestimatorio de ellas, es palmar que el sentenciador, por sustracción de materia, no aplica esa norma al caso que desate.

2. La sentencia recurrida confirmó la decisión desestimatoria de las peticiones de la demanda principal; negó la petición segunda subsidiaria del libelo de reconvención; y se inhibió de fallar las peticiones primera, segunda y tercera principales y la primera subsidiaria de la misma demanda de reconvención. Entonces, si el Tribunal no estimó las súplicas atrás especificadas y tampoco falló en el fondo las demás, resoluciones éstas con las cuales comprendió todos los extremos de la *litis*, fácilmente se advierte que en el fallo no hubo aplicación de la norma sustancial señalada por el recurrente, y que, en consecuencia, es equivocado atacarlo por ese motivo.

Por lo dicho, no prospera el cargo.

B) Recurso del demandante en reconvención

Dentro de los límites de la causal primera, tres cargos formula el recurrente contra el fallo del Tribunal, todos por violación indirecta de la ley sustancial causada por error evidente de hecho que aquél cometió al interpretar las pretensiones de la demanda de reconvención. La Corte estudiará el primero por estar llamado a prosperar.

Cargo primero

1. En este primer cargo acúsase la sentencia del *ad quem* por falta de aplicación de los artículos 861, 824, 822, 1º, 20, 21, 22 y 870 del Código de Comercio, la cual "se originó en error evidente de hecho que el Tribunal cometió al interpretar las pretensiones de la contrademanda".

2. De entrada enfatiza el recurrente que la demanda de reconvención inequívocamente se dirigió a que se declarase "la existencia de sendas y subsidiarias obligaciones de hacer a cargo de la contrademanda", petición que, según él, es propia de los procesos ordinarios. De donde infiere que el Tribunal cometió yerro al concluir que esas "...peticiones van encaminadas a que se cumplan sendas obligaciones de hacer".

Para poner en evidencia el error que comenta, el impugnador transcribe luego las pretensiones de la demanda de reconvención, punto en el cual observa "que en ninguna parte se solicita se dicte mandamiento ejecutivo", y que, por tanto, es desacertada la resolución inhibitoria del *ad quem*, quien, creyendo que se había formulado pretensiones ejecutivas, llegó "finalmente a la errada conclusión de que hubo indebida acumulación de procesos".

Dice el censor "que de ser justa la apreciación del Tribunal... al haberse tramitado como ordinario lo que debía tramitarse como ejecutivo...", éste no debió inhibirse sino declarar la nulidad de lo actuado, con base en los artículos 152-4 y 157 del Código de Procedimiento Civil; y agrega que "como la contrademanda sí cabía y debía tramitarse como proceso ordinario, el Tribunal hubiera debido fallar en el fondo, aplicando las normas sustantivas citadas que gobiernan el asunto y que violó por inaplicación".

3. Expresa el casacionista que la sentencia dejó de aplicar el artículo 861 del Código de Comercio, cuando "determina que la promesa de celebrar un contrato, hecha por un comerciante, genera para él obligación de hacer, sin que para la firmeza de la obligación sea necesario requisito especial alguno". Con ese efecto cita una extensa opinión doctrinal en la que, en suma, afírmase que el nuevo estatuto comercial modificó en el terreno mercantil al artículo 89 de la Ley 153 de 1887, regresando "al principio del consensualismo en cuanto a la promesa de celebrar un contrato, que ya no es solemne, como lo fue para el Legislador... de ese año".

4. Afirma el recurrente que el fallador "dejó de aplicar los artículos 824, 822, 1º y 22 del Código de Comercio; el primero, "en cuanto establece que los comerciantes pueden obligarse de cualquier manera, aun verbalmente, salvo que exista norma especial en contrario, que exija una determinada solemnidad..."; los dos siguientes, "en cuanto disponen que existiendo normas comerciales especiales, éstas se aplican de preferencia con exclusión de las normas que reglamentan otras materias o que gobiernan asuntos civiles"; y el cuarto, en cuanto "determina que son aplicables a los no comerciantes —como mi cliente— las normas mercantiles cuando el acto es mercantil para la otra parte, como en efecto lo es para Elías Acosta y Cía. Ltda".

"Ahora bien —finaliza su cargo el recurrente—, como en los contratos bilaterales la situación de mutuo incumplimiento no implica la resolución del contrato, cuando uno de los contratantes se allana a cumplir, debe el contrato cumplirse, pues ya no existe la situación que justifica el incumplimiento de las obligaciones. No puede el contrato permanecer indefinidamente en el limbo jurídico, si uno de los contratantes en esas circunstancias, se allana al cumplimiento. En ese sentido habría que interpretar la demanda de reconvención, como manifestación inequívoca de la contrademandante Saturia Cuéllar de Durán de estar dispuesta a cumplir el contrato como siempre lo estuvo. Es por tanto contratante cumplida y puede demandar el cumplimiento de lo pactado (Art. 870 Código de Comercio)".

Se considera

1. Tiene dicho la Corte que la errónea interpretación de la demanda, cualquiera que sea la naturaleza de él, siempre representa un error de hecho, pues con él se altera el contenido objetivo del libelo.

"Es posible que al interpretar la demanda el juez se equivoque —enseña la Corte—, sea por contraevidencia respecto a su *causa petendi* o a su *petitum*, o porque se confunda en relación con la naturaleza jurídica de la acción propuesta. Tanto en éste como en aquel evento incurre en yerro fáctico que lo puede conducir a la violación de normas de derecho sustancial por aplicación indebida, ya que dirime el conflicto con base en preceptos que no regulan el caso controvertido, o por falta de aplicación de las disposiciones pertinentes" (*Gaceta Judicial*, Tomo CXLII, página 200).

Y también expresa la Corporación: "El error en la interpretación y apreciación de la demanda, cuando ocurre es claro que será de hecho, y éste, en su caso, ha de ser manifiesto. Y es claro que las dudas o vacilaciones sobre la inteligencia de una demanda están indicando de suyo que la prevalencia de una cualquiera de sus aceptables interpretaciones no puede lógicamente estimarse como algo manifiestamente erróneo" (sentencia del 1º de abril de 1975).

2. Se denomina procedimiento los diversos métodos legales que regulan el ser del proceso, esto es, el conjunto seriado de actos "dirigidos al fin de su actuación de la ley (respecto del bien que se pretenda garantizado por ésta, en el caso concreto) mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria", según la acertada definición del Chiovenda (Principios de Derecho Procesal Civil, T. 1, pág. 100).

3. Dentro de la armónica unidad del proceso, la cual adquiere su significación jurídica en proporción exacta al fin que les es propio, respecto de la materia civil el legislador ha plasmado diversos procedimientos que a su turno identifican a aquéllos. Háblase así del proceso *dispositivo* por oposición al llamado *declarativo*; este último que a su turno se divide en *declarativo puro, de condena* y *de declaración* o *constitutiva* (acertamiento constitutivo). Igualmente llamados de juzgamiento o conocimiento. De la misma manera, adviértese la existencia de procesos de *ejecución*, con finalidad distinta al anterior, *cautelar, represivo, preventivo, singular, colectivo, contencioso* y *voluntario*, cuyas características se miden por las funciones que le son inherentes, todas regladas por la ley.

4. Los procesos declarativos, de declaración constitutiva y de condena tienen en común, por ser de juzgamiento, la incertidumbre de la prestación invocada en la demanda. Su finalidad se concreta en la declaración de un derecho, o de responsabilidad, o en la constitución de una relación jurídica nueva, de manera que la prestación incierta adquiera certeza a través de la pertinente declaración jurisdiccional, donde se determina, por ese motivo, quién tiene la razón y el derecho.

Como generalmente acontece, estas varias figuras jurídicas adquieren existencia no autónoma ni independiente sino en forma combinada, por manera que es común su conjugación para la plena efectividad del derecho debatido en el proceso. Son procesos *mixtos*, por tanto, en que se mezclan las declaraciones puras con las constitutivas o con las condenas, como cuando se impetra una declaración sobre el estado civil y al mismo tiempo, pero subsidiariamente, se reclama una herencia.

5. Cuando una parte pretende frente a otra la existencia y reconocimiento de un derecho a su favor y la plena satisfacción de él, o, como es común, que quede sujeta a las consecuencias del incumplimiento obligacional suyo, previa la declaración sobre el estado jurídico preexistente que las rige, trátase de procesos declarativos, y de condena. Por ello, definido el conflicto de intereses, nítidamente resulta, mediante su sentencia, una condena unida a la declaración de derecho o de la responsabilidad como fundamento de aquélla.

6. Tratándose de los procesos de ejecución aparece, como lo tiene precisado la doctrina, una pretensión insatisfecha que, por lo mismo y por existir clara y determinantemente en un título, permite obtener coercitivamente su cumplimiento.

7. En el caso *sub judice*, en la demanda de reconvención, Saturia Cuéllar de Durán claramente impetró una declaración de responsabilidad y de obligaciones a cargo de la sociedad "Elías Acosta & Cía. Ltda.", en torno al negocio jurídico que ambos celebraron el 30 de septiembre de 1978, sobre "el apartamento 401 del edificio Ambalema", de la ciudad de Ibagué; y consiguientemente suplicó la condena de ella —su contrademandada— inclusión de los perjuicios y de la restitución doblada de la suma de dinero que ésta dio con ocasión del contrato, en forma subsidiaria.

Y dichas pretensiones, literal y consecuencialmente consideradas, junto con las afirmaciones en que ellas se fincan, sin equívoco alguno resaltan la presencia de una demanda connatural a los procesos de declaración y de condena,

justamente cognoscitivos, cuyo trámite no es otro que el previsto en el Libro Tercero, Título XXI, Capítulo II del Código de Procedimiento Civil. El libelo está lejos de deprecar el empleo de la fuerza jurisdiccional para el cumplimiento de las obligaciones allí señaladas. Luego es palmar que el Tribunal manifiestamente erró al interpretar ese acto de postulación de la contrademandante, cuando entendió que se había propuesto el cumplimiento de "sendas (sic) obligaciones de hacer" y concluyó que su camino estaba previsto en el proceso ejecutivo y no en el ordinario.

Ese yerro condujo al *ad quem* a "*inhibirse* de fallar las peticiones primera principal y sus subsecuentes, y la primera subsidiaria por su indebida acumulación de acciones..." y paralelamente a la violación de las normas sustanciales señaladas por el recurrente, las cuales dejó de aplicar por ese motivo, particularmente el artículo 861 del Código de Comercio, actualmente en vigor.

8. Como corolario de lo expuesto, el fallo impugnado tiene que quebrarse y así lo hará la Corte en el acápite resolutivo de esta providencia, para que en su lugar y en sede de instancia, pronunciar el que deba reemplazarlo.

V

Sentencia sustitutiva

Del proceso

1. No hay reparo que hacer a los elementos axiológicos que el proceso requiere para su cabal composición. La demanda, la competencia, el trámite y la intervención de las partes son suficientes para un pronunciamiento de mérito.

2. Tampoco observa la Corte irregularidad que conduzca a la nulidad de lo actuado.

La pretensión

1. Saturia Cuéllar de Durán, en demanda de reconvención, pretende que la sociedad "Elías Acosta & Cía. Ltda." sea condenada a cumplir, previa la pertinente declaración jurisdiccional, el negocio jurídico que las dos celebraron el 30 de septiembre de 1978, sobre el apartamento 401 del edificio Ambalema de la ciudad de Ibagué.

2. "Elías Acosta & Cía. Ltda., demandante principal y contrademandado, sostiene que dicha relación jurídica sustancial corresponde a una promesa de contratar; Saturia Cuéllar de Durán afirma —en principio— que ella representa una simple situación precontractual; y el juez de primera instancia la califica como un pacto de preferencia, de acuerdo con las voces del artículo 862 del Código de Comercio.

3. Vista la discrepancia entre las partes, relativa al alcance y sentido de las cláusulas que forman el acuerdo en comento, éste judicialmente ha de interpretarse con apoyo en las normas de hermenéutica consignadas en el Título 13 del Libro 4º del Código Civil, por disposición expresa del artículo 822 del Código de Comercio, pero sin descartar, pese a la disparidad anotada y a la ambigüedad del correspondiente texto, la intención de las partes manifestada literalmente en él. (Arts. 1618 y 1622 *ejusdem*).

4. Es evidente que las expresiones usadas por los contratantes en el mentado documento del 30 de septiembre de 1978, carecen de claridad y exactitud, por cuanto en él se usan términos jurídicos francamente contradictorios. Por eso la declaración misma debe integrarse para desentrañar el verdadero propósito del contrato, rectificando sus faltas y consultando los intereses de ambas partes, en guarda de lo justo y equitativo.

4.1 De entrada, aprecia la Corte que tal negociación —enunciada en el acápite primero de los antecedentes— resalta la existencia bilateral de ciertas obligaciones de hacer. Allí, en efecto, "Elías Acosta & Cía. Ltda." y Saturia Cuéllar de Durán adquirieron indudables compromisos de "firmar" el 28 de febrero de 1979 una "promesa de compraventa", y de suscribir después una escritura de "compraventa", condicionada a aquélla, "por el valor que convenga a *prometiente vendedor*", cuyo saldo del precio se cubrirá "con préstamo de la Corporación de Ahorro y Vivienda... para poder correr la escritura", pues de lo contrario se devolvería "el dinero recibido" o se haría la "escritura a la persona que la *compradora* designe".

Y también ese convenio resalta que el precio de la compra-venta allí determinado —$ 1.360.000.00— sería "único"; que las especificaciones serían "las indicadas en el reglamento de propiedad horizontal", el cual se entregaría "íntegramente terminado"; que los gastos de escritura serían "por cuenta del comprador y el valor de las matrículas de luz y agua, por cuenta del vendedor"; y que *las demás condiciones* se establecerían "en la respectiva promesa de venta" (subraya la Corte).

4.2 La celebración de la "promesa de compra venta" que se debía cumplir anteladamente a la elaboración de la correspondiente escritura, se la explica la Corte no como una promesa de contratar autónoma e independiente de la que refleja el documento en estudio, sino como su indudable complemento, en cuanto allí habrían de estipularse "las demás condiciones" del contrato de compra-venta del apartamento 401 del edificio Ambalema. Por manera que, en la especie de esta *litis*, puede afirmarse la existencia de una verdadera promesa de celebración de un contrato de compra-venta; negocio jurídico que las partes acordaron adicionar el 28 de febrero de 1979, para precisar las condiciones del contrato de compra-venta, cuyo objeto material justamente quedaba "comprometido en venta de acuerdo a (sic) sistema de 'Propiedad Horizontal'".

4.3 Del contrato de promesa esencialmente nacen obligaciones de hacer, ciertamente caracterizadas por la convención futura, con la cual no se identifican y se diferencian tanto en su objeto como en las obligaciones que de ella dimanan, de modo que tiene vida propia e independiente. Por tanto, siendo así y precisado como está que el mencionado documento del 28 de febrero de 1979 recoge una promesa bilateral de compraventa, fácilmente se descarta el "pacto de preferencia", que vio el juzgador de primera instancia; pacto este del que sólo emergen obligaciones unilaterales, y que necesariamente exige la presencia de un eventual sujeto con quien se establezca la preferencia, para cumplir un contrato posterior determinado con otra, la parte a cuyo favor se pactó la obligación (Art. 862 del Código de Comercio).

5. *Es bien sabido que la promesa de celebrar un contrato civil es un acto solemne* ad sustantiam actus, *puesto que su existencia depende del otorgamiento del documento, exigido por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887. Discútese, en cambio, si la promesa mercantil de contratar, en frente del Código de Comercio vigente en el país desde el año de 1971, se encuentra sometida a dichas solemnidades.*

5.1. Enseña el artículo 861 de ese estatuto: "La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso".

Es preciso anotar, primeramente, que esa disposición no reprodujo el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en punto de las solemnidades requeridas para la existencia y validez del contrato de promesa, omisión de la cual se puede inferir que el legislador mercantil plasmó el principio de la consensualidad para la promesa comercial de contratar.

El texto comercial así redactado constituyó, en efecto, una aproximación casi total al artículo 1733 del Proyecto de 1853, elaborado por Bello; ordenamiento que a su turno se conformaba con el principio fundamental según el cual las obligaciones nacen del solo consentimiento de las partes, o "en cualquiera manera que uno se quiera obligar a otro", conforme lo enseñaban la ley única del título 16 del Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348 y posteriormente el Libro X de la Novísima Recopilación. Dicho artículo era del siguiente tenor: "La promesa de celebrar un contrato, especificándolo en todas sus partes, es una obligación de hacer, y está sujeta a lo dispuesto en el artículo precedente; a menos que el contrato sea de aquellos que se perfeccionan por el solo consentimiento de los contratantes, en cuyo caso la promesa equivaldrá al contrato mismo. La promesa de un contrato que las leyes declaran ineficaz, no tendrá valor alguno".

La anterior opinión no fue aceptada por la comisión redactora, dándose en el Código Civil de Chile la redacción que tiene el artículo 1554 hoy vigente, el cual fue más o menos reproducido en el 89 de la Ley 153 de 1887, que derogó el 1611 de nuestro Código Civil. En ella, dice Luis Claro Solar, "se admitía la idea de la nulidad, en general, de toda promesa de celebrar un contrato determinado, como obligación de hacer que quedaba sometida a las reglas que se daban respecto de los derechos del acreedor en orden al apremio del deudor a su ejecución, a la autorización del acreedor para hacerla hacer por otro y a la indemnización de los perjuicios de la contravención" (Explicaciones del Derecho Civil Chileno y comparado V, 5º, pág. 702).

El artículo 861 del Código de Comercio coincide en lo fundamental con el anotado del proyecto de Bello, y esa identificación necesariamente indica que se acogió la idea allí plasmada y que reconoce, por tanto, la consensualidad del contrato de promesa, como regla general, ya que es norma especial respecto del artículo 89 de la Ley 153 de 1887; ordenamiento con el que es incompatible en el campo comercial. Viene de allí que cuando la promesa mercantil se refiere a contratos reales o solemnes adquiere su pleno significado jurídico, de ma-

nera autónoma, y que indefectiblemente emerge de allí el deber de celebrarlos imponiendo obligaciones de hacer, aunque no esté consagrado en un escrito, sí, por otra parte, reúne las condiciones de existencia y validez de todo negocio jurídico.

5.2. Nótase, además, que el artículo 861 mismo puntualiza sobre las "reglas y formalidades" que debe respetar el contrato prometido, cuando sea del caso, cuestión que justamente pasa por alto cuando toca el contrato preparatorio. Lo cual también es significativo de que el Código de Comercio no creyó conveniente exigir solemnidades al contrato de promesa que, entre otras cosas, no hubiera habido necesidad de tratarlo con él, de modo general, si se mantenía el criterio del artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

5.3. El mencionado criterio se refuerza con lo previsto en el artículo 119 del estatuto comercial, en cuanto ordena que "La promesa de contrato de sociedad deberá hacerse por escrito, con las cláusulas que deban expresarse en el contrato, según lo previsto en el artículo 110, y con la indicación del término o condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad. La condición se tendrá por fallida si tardase más de dos años en cumplirse" (se subraya).

Si el Código de Comercio hubiera seguido la legislación civil en esta materia, no se vería el por qué de las solemnidades exigidas por esa norma, particularmente el escrito y la "indicación del término o condición que fija la fecha en que ha de constituirse la sociedad", pues que dichos requerimientos formales significarían una repetición superflua e inútil; conducta esta que no se concibe en la elaboración de las leyes.

5.4. Las conclusiones anteriores se acompasan con el artículo 824 ibidem, que sin duda alguna consagra el principio de la consensualidad en la formación de los contratos mercantiles, al disponer que "Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco", salvo "cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico".

Tratándose del contrato de promesa, ya se vio que el artículo 861 ejusdem no exige formalidades especiales para su formación, como singularmente sí lo hace en relación con la promesa de contrato de sociedad. De consiguiente, siendo la consensualidad un principio cardinal de la ley comercial, el cual indudablemente produce las necesidades de los comerciantes, quienes requieren instituciones jurídicas que les permitan una contratación fácil, rápida y expedita; y siendo la solemnidad la excepción a la regla, se impone un criterio restrictivo de interpretación en materia de solemnidades, que, por su especificidad, rechaza todo intento de generalización y de analogía.

5.5. La opinión que se expresa en esta providencia igualmente armoniza con los artículos 855 a 863 ibidem, los que reafirman el criterio de la autonomía de la voluntad y de la consensualidad cuando dan las reglas atinentes a la formación del consentimiento en los actos y contratos –oferta o policitación y aceptación—, aspectos sobre los que nuestro Código Civil guarda silencio, al igual que el francés; enumeración legal dentro de la cual significativamente se encuentra la disposición relativa a la promesa (Art. 861).

6. El contrato de promesa tiene una razón económica singular, cual es la de asegurar la confección de otro posterior, cuando las partes no desean o están impedidas para hacerlo de presente. Por eso no es fin sino instrumento que permite un negocio jurídico diferente, o, para mejor decir, es un contrato preparativo de orden general. De consiguiente, siendo aquélla un antecedente indispensable de una convención futura, esta modalidad le da un carácter transitorio y temporal y se constituye en un factor esencial para su existencia. Desde luego los contratantes no pueden quedar vinculados por ella de manera intemporal, porque contradice sus efectos jurídicos que no son, de ninguna manera, indefinidos o perpetuos.

Lo cual obliga a deducir, por vía de doctrina, que no obstante la consensualidad de la promesa mercantil, ella indudablemente debe fijar la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida, como un elemento constitutivo del instante o momento que es menester para ello y como medio certero para establecer el cuándo del cumplimiento de esa obligación de hacer, so pena de que no produzca efecto alguno (Art. 1501 del Código Civil).

6.1. Del mismo modo, si la promesa de celebrar un contrato se refiere a toda clase de convenciones en general, no a un contrato determinado; y si es independiente de la relación jurídica sustancial prometida, de la cual difiere de su objeto y de las obligaciones que de ella

emergen, en la promesa debe estar especificado completa e inequívocamente el contrato prometido individualizándolo en todas sus partes, a través de los elementos que lo integran, incluido su objeto.

Por supuesto que, de no ser así, se harían nugatorios los derechos que confiere la ley al acreedor para exigir y asegurar el cabal cumplimiento de la obligación por parte del deudor (Art. 1610 C. C.; 501 del C. de P. C.). Y desde luego también que este supuesto lógico reclama que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaren ineficaces.

6.2. De lo dicho se concluye que la promesa de contrato, comercial o civil, se encuentra regida por unos mismos principios ontológicos, salvo, como se desprende de los textos legales que en uno u otro campo a ella es aplicable, que la promesa comercial de contrato por regla general es consensual, mientras que la civil exige el escrito como condición ad substantiam actus, *vale decir, como requisito de su propia existencia. De donde se deduce que las dos legislaciones, la comercial y la civil, siendo armónicas entre sí, como deben serlo, demandan unos mismos requisitos de validez, excepción hecha del escrito, tal cual quedó advertido.*

7. "Elías Acosta & Cía. Ltda.", una de las dos partes intervinientes en el contrato de promesa en litigio, es comerciante conforme al certificado expedido por la Cámara de Comercio de la ciudad de Ibagué. Luego ese negocio jurídico es un acto mercantil (Arts. 13 y 22 *ibidem*).

8. Tanto la petición primera principal como la primera subsidiaria de la demanda de reconvención, compendiadas atrás, fundamentalmente deprecan el señalamiento de un plazo judicial para que, en ese orden y prevalencia, "Elías Acosta & Cía. Ltda.", suscriba a favor de Saturia Cuéllar de Durán "escritura pública" o "promesa de compraventa", respecto del "apartamento 401 del edificio Ambaleima...".

8.1. El contrato de compraventa quedó condicionado a la promesa adicional que debía celebrarse el 28 de febrero de 1979, como un indudable complemento de la efectuada el 30 de septiembre anterior. Tal no se llevó a cabo hasta el punto que, por esa omisión, dejó de fijarse el día y la notaría en que debía otorgarse la escritura de compraventa, de los cuales no existe indicio procesal siquiera. Por tanto, es evidente que ese contrato es absolutamente nulo y consecuencialmente que la Corte debe dar aplicación al artículo 2º de la Ley 50 de 1936, declarándolo así y disponiendo las restituciones mutuas a que haya lugar.

8.2. Se revocará, pues, el fallo pronunciado en primera instancia, y, en su lugar, se declara la nulidad aducida y se ordenará a "Elías Acosta & Cía. Ltda.", devolver a Saturia Cuéllar de Durán la suma de quinientos mil pesos ($ 500.000.00), entregada por causa y con ocasión del contrato de promesa, más los intereses corrientes comerciales sobre las cantidades entregadas y a partir de las fechas en que se produjeron.

VI

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia del veinticuatro (24) de noviembre de 1980, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario de "Elías Acosta & Cía. Ltda.", contra Saturia Cuéllar de Durán, y actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve

Primero. DECLÁRASE la nulidad del contrato de promesa de compraventa contenido en el documento suscrito por "Elías Acosta & Cía. Ltda." y Saturia Cuéllar de Durán el 30 de septiembre de 1978, en la ciudad de Ibagué.

Segundo. DISPÓNESE que "Elías Acosta & Cía. Ltda." debe restituir a Saturia Cuéllar de Durán dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de quinientos mil pesos ($ 500.000.00), más sus intereses comerciales sobre las cantidades recibidas por aquélla a partir de las fechas de las respectivas entregas, como se precisó en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Sin costas en las dos instancias.

Cuarto. Costas del recurso extraordinario de casación a cargo del demandante principal.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

(Aprobado en Sala del 28 de octubre de 1981).

Ricardo Uribe-Holguín, Alfonso Guarín Arias, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, con salvamento de voto; *Alberto Ospina Botero*.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

Salvamento de voto

Por cuanto no comparto las motivaciones en que se apoya el fallo que antecede, con el respeto que debo al criterio de mis colegas de Sala procedo a exponer brevemente las razones de mi discrepamiento.

1. Si, como lo pregona con acierto la sentencia de la cual me separo, la demostración de un cargo en casación por violación directa de la ley sustancial, implica que el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal, pues tal forma de quebranto implica, por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la infracción indirecta, en la que sí hay reparo que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador de instancia, por imperativo de la lógica tengo que deducir, y así lo asevero, que el cargo primero de la demanda del demandante-recurrente, por este aspecto, sí se ajusta a la técnica del recurso extraordinario.

Porque si tanto el juez de primer grado, como el del segundo, luego de interpretar el contenido del respectivo documento llegaron a la conclusión que en el presente caso no hay contrato de promesa de compra-venta, por cuanto el escrito contentivo del pacto acordado no presenta los requisitos exigidos legalmente para dicha especie de convención jurídica; y si este resultado fáctico no sólo no se cuestiona o impugna por el censor, sino que contrariamente y con fundamento en él acusa la sentencia por no haberse accedido a su pretensión anulatoria de tal pacto, la acusación por quebranto directo, por no aplicación de las normas legales pertinentes, se aviene rigurosamente a las exigencias del formalismo de la casación y por consiguiente estimo que dicho cargo ha debido prosperar.

2. En cambio, el cargo de la demanda del demandado-recurrente que la sentencia encuentra fundado no se ajusta, en mi opinión, al rigor de la técnica, porque si a través de él se acusa el fallo del Tribunal con el fundamento de que, contrariamente a lo que éste dijo, la acumulación de pretensiones hechas en la demanda de mutua petición no es indebida, para integrar la proposición jurídica indispensable el recurrente ha debido denunciar también el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, que es el que consagra el derecho de agregar varias pretensiones en una sola demanda, a la vez que determina los requisitos para que dicha acumulación no resulte indebida. Y es lo cierto que esa presunta violación no se denuncia, siendo que en tal precepto apoyó el *ad quem* su sentencia.

Permítaseme observar, de otro lado, que el sentenciador de segundo grado en nada, pero absolutamente en nada alteró el contenido objetivo que la demanda de reconvención presenta, como que se limitó en su sentencia a determinar, con inocultable fidelidad, lo pedido en ella. Dice en efecto que mediante dicho libelo Saturia Cuéllar demanda a la sociedad "Elías Acosta Ltda.", "para que se le obligue a hacerle escritura... del inmueble descrito en el contrato... y a pagarle los perjuicios causados y las costas procesales, como petición principal; y, subsidiariamente, que se obligue a la expresada sociedad a celebrar con el reconviniente el contrato de promesa del mismo inmueble, o, a restituirle la suma de $ 1.000.000.00 equivalente al precio entregado por ella...".

Si el Tribunal de Ibagué estimó, frente a las obligaciones de hacer que se pretendían hacer efectivas, que se trata de una acción ejecutiva y no de conocimiento, ese presunto yerro *in judicando*, por referirse a la naturaleza y efectos que le atribuyó a la pretensión deducida y no al contenido objetivo de ella, no podría acusarse correctamente por violación indirecta, como aquí lo hace dicho impugnador.

3. Lo así discurrido me permite pensar, y así lo creo, que en el presente caso la Corte ha desconocido el principio jurídico que proclama la igualdad de las partes en el proceso, pues al paso que al demandante se le estudie su demanda de casación con todo el rigor del formulismo, para desecharle sus dos cargos por encontrarse antitécnicamente formulados; al demandado se le analiza su censura con indiscutible tinte de amplitud formal, y así se le acepta como fundada.

Dicho tratamiento desigual ha traído como consecuencia, a mi juicio, que la sentencia de la Sala resulta incoherente y falta de lógica jurídica. Porque no obstante el rechazo que de su

demanda de casación se hace, la Corte, al declarar "la nulidad del contrato de promesa de compra-venta...", y ordenar las prestaciones mutuas, acoge en su integridad las peticiones deducidas por el demandante principal; y porque a pesar de que se acoge uno de los cargos formulados en casación por el demandado y reconviniente, sus concretas pretensiones se desechan sin embargo.

4. Por contera la sentencia de la Corte, a más de que en su parte resolutiva no revoca o infirma la del juez de la primera instancia, lo que de por sí constituye un procedimiento antitécnico con posibilidad de engendrar cualquier efecto procesal, condena en las costas del recurso extraordinario a la parte que a la postre resultó victoriosa, pues es verdad incuestionable que sus peticiones iniciales se han acogido totalmente. Y esa decisión le infunde a la sentencia sabor de injusticia, cuando menos aparente.

Humberto Murcia Ballén

Bogotá, D. E., noviembre 13 de 1981.

APELACION ADHESIVA

Oportunamente interpuesta, es autónoma, no está subordinada al recurso a que adhiere; pero para que sea procesalmente viable es necesario que exista la apelación principal. En firme el desistimiento del apelante, la competencia del Tribunal se agota, no pudiendo pronunciarse sobre la admisión del recurso adhesivo, porque ello equivale a revivir procesos legalmente concluidos.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., 25 de noviembre de 1981.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia del 1º de octubre de 1980, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de la sociedad Urdaneta Gálvez Limitada contra Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Antecedentes

1. Urdaneta y Gálvez Limitada, compañía comercial de responsabilidad limitada constituida y domiciliada en Bogotá, demandó por la vía ordinaria a Ferrocarriles Nacionales de Colombia, empresa industrial y comercial del Estado, ante el Juez Trece Civil del Circuito de Bogotá, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

1ª Que los Ferrocarriles son responsables de los perjuicios causados a la demandante, por razón de la avería y pérdida de los elementos consignados a dicha firma, hechos que ocurrieron con ocasión del accidente que tuvo lugar el 7 de agosto de 1974.

2ª Que, en consecuencia se condene a Ferrocarriles a pagar las siguientes sumas:

a) US$ 54.068.65 o su equivalente en moneda nacional al momento del pago, por valor de las mercancías perdidas;

b) US$ 13.517.16 o su equivalente en moneda nacional para el momento del pago, por concepto de lucro cesante;

c) Los fletes correspondientes al transporte;

d) Los intereses comerciales corrientes desde la mora hasta cuando el pago se efectúe, y

e) Las costas procesales.

2. La causa para pedir se estructuró en los siguientes hechos:

a) La sociedad demandante importó varios repuestos y partes para ensamblar aviones marca Cessna y confió su transporte desde Santa Marta a Bogotá a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante las remesas férreas A 430909, 910 y 911 del 5 de agosto de 1974;

b) Como consecuencia de un accidente ocurrido en el trayecto se perdieron totalmente unas de esas mercancías y otras sufrieron graves averías que las inutilizaron, tal como consta en el acta de avería suscrita el 10 de septiembre del mismo año. Y el 19 siguiente Urdaneta y Gálvez Limitada formuló reclamación oficial a los Ferrocarriles, que no fue atendida no obstante que todo el material quedó convertido en chatarra, siendo luego rematado por el Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas por intermedio del martillo del Banco Popular.

3. El demandado se opuso y formuló varias excepciones, cuya descripción no viene al caso. Y el proceso, después de practicadas las pruebas y alegatos de las partes, terminó en su primera instancia con fallo del 8 de marzo de 1979, que declaró no probadas tales excepciones y acogió la primera petición de la demanda y las contenidas en los literales b), d) y e) de la segunda súplica.

4. Por apelación del demandado subió el negocio al Tribunal de Bogotá, en donde antes de

ser admitido el recurso, el propio apelante desistió de él, pero durante el término de ejecutoria del auto que aceptó el desistimiento, la demandante solicitó reposición de dicho auto y simultáneamente adhirió a la apelación de su contraparte, como resultado de lo cual el Tribunal dejó en firme lo relativo al desistimiento del demandado y apelante principal, pero aceptó la apelación adhesiva de la firma demandante.

Y luego de frustrado intento de nulidad de la actuación, promovido por el demandado y que el Tribunal le negó de plano, terminó la segunda instancia con fallo del 1º de octubre de 1979, que reformó el del inferior en el sentido de extender en abstracto la condena del literal a) de la segunda súplica, para su posterior liquidación conforme al artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, y negarla en cuanto al literal c), sentencia contra la cual el demandado interpuso el recurso de casación que ahora ocupa a la Corte.

Las motivaciones del fallo impugnado

1. Como cuestión previa analiza lo relativo a la apelación adhesiva de la parte demandante, que puede proponerse hasta el vencimiento del término para alegar en la segunda instancia, condición que se cumplió en el proceso y, por ser esta especie de apelación completamente autónoma, debe recibir despacho de mérito aun cuando el apelante principal hubiere desistido de su recurso.

2. Luego sin encontrar reparo a los presupuestos procesales, comienza por estudiar la responsabilidad civil del transportador y concluye que es acertada la determinación del *a quo* en el sentido de declarar responsable al demandado y de condenarlo al pago del valor de las mercancías, más sus intereses comerciales corrientes desde la fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda hasta cuando el pago se efectúe.

3. Acomete el estudio de la sentencia de primer grado y concluye que en ella se omitió decidir sobre las pretensiones de resarcimiento del daño emergente, solicitado en cuantía de US$ 54.068.64, y de reintegro de los fletes, cancelados para concluir que la primera es aceptable y que en ese sentido debe adicionarse el fallo apelado, pero no mediante condena líquida sino abstracta, para su posterior liquidación, según el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. Y como no encuentra justificado lo relativo a fletes, absuelve de esta súplica al demandado.

La demanda de casación

Trae tres cargos, en su orden enmarcados en las causales segunda, cuarta y quinta, y que por estar llamado a prosperar este último, a él contrae la Corte su estudio y decisión.

Tercer cargo. En el ámbito de la causal quinta se acusa la sentencia por haber recaído en un proceso en el cual se incurrió en la nulidad prevista en el numeral 3 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, pues al no haber concluido el proceso con la sentencia de primer grado, de la cual únicamente apeló la demandada y luego desistió del recurso, la continuación del mismo y su posterior decisión por parte del Tribunal, no sólo hizo más gravosa la situación de la única parte apelante, sino que fue nula por haberse surtido en un proceso legalmente terminado.

Agrega el censor que como el escrito de desistimiento fue presentado el 1º de junio de 1979, a ese día se retrotraen todos sus efectos, "por lo cual, cuando once días después la parte demandada pretendió adherirse a la apelación, su actuación debió ser considerada extemporánea e inoportuna, luego no podía el *ad quem* continuar con actuación alguna, posterior al auto del 6 de junio, siendo su obligación devolver de inmediato el negocio al inferior".

Y remata diciendo que la nulidad en cuestión no ha sido saneada y, por tanto, debe acogerse.

Considera la Corte

1. *La apelación adhesiva consagrada en el nuevo Código de Procedimiento Civil, ciertamente tiene carácter de autónoma en cuanto, oportunamente interpuesta, no depende a modo de injerto de la apelación principal formulada por la contraparte.*

De ahí su independencia y su no carácter de secundaria ni subordinada al recurso a que adhiere.

Pero sí es indispensable, para que tal figura sea procesalmente viable, la existencia jurídica del recurso de apelación principal.

Y al efecto, valga como ejemplo el de apelación interpuesta por una de las partes contra providencia que para ella no sea susceptible de recurso tal y que así venga a declararse en el auto inicial que el superior debe dictar para ad-

mitir o rechazar la alzada: en caso de rechazo ya no cabe apelación adhesiva, por sustracción de materia.

Ahora bien: si en apariencia en este pleito la apelación de la parte demandada, única con carácter de principal, aún no había sido admitida o rechazada por el Tribunal para cuando se formuló la adhesión, no lo es menos que antes de llegar el proceso a esa etapa la recurrente desistió el 26 de mayo de 1979 de tal recurso, no sin anotar que por auto del 30 del mismo mes el memorial respectivo junto con el expediente, pasó a la secretaría, para ser presentado personalmente dicho memorial por su signatario dos días más tarde y luego volver al Despacho.

O sea, en la práctica el demandante tuvo ocasión de adherirse a la apelación en tránsito de desistimiento antes de haber sido admitido este por el ad quem, y así haber adquirido oportuna autonomía procesal en cuanto a tal adhesión.

2. *Adicionalmente, muestran los autos que mediante providencia del 6 de junio siguiente se admitió el desistimiento invocado por la demandada, se declaró ejecutoriada la sentencia del a quo y se ordenó devolverle el expediente.*

Sin embargo, el demandante solicitó en tiempo reposición de dicho proveído, con el único argumento de que simultáneamente estaba adhiriéndose a la apelación principal del demandado, recurso que le fue resuelto favorablemente por el Tribunal con el argumento de que tal desistimiento se había formulado antes de haberse resuelto sobre la admisión de la alzada. Y a renglón seguido dispuso el sentenciador "reponer, para revocar el auto de seis de junio pasado, en la parte que declaró ejecutoriada la sentencia de primera instancia y ordenó devolver el proceso al juzgado de origen. Queda en firme en todo lo demás. Ejecutoriado este auto, vuelva el proceso al Despacho para resolver sobre la apelación adhesiva interpuesta por el apoderado de la parte actora" (Fl. 5 vto. Cdno. 3, subraya la Corte).

3. *Entonces, la realidad procesal en este negocio es que, al decidirse la reposición en comentario, se dispuso expresamente dejar en firme la aceptación del desistimiento y esperar a la ejecutoria de tal resolución para encarar lo relativo a la súplica de apelación adhesiva.*

4. *Fluye de lo anterior que para cuando el Tribunal estimó oportuno considerar la petición del demandante en el sentido de adherir a la apelación principal del demandado, esta apelación ya no tenía legal y procesal existencia, pues ya estaba en firme el auto admisorio de su desistimiento.*

Por tanto, no existía a qué adherir y, por ende, la competencia del Tribunal se había agotado o desaparecido por sustracción de materia, como quiera que la alzada en virtud de la cual le llegó el negocio a su conocimiento, había dejado de tener vigencia por auto ejecutoriado y obviamente precluída la segunda instancia.

5. *De ahí que el cargo en estudio está llamado a prosperar, pues con la actitud censurada por el recurrente el Tribunal incurrió en la nulidad que, para cuando se reviven procesos legalmente concluídos como ocurrió en este ordinario, prescribe el numeral 3 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.*

Nulidad insanable por demás y que en modo alguno se enerva, para ser planteada en casación, el haber sido alegada y decidida desfavorablemente ante el Tribunal.

De ahí que prospere el cargo en estudio.

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, CASA la sentencia dictada en 1º de octubre de 1980 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario de Urdaneta y Gálvez Limitada contra Ferrocarriles Nacionales de Colombia y DECRETA la nulidad de lo actuado a partir del auto del veintiocho de junio de mil novecientos setenta y nueve, inclusive, en adelante.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS
NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA

La facultad del juzgador para declarar de oficio de nulidad absoluta de los actos o contratos no es ilimitada.

CIRCUNSTANCIAS QUE DEBEN CONCURRIR

Exigencias legales para que la promesa de celebrar un contrato sea fuente jurídica de obligaciones y cuya omisión afecta la promesa de nulidad absoluta. La Corte insiste en su doctrina sentada en sentencia de 19 de enero de 1978, respecto a la necesidad ineludible de que en la promesa de compraventa de inmuebles se determine con precisión la notaría donde ha de otorgarse la Escritura pública, so pena de que el objeto de la promesa quede indeterminado y, por ende, ésta no produzca efecto alguno.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Alberto Ospina Botero.

Bogotá, D. E., 1º de diciembre de 1981.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 27 de abril de este año, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el proceso ordinario adelantado por Jorge Berges Tolsa contra Isaías Hernán Ibarra.

Antecedentes

I. En demanda que por repartimiento le correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, solicitó el mencionado demandante que se le declarara dueño del bien raíz descrito en la demanda y se condenara al demandado a la restitución del inmueble con las cosas que forman parte de él, junto con los frutos civiles que el dueño hubiere podido percibir "durante todo el tiempo que lo ha tenido en su poder, a justa tasación de peritos, con deducción de las sumas pagadas por el demandado a buena cuenta del precio del mismo inmueble y por razón de intereses liquidados sobre el saldo de dicho precio, en razón del principio de contrato de compraventa del mismo inmueble que existió entre el demandante y el demandado".

Pidió además que se condenara al demandado a pagar al demandante el valor de los deterioros causados al inmueble y que aquél "carece de derecho a que se le abonen las mejoras útiles hechas antes de la contestación de la demanda, así como las voluptuarias hechas en cualquier tiempo".

II. Los hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones, pueden resumirse así:

a) Jorge Berges Tolsa, como propietario de un bien raíz situado en la ciudad de Cali, lo cual acredita con la Escritura pública número 4140 de 16 de junio de 1970 de la Notaría Segunda del Círculo de Cali, confirió poder a Julio Martínez "para vender el inmueble prementionado y para suscribir escritura pública y firmar también el respectivo documento de promesa de compraventa";

b) Julio Martínez, en ejercicio del mandato, celebró con Isaías Hernán Ibarra contrato de promesa de venta, respecto del bien raíz citado,

convención que se consignó en documento firmado el 24 de agosto de 1973 y, desde entonces, el prometiente comprador Ibarra "entró a ocupar el inmueble objeto de la compraventa prometida";

c) Inicialmente se estipuló en el contrato de promesa que la escritura pública del contrato prometido se firmaría a los "treinta días, contados a partir del 24 de agosto de 1973, fecha del documento de promesa" y, a pesar de que el prometiente vendedor estuvo presto a cumplir con lo de su cargo, no ocurrió lo propio por parte del prometiente comprador Isaías Hernán Ibarra, puesto que "no estuvo listo para suscribir la documento, como consta de los documentos que presenta con la demanda (certificado de propiedad y tradición del inmueble, certificado de la Tesorería Municipal de Cali sobre paz y salvo del mismo inmueble y certificados que acreditan que Jorge Berges Tolsa se encontraba a paz y salvo con el Tesoro Nacional por 'impuestos de renta y patrimonio y complementarios... Y para acreditar que el prometiente comprador no se encontraba listo para suscribir la escritura de venta, basta la carta dirigida por él al señor Jorge Berges, fechada en Bogotá, D. E., a 27 de septiembre de 1973..."";

d) Como el demandado Ibarra no estuviera "en condiciones de suscribir la escritura pública de venta, solicitó y obtuvo del señor Julio Martínez, apoderado del señor Jorge Berges, que se extendiera y firmara un nuevo documento llamado de 'adición a una promesa de venta de una casa', documento éste en el cual ya no se fijó término alguno para el cumplimiento del contrato prometido, mediante el otorgamiento de la respectiva escritura pública; pero en cambio sí se ratificaba la entrega material hecha del inmueble prometido en venta";

e) El "contrato llamado de adición al de promesa de venta carece de valor legal, por cuanto no se fijó término para la formalización de la compraventa prometida, mediante el otorgamiento de la escritura pública correspondiente";

f) Desde la fecha en que se suscribió el documento contentivo del contrato de promesa de venta el demandado se encuentra en posesión del inmueble "que quiso, pero que no pudo comprarle" al demandante, quien conserva el señorío sobre el bien.

III. En la oportunidad legal el demandado respondió el libelo en el sentido de admitir unos hechos y de aclarar otros, tales como el de que la entrega material del inmueble se efectuó "a principios de octubre del año de 1973" y la casa fue ocupada por el demandado "a mediados del mes de diciembre" del mismo año; que el demandado "solicitó y obtuvo del señor Berges una prórroga para suscribir la escritura de compraventa"; que no se firmó un nuevo documento sino una adición al anterior, por lo cual el término para cumplir el contrato seguía siendo el mismo, puesto que no fue modificado con la adición; que el demandado le pagó al demandante, el 6 de febrero de 1974, la suma de $ 40.000.00 que se había comprometido y, al recibir éste esa cantidad, eventualmente habría sanenado "la presunta mora"; que el demandado ha pagado, a buena cuenta del precio del inmueble "una suma superior" a $ 300.000.00, fuera del valor de las mejoras que aprecia en $ 150.000.00; que Ibarra ha pagado directamente, a cuenta del precio, a Berges, la suma de $ 200.000.00; al Banco Central Hipotecario, por cuenta de Berges, y en impuesto predial, hasta el tercer trimestre de 1974, una suma superior a $ 88.000.00, más intereses del 2% mensual hasta el mes de octubre del año antes citado, sobre $ 174.859.14, que es el saldo del precio; que el documento de adición es válido, como quiera que el término para la solemnización del contrato se había fijado en el convenio de promesa "principal"; que al recibir el demandante del demandado la suma de $ 40.000.00 habría "renunciado tácitamente a la resolución del contrato, y con ese hecho purgado la presunta mora"; que el demandado "no es técnicamente poseedor, sino tenedor del inmueble".

Culmina el opositor proponiendo las excepciones que denomina de "petición antes de tiempo o de modo indebido, carencia de causa para pedir, y la innominada".

IV. Impulsado el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 2 de mayo de 1980, la cual resultó ser desfavorable al demandante, por lo que éste interpuso el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 27 de abril de este año, parcialmente confirmatorio del proferido por el *a quo*, resolución contra la cual la misma parte interpuso el recurso extraordinario de casación, que la Corte procede a decidir, por haberse agotado su trámite.

La sentencia del Tribunal

Luego de referir los antecedentes del litigio y afirmar que en él se encuentran reunidos los

presupuestos procesales, se ocupa el *ad quem* de los elementos de la acción reivindicatoria y a continuación sienta las reflexiones siguientes:

a) Que los litigantes coinciden en afirmar que la entrega del inmueble, materia de la reivindicación, tuvo "por causa el concierto de voluntades recogido en la promesa de contrato y su adición, presentadas a los autos por el demandante, quien manifestó hacerlo por vía informativa, ya que en su sentir dichos documentos carecen de eficacia jurídica;

b) Que como no aparece en el proceso elemento de convicción que ponga de manifiesto "que tal acuerdo hubiera sido invalidado o cumplido y las convenciones surten sus efectos hasta que judicialmente se las declare nulas (Art. 1740 C. C.), o resueltas (Art. 1546 *ibidem*), si las partes no deciden por acto de su voluntad dejarlas sin efectos (Art. 1602 C. C.), y como de otro lado, tampoco mediante este proceso se persigue ningún pronunciamiento al respecto, habida cuenta que las pretensiones deducidas en la demanda son las atinentes al ejercicio de la acción reivindicatoria con fundamento en el derecho real que como propietario tiene el demandante, sin buscarse para nada una decisión con sustento en el derecho personal o de crédito emanado de la promesa, por lo cual —además de que se estima que dicho enfoque no permite a la Sala examinar oficiosamente si el contrato contiene algún vicio que lo invalide, por ser extremo ajeno a la acción que se analiza—, se impide que puedan desconocerse sus efectos, y, por tanto habrá de aprehenderse la incidencia que la aludida relación convencional tiene frente al elemento de la acción de dominio que se revisa";

c) Que generalmente la promesa de contrato "no genera posesión sino mera tenencia, puesto que el presunto comprador ocupa la cosa prometida reconociendo necesariamente dominio ajeno". Empero, para que la entrega del bien prometido origine posesión, es indispensable, según la jurisprudencia, que en la promesa se estipule con claridad que el promitente comprador reciba la posesión material del bien y, esto fue lo que ocurrió en el presente litigio;

d) Que cuando la posesión del demandado proviene de una relación contractual celebrada con el demandante, para recuperar éste el bien debe aniquilar previamente la convención;

e) Que "encontrándose vigente la relación convencional suscrita entre las partes actuantes en este proceso, ese hecho no permite destruir la situación que ha generado, y relieva la improcedencia de la acción reivindicatoria que mediante este proceso se instauró";

f) Que no prosperando la pretensión de reivindicación, es superfluo el estudio de los medios exceptivos, por lo que se debe revocar el fallo *del a quo* únicamente lo que dispuso sobre reconocimiento de una de las excepciones propuestas.

La demanda de casación

Dentro del ámbito de la causal primera un único cargo formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, el cual hace consistir en quebranto de los artículos 2 de la Ley 50 de 1936, 1625 ordinal 8º, 1740, 1741 y 1746 del C. C., 89 de la Ley 153 de 1887 y 306 del C. de P. C., por falta de aplicación.

En el desenvolvimiento del cargo comienza el censor por afirmar que es inobjetable la consideración que hace el Tribunal en el sentido de la improcedencia de la acción reivindicatoria, sin un pronunciamiento previo de nulidad o resolución del contrato, cuando el demandado posee la cosa en razón de una convención celebrada con el demandante. Empero, el *ad quem* contradice la normatividad vigente, cuando sostiene en el fallo, que no habiéndose demandado nada sobre la nulidad, "no cabe 'examinar oficiosamente si el contrato contiene algún vicio que lo invalide' ".

A continuación el recurrente, una vez que transcribe lo dispuesto por los artículos 2 de la Ley 50 de 1936, 1740 y 1741 del Código Civil, añade que "tratándose de un contrato de promesa de compraventa, que por expresa exigencia legal debe 'contener un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato' prometido, y conforme con la jurisprudencia, debe señalar el círculo notarial y la notaría donde deben acudir las partes a otorgar la escritura mediante la cual se celebrará el contrato definitivo solemne *ad substantiam actus*, cuando quiera que ni fija plazo o condición ni lugar ni notaría para la celebración de dicho contrato, la promesa es nula de nulidad absoluta, de necesaria declaración oficiosa por parte del juez, con todas las consecuencias, inter partes". Por consiguiente, cuando el sentenciador de segundo grado afirma que "'es indispensable que se solicite la nulidad del contrato' ", es una postura que infringe lo dicho en los artículos enunciados al comienzo del cargo.

Sostiene más adelante el censor que "dada la naturaleza —función social— de la figura, es indispensable la determinación plena del contrato prometido o definitivo o principal, de modo que para su celebración apenas falte el advenimiento del día o de la condición o el lleno de las formalidades legales, como lo prescribe el numeral 4º del precepto citado; oportunidad determinada con un plazo determinable por medio de una condición, también imprescindibles, como quiera que no se puede dejar a tiempo indefinido o al capricho de una de las partes la vinculación y la ejecución misma de la obligación de hacer específico de celebrar el contrato final, como lo señala el numeral 3º del mismo artículo 89 de la Ley 153 de 1887". Posteriormente agrega que los requisitos consagrados en la ley, respecto del contrato de promesa, entre los cuales se encuentra el de la determinación de la oportunidad para la celebración del contrato definitivo, "son constitutivos del contrato preparatorio y, por lo mismo, su omisión implica nulidad absoluta, toda vez que se trata de exigencias atinentes a la naturaleza del acto y no a la calidad o estado o consentimiento de quienes intervienen en él".

Con cita de numerosas doctrinas de la Corte, el recurrente insiste en que la nulidad absoluta debe ser declarada de oficio por el juez, tal como lo dispone el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, sobre la base de que aparezca de manifiesto; que en el proceso respectivo sean partes quienes lo fueron en el acto o contrato nulo y, que el acto o contrato nulo haya sido invocado en el litigio, o sea, en apoyo de la pretensión de alguna de las partes.

Se desplaza luego el censor al examen de la promesa de compraventa y su adición, de la cual deduce:

a) En la promesa de 24 de agosto de 1973 se fijó un término de 30 días, a contar de su fecha para otorgar la escritura pública correspondiente a la celebración del contrato prometido, "pero no se indicó el círculo notarial ni notaría alguna para ello".

Por otra parte, la adición se convino y suscribió el 28 de noviembre del mismo año, luego de expirado el término convencional, "y en ella se omitió de nuevo toda mención del círculo notarial y notaría para otorgar la escritura de compraventa, mediante la cual se habría de celebrar la venta del inmueble, a la vez que se incurrió en otra falla fundamental: no se señaló plazo o condición alguno que fijaran la época en que habría de celebrarse el contrato prometido. Vencido el término de 30 días fijado en la promesa de agosto, la ausencia de plazo o condición en la adición de noviembre no puede considerarse subsanada por aquel término expirado..., tanto la falta de determinación de la notaría para celebrar la compraventa de inmueble, como, y con mayor realce, la falta de determinación de la época en que ha de celebrarse el contrato definitivo, constituyen causal de nulidad absoluta del contrato de promesa de contrato";

b) Las partes contratantes en el contrato de promesa, cuya nulidad aparece de la sola lectura del contrato, son cabalmente las partes en el presente litigio;

c) El contrato de promesa, con su correspondiente adición, fue invocado en el litigio.

Por último, el casacionista afirma que todo indica que el *ad quem* "se olvidó de que la ley no sólo no impedía, como él lo sostuvo, examinar oficiosamente el vicio ostensible de la promesa, denunciado desde la demanda y negado con subterfugios por el demandado al contestarla, y por ello materia de la controversia, para determinar si esa promesa podía o no sustentar la posesión del prometiente comprador hasta cuando se demandara expresamente su nulidad o su resolución; sino que, por el contrario, la imponía, como deber ineludible, leer el texto del documento de promesa y el de su adición y, percatado de que en ninguno de los dos se señaló notaría para otorgar la escritura de venta, y en el segundo, posterior a la finalización del plazo fijado en el primero, no se estableció plazo o condición para celebrar el contrato prometido, pronunciar la nulidad absoluta de la promesa y, por tanto, abstenerse de concederle los efectos tutelares de la posesión del demandado que le otorgó irregularmente.

"En tales circunstancias no se remite a duda que la sentencia dejó de aplicar el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, al omitir la declaración oficiosa de nulidad absoluta de la promesa, como se lo imponía dicho precepto, dado que aparece de manifiesto en los documentos por medio de los cuales se celebró, que el proceso se trabó entre las mismas partes contratantes, y que en él se invocó y exhibió tal contrato".

Se considera

1. *Los negocios jurídicos, según se ajusten o no a determinadas exigencias legales, pueden*

ser válidos o, por el contrario, pueden ser nulos (Art. 1740 del C. C.).

El contrato es nulo, entonces, cuando no viene revestido de la totalidad de los requisitos que disciplinan su validez, o sea, cuando carece de las exigencias siguientes: capacidad de las partes; consentimiento exento de vicios; licitud de objeto y de causa; y, formalidades impuestas por la naturaleza misma del contrato o por la calidad o estado de las personas que lo celebran (Arts. 1500, 1502 y 1740 del C. C.).

2. La nulidad de los actos jurídicos, según las causas que la originen puede ser absoluta o relativa. La primera, que se considera de mayor entidad, ofrece la particularidad consistente en que "puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley" (Art. 2, Ley 50 de 1936). La segunda, por el contrario, "no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios" (Art. 1743 del C. C.).

3. Se ha sostenido reiteradamente por la jurisprudencia, que la prerrogativa que le concede el artículo 2 de la Ley 50 de 1936 al juzgador para declarar de oficio la nulidad absoluta de los actos o contratos, no es ilimitada, puesto que sólo puede utilizar tal poder excepcional cuando concurran las circunstancias siguientes: "1ª Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derecho u obligaciones para las partes; y 3ª Que al pleito concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron" (sentencias de 9 de junio de 1882, VII, 251; 30 de junio de 1893, VIII, 340; 12 de junio de 1923, XXX, 59; 19 de agosto de 1935, LXII, 372; 26 de agosto de 1938, XLVII, 66; 5 de abril de 1946, LX, 363; 20 de mayo de 1952, LXXXII, 125; 22 de octubre de 1952, LXXIII, 395; 13 de diciembre de 1954, LXXIX, 245 y 246; 23 de septiembre de 1955, LXXXI, 148; 3 de julio de 1958, LXXXVIII, 519; 18 de agosto de 1958, LXXXVIII, 632; 29 de mayo de 1959, XC, 590; 15 de febrero de 1961, XCIV, 525).

4. Ahora bien, el carácter especial que la ley ha consignado a la promesa de celebrar un contrato, permite deducir, según lo tiene sentado la doctrina, que tal convención es fuente jurídica de obligaciones, pero sólo excepcionalmente, puesto que para que lo sea es necesario que concurran todas las circunstancias que consagra el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que son: a) que la promesa conste por escrito; b) que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces; c) que la promesa contenga un plazo o una condición que fije la época de celebración del contrato; y d) que en la promesa se especifique o determine de tal suerte el contrato prometido, que para su perfeccionamiento sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Cuando la promesa carece de cualquiera de las exigencias legales previstas por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, tal acto se encuentra afectado de nulidad absoluta, como claramente se desprende del artículo 1741 del Código Civil. "si la promesa de contrato —dice la doctrina de la Corte—, es un pacto solemne y si la ley señala las circunstancias o requisitos esenciales que deben concurrir para su existencia o validez, bien se comprende que la promesa en que se haya omitido alguno de tales circunstancias es nula de nulidad absoluta, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1741 del Código Civil. En efecto, conforme a esta disposición es nulidad absoluta 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 de las personas que los ejecutan o acuerdan'. Los requisitos o formalidades prescritos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 para la validez de la promesa son exigidos en razón a la naturaleza de tal pacto" (Cas. Civ. de 13 de diciembre de 1954, LXXIX, 245).

5. La severidad de las exigencias 3ª y 4ª, previstas por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, va destinada especialmente a eliminar la incertidumbre en cuanto a la época de celebración del contrato prometido y la determinación

del mismo. Por tanto, si la convención de promesa subestima tales exigencias, o las dos restantes consagradas por el mismo precepto, dicha omisión acarreo la nulidad absoluta de la promesa.

Por tal virtud, no se cumple la exigencia de determinar el contrato prometido, cuando se trata de una promesa de venta de un bien raíz y no se precisa la notaría en que ha de otorgarse la correspondiente escritura pública.

La Corte insiste en su doctrina sentada en sentencia de 19 de enero de 1979, que dijo sobre el particular: "Tratándose, pues, de promesa de contrato de compraventa de inmuebles, para satisfacer lo que demanda el artículo 89-4º de la Ley 153 de 1887, hácese indispensable la determinación de la cosa prometida en venta y el precio acordado, elementos esenciales de este contrato; pero por tratarse de inmuebles, es necesario, además, determinar con precisión la notaría en que, en su momento, ha de otorgarse la escritura pública, pues como lo enseña el artículo 1857 del Código Civil, en su inciso segundo, la venta de bienes raíces no se reputa perfecta ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública. Siendo contrato solemne esta clase de ventas, y consistiendo precisamente la solemnidad en el otorgamiento de escritura ante notario, indispensable se hace precisar la notaría donde ha de solemnizarse la venta de inmuebles.

"Pero existe otra razón para exigir que en el escrito de promesa de venta de bienes raíces se precise en qué notaría ha de otorgarse la correspondiente escritura de compraventa; de la promesa mencionada nace una obligación de hacer, pues los prometientes acuerdan, como sujeta materia de la promesa, el otorgamiento de la escritura; es este hecho el objeto prometido. De consiguiente, si ante cualquier notario del país o de quien haga sus veces en el exterior, se puede otorgar la escritura pública de venta de cualquier inmueble situado en el territorio nacional, síguese que es necesario precisar ante cuál de todos ellos debe hacerse el otorgamiento de ese acto, porque si se pasara en silencio tal precisión, habría indeterminación del objeto del contrato de promesa (Art. 1518 del Código Civil)".

6. Al confrontar las premisas sentadas con la situación litigiosa, se tiene que la promesa de contrato de venta de un bien raíz, con su correspondiente adición, celebrada entre los litigantes, invocada por las partes en el proceso, pone de manifiesto que los prometientes omitieron señalar la notaría pública, en donde se otorgaría la correspondiente escritura, o sea que tal convención es nula y que el Tribunal, al no decretar oficiosamente la nulidad absoluta que exteriorizo la mencionada promesa, por cuanto consideró que requería petición de parte, infringió las normas sustanciales indicadas en la censura. Por tanto, se impone casar la sentencia impugnada, a fin de que la Corte, en instancia, pronuncie la de reemplazo.

Sentencia sustitutiva

1. De acuerdo con lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil, se tiene que es efecto general y propio de toda declaración judicial de nulidad el de restaurar las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. De suerte que cada una de las partes tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato invalidado. Y respecto de otras restituciones que hayan de hacerse los contratantes, dispone el mismo precepto que cada cual será responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes, "todo el o según las reglas generales", o sea, aquéllas consagradas por el código en el capítulo IV del título XII del libro segundo, que reglamenta las recíprocas prestaciones que deben hacerse vencido y vencedor en los procesos reivindicatorios.

2. En la especie de esta *litis* el demandado, a quien se le considera de buena fe, fuera de la obligación de restituir el inmueble (artículos 961 y 962, C. C.), deberá pagar el valor de los frutos percibidos o que hubiere podido percibir el demandante con mediana inteligencia y actividad (artículo 964 Código Civil), a partir de la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda.

3. Por su parte, el demandado Isaías Hernán Ibarra, como ha ejecutado mejoras en el predio que debe restituir, tiene derecho a que se le abone su valor, teniendo en cuenta su condición de poseedor de buena fe (artículos 965, 966 y 967 del C. C.).

4. Los peritos, en dictamen preciso y bien fundamentado, le fijaron al valor de los frutos civiles, desde el 24 de agosto de 1973 al 30 de septiembre de 1980, la suma de $ 523.601.96, cantidad que descomponen así:

"Del 24 de agosto de 1973 al 31, ocho días a razón de $ 205.36 diarios ... ... $	1.232.16
"Del 1º de septiembre de 1973 al 31 de diciembre de 1979, o sea 76 meses a razón de $ 6.161.00 .	468.236.00
"Del 1º de enero de 1980 al 30 de septiembre, o sean 8 meses a razón de $ 6.777.10	54.216.80
"Suma el valor de los frutos civiles ... ...$	523.604.96"

Teniendo en cuenta que el demandado vencido, por su condición de poseedor de buena fe, sólo debe pagar los frutos civiles que hubiere podido producir la cosa desde la notificación del auto admisorio de la demanda hasta que se verifique la restitución, resulta entonces que debe responder de los producidos o que hubiere podido producir el inmueble, a partir del 16 de febrero de 1976 hasta que se efectúe la entrega así:

Del 16 de febrero de 1976 al 29 del mismo mes, o sea, catorce días, a razón de $ 205.36 ... ... $	2.875.04
Del 1º de marzo de 1976 al 31 de diciembre de 1979, o sea, 46 meses a razón de $ 6.161.00 mensuales	283.406.00
Del 1º de enero de 1980 hasta el día 1º de diciembre de 1981, fecha de esta sentencia, o sea, 23 meses, a razón de $ 6.777.10 mensuales	155.873.30

De la fecha de la sentencia hasta que se efectúe la entrega, el demandado pagará al demandante la suma de $ 225.90 diarios.

5. Respecto de las mejoras a que tiene derecho el demandado, los peritos las avaluaron en la suma de $ 380.000.00, cantidad que debe pagar el demandante.

6. Viene de lo dicho, que se impone decretar la nulidad absoluta de la promesa de compraventa celebrada entre las partes litigantes, con las consiguientes prestaciones mutuas, pues las excepciones alegadas no se abren paso.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 27 de abril de este año y, actuando en instancia, resuelve:

1º Revócase la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali el 2 de mayo de 1980.

2º Decrétase la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa, con su adición, celebrado entre las partes litigantes el 24 de agosto de 1973 y complementado el 28 de noviembre del mismo año.

3º En consecuencia, condénase al demandado a restituir al demandante, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, el bien raíz materia de la negociación y descrito en la demanda, y condénase a este último a restituir al demandado lo que éste hubiere pagado en razón del contrato invalidado. Sobre los abonos hechos a capital, se pagarán intereses legales, a partir de la fecha que se hicieren.

4º Condénase al demandado a pagar al demandante, por concepto de frutos civiles, la suma de $ 442.151.31. Además, pagará la suma de $ 225.90 diarios, desde hoy hasta cuando se efectúe la restitución del inmueble.

5º Condénase al demandante a pagarle al demandado, por concepto de mejoras hechas en el predio, la suma de $ 380.000.00.

6º Dispónese la compensación de los valores por frutos y mejoras hasta concurrencia del menor de estos valores.

7º Como el valor de las mejoras es inferior al de los frutos no hay lugar a derecho de retención.

8º Condénase al demandado al pago del cincuenta por ciento de las costas de ambas instancias.

9º No hay lugar a costas en el recurso extraordinario de casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper (salvó el voto), *Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.*

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

Salvamento de voto

Como no comparto la apreciación de la mayoría de la Sala en cuanto a que la mera falta de indicación en la promesa de venta de la Notaría en que debe celebrarse el contrato prometido, constituya motivo de nulidad de aquélla, debo reproducir en lo pertinente mi salvamento de voto a la sentencia del 29 de enero de 1979 que el fallo anterior invoca como respaldo de su tesis en ese sentido.

"El recurrente comparte la apreciación del Tribunal de que la promesa de venta cuya validez se debate en este proceso se sujetó a las exigencias que contienen los numerales 1º a 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887. La acusación versa, pues, únicamente sobre el cuarto de tales requisitos y consiste en la falta de aplicación de las normas atinentes a la nulidad de los actos jurídicos y en la equivocada interpretación que le dio el fallador al texto en referencia que es del siguiente tenor: 'La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes... 4ª Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales'.

'Especificar es, según el diccionario, «explicar, declarar con individualidad una cosa», dice el expositor chileno José Osuna Gómez. Lo que ha querido exigir el legislador con esta expresión, es que el *contrato prometido* esté determinado o explicado en forma clara y completa, a fin de que no haya duda al otorgarlo'. (Del contrato real y de la promesa de contrato real. Ed. Nascimiento, Santiago, 1947, pág. 203).

'La expresión especificar del legislador quiere decir que el contrato prometido se individualice de tal manera, que no pueda confundirse con otro, en forma que las partes, al celebrar el contrato prometido, no tengan que hacer ningún agregado'. (Alessandri y Somarriva, Curso de Derecho Civil, Tomo IV, Ed. Nascimiento, Santiago, 1942, páginas 354 y 365).

"Al comentar el requisito de que se viene hablando, dice don Fernando Vélez: 'Se exige esto, porque si la promesa no contiene los elementos del contrato prometido, cada parte quedaría en libertad de no cumplirla, negándose a ponerse de acuerdo con la otra, acerca del elemento que faltara. Así es que si la promesa es la venta de una casa, deben determinarse ésta y su precio (artículo 1849)'. (Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, 2ª Ed. Tomo VI, pág. 237).

"Como se ve, las exposiciones transcritas coinciden en considerar que esa *determinación* a que se refiere el texto legal que se estudia, versa exclusivamente sobre el contrato prometido, tal como aparece con claridad meridiana de su texto. 'Que se determine de tal suerte el contrato que para perfeccionarlo...'. Es obvio que el legislador se está refiriendo al contrato prometido y no al de promesa, porque este último se entiende que ya está perfeccionado con el cumplimiento de las formalidades que establece el citado artículo 89. Dada la claridad del texto legal transcrito, al intérprete no le es dado desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

"Pues bien, no puede considerarse que dentro de la 'determinación del contrato prometido' está la indicación exacta de la Notaría en la que haya de otorgarse la escritura de venta que convinieron en suscribir prometiente vendedor y prometiente comprador, o, al menos, la ley no lo exige así, ni lo insinúa siquiera. Esa es una estipulación que para mayor claridad y conveniencia de los contratantes importa expresar en el documento de promesa, pero no hay norma positiva que exija en modo alguno que esa indicación sea requisito esencial de ésta.

"La determinación de esa circunstancia lleva a que se apliquen las reglas generales sobre el pago de las obligaciones, como con acierto lo observa el Tribunal. Recuérdese que al tenor de los artículos 1645 y 1646 no es indispensable que en la convención se designe lugar para satisfacer las prestaciones que de ella surgen. Este último artículo dice que a falta de estipulación al respecto, si se trata de cuerpo cierto 'se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación. Pero si se trata de otra cosa, se hará el pago en el domicilio del deudor'.

"El pago, en el caso *sub judice*, consistía en el otorgamiento de la escritura de la venta prometida, que, según lo dicho, podía hacerse en el domicilio de los contratantes (Palmira, según lo declararon en el documento de promesa), y en caso de haberlo cambiado, en el lugar en que aquéllos convivieran.

"No puede presumirse de imposibilidad de que los contratantes convinieran 'en cuál de las Notarías de Colombia' —como dice el recurren-

to— debía firmarse la escritura de la venta objeto de la promesa, porque ello no se compadecería con lo que dispone el artículo 1602 acerca de que los contratos deben ejecutarse de buena fe. No puede suponerse tampoco que las partes que acuerden un negocio jurídico tienen de antemano el propósito de incumplir las obligaciones que éste les impone. Por el contrario, esta Corporación ha expuesto que 'los principios que gobiernan la dinámica contractual imponen a cada uno de los contratantes ligados por una convención, poner de su parte todos los medios a su alcance para cumplir sus respectivas obligaciones'. (LXXXVII, página 650).

"Por otra parte, para que la omisión que se comenta pudiese ser considerada como motivo de nulidad de la promesa, habríase requerido que el legislador la hubiese enumerado dentro de los requisitos esenciales de ese contrato, que no lo hizo, o que lo hubiese erigido expresamente en causal de invalidez de la misma. Es axioma de derecho lo que expresan los expositores franceses: *Pas de nullité sans texte*. La Corte ha dicho que 'en punto de nulidades, tanto procesales como sustanciales, nuestra legislación se ha inspirado siempre en el principio de que ningún acto puede declararse nulo si la nulidad no se halla formalmente consagrada en la ley, por el carácter de sanción que aquélla tiene'. (Cas. civ. 30 de junio 1972, CXLII, pág. 250.)

"Esa determinación del contrato objeto de la promesa de que se viene tratando, tampoco significa que en ella deban convenirse de antemano todos y cada uno de los pormenores del contrato prometido, tales como la fecha de entrega de la cosa, el día y la forma de pago del precio o de parte del mismo y si se concede plazo al efecto, cuál sea la tasa de interés durante el plazo o durante la mora. Una cosa es el contrato de promesa, con sus elementos esenciales que detalla el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y otra, el contrato prometido, que si de venta se trata, aquéllos se reducen a la cosa existente, debidamente identificada, y al precio determinado en su guarismo cierto, pero nada más (artículos 1849, 1857, 1864 y 1870 C. C.).

"No es posible atar de antemano a las partes que celebran una promesa e impedirles que al cumplirla, solemnizando o perfeccionando el contrato prometido, en desarrollo de los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación, tenga a bien acordar las estipulaciones accesorias que quieran. Lo que importa es que en la promesa se determinen los elementos esenciales del contrato prometido, o sea, 'aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente', como lo expresa el artículo 1501 del Código Civil. Que se sepa exactamente qué clase de contrato es el que se comprometen a celebrar las partes que convienen en la promesa, que lo hagan constar por escrito, que se estipule un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse y finalmente, que el contrato prometido 'no sea de aquéllos que las leyes declaran ineficaces' por falta de los requisitos que establece el artículo 1502 (no del 1511, como equivocadamente aparece en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887)".

Por estos motivos deploro no compartir la decisión proferida por la mayoría de la Sala.

José María Esguerra Samper

Fecha *ut supra*.

LEGITIMACION EN LA CAUSA

No es presupuesto procesal; ella mira a la pretensión y no a las condiciones para la integración y desarrollo regular del proceso.

A falta de legitimación por activa o por pasiva, la sentencia debe ser absolutoria; de otra manera se permitiría que el litigante ilegítimo promoviera nuevamente el proceso o que contra él se iniciara de nuevo la acción, dando lugar a una cadena de inhibiciones interminable.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

Bogotá, D. E., 4 de diciembre de 1981.

Procede la Corte a desatar el recurso de casación que la parte demandada interpuso contra la sentencia del 4 de abril de 1981, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso ordinario suscitado por Dalmira Adelma Yueo contra Oleoducto del Pacífico S. A.

I

El litigio

1. En demanda principal que fue admitida por el Juez 11 Civil del Circuito de Cali el 9 de abril de 1970, Dalmira Adelma Yueo demandó a la Compañía Oleoducto del Pacífico S. A. para que, rituado el proceso ordinario de mayor cuantía, se declarase que la sociedad anónima demandada es civilmente responsable de los daños causados en la finca "La Vega", de propiedad de la primera, por lo cual debe pagar la suma de $ 200.000.00 o la que pericialmente se determine y que, además, debe condenarse a la demandada a la construcción de las obras de defensa que sean necesarias para evitar que en el futuro se causen nuevos daños.

2. Los hechos de la *causa petendi* son los siguientes:

Por medio de la Escritura número 3785, otorgada el 26 de diciembre de 1968 ante el Notario Tercero del Círculo de Cali, la demandante compró a Rafael Esguerra Jaramillo, Nubia Ramos y Mery Ramos de Motta una finca rural conocida con el nombre de "La Vega", ubicada en el paraje "Juntas del Dagua", del Corregimiento de Cisneros, del Municipio de Dagua, con extensión aproximada de 22 hectáreas y cuyos linderos se expresan en el hecho primero de la demanda; que los vendedores dichos, según quedó consignado en la escritura de venta, facultaron a la compradora para demandar de la sociedad demandada los perjuicios causados en la finca La Vega "por la destrucción de la tubería del oleoducto por parte de la compañía"; que, en el año de 1967, Oleoducto del Pacífico S. A., sin las debidas precauciones y usando maquinaria pesada, arrasó la tubería de conducción de gasolina de Buenaventura a Cali, que pasaba por la mencionada heredad, "dejando canales al descubierto que, por razón de las fuertes lluvias, se rebosaban, precipitando tierra, lodo, piedras, etc.", en aluvión sobre la finca "La Vega", dañando cultivos en más de cuatro hectáreas; que en noviembre de 1968 y por falta de drenaje se produjo un gran deslizamiento de tierras con nuevos daños en el mismo fundo rural; que la compañía demandada ha reconocido, en varias ocasiones, ser culpable de los daños y en una de ellas hizo pago parcial a Rafael Esguerra por valor de $ 1.400.

3. La parte demandada, al dar respuesta al libelo principal, manifestó oponerse a sus peticiones.

4. Cuando el trámite de la primera instancia se había adelantado hasta el vencimiento del término probatorio, Rafael Esguerra, Nubia Ramos,

Mery Ramos de Motta y Henry Carvajal, en demanda *ad excludendum* que fue admitida por auto del 18 de abril de 1974, solicitaron que, con citación de la demandante Dalmira Adelma y de la sociedad anónima demandada, se declarase que pueden intervenir en este proceso en sustitución de la demandante y que, por tanto, se hagan en su favor las declaraciones que para sí había solicitado Dalmira Adelma Yuco Muñoz.

Como hechos de la *causa petendi* se alegó que mediante resolución 2070 del 21 de julio de 1955, el Ministerio de Agricultura adjudicó a Rafael Esguerra Jaramillo y Andrónico Ramos la finca "La Vega"; que Andrónico murió y son sus herederos Nubia Ramos y Mery Ramos de Motta; que por la Escritura número 3785 citada en la demanda principal, Esguerra y las Ramos dijeron vender a Dalmira Adelma Yuco la finca La Vega, pero la venta fue declarada absolutamente nula mediante sentencia del 29 de abril de 1972, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali; que Esguerra y las Ramos cedieron a Henry Carvajal Paz por medio de la Escritura número 2473 del 5 de septiembre de 1970, corrida ante el Notario Cuarto de Cali, el 20% de la finca La Vega; que los daños causados por el Oleoducto en la finca La Vega, a que hace referencia la demanda principal, deberán serles reparados a ellos.

Tanto la demandante principal como la sociedad demandada fueron notificadas del auto admisorio de la demanda *ad excludendum* y, guardaron silencio con relación a ella, pues si bien es cierto que la segunda dio respuesta, lo hizo extemporáneamente.

5. Agotado el trámite de la instancia, el juez del conocimiento dictó, el 11 de agosto de 1979, fallo en que declara la responsabilidad civil del Oleoducto del Pacífico S. A. por los daños ocasionados en la finca rural "La Vega"; la condena a pagar a los demandantes *ad excludendum* la suma de $ 369.720 y la absuelve de los cargos formulados por la demandante principal

6. Apelado este fallo por Dalmira Adelma Yuco y por la sociedad demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante sentencia del 4 de abril pasado, decidió: "Revócase la sentencia motivo de la apelación, y, en su lugar, *fíjase*:

"1º *Niégase* la demanda incoada por los señores Rafael Esguerra Jaramillo, Nubia Ramos y Mery Ramos de Motta. En consecuencia, *absuélvese* a la compañía 'Oleoducto del Pacífico S. A.' de los cargos que en dicho libelo se le formularon.

"2º No hay lugar a pronunciarse sobre el fondo de la pretensión instaurada por la señora Dalmira Adelma Yuco Muñoz.

"3º Condénase a la demandante principal y a la parte interviniente *ad excludendum* a pagar las costas de ambas instancias, por partes iguales".

Entonces, los intervinientes *ad excludendum* interpusieron el recurso de casación que, ahora, decide la Corte.

II

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Después de transcribir las peticiones de la demanda principal, de resumir los hechos en que se funda, de historiar el curso de la primera instancia y de hacer expresa referencia a la demanda *ad excludendum* que formularon Rafael Esguerra, Nubia y Mery Ramos y Henry Carvajal Paz, el sentenciador manifiesta que los demandantes pretenden indemnización originada en responsabilidad civil aquiliana. Precisa luego que como, por sentencia del Tribunal, se declaró la nulidad absoluta, por objeto ilícito, del contrato de compraventa celebrado por Dalmira Adelma Yuco con Esguerra y las Ramos, ya no existe el título que la compradora invocó como fundamento para demandar; que como en virtud de los efectos, ya realizados, de la declaración de nulidad de la mencionada compraventa, volvieron a quedar como propietarios de la finca "La Vega" los dueños anteriores. La demandante Yuco carece de "Legitimación para obrar y por cuanto que esta legitimación es un requisito de la pretensión, cuya ausencia impide que haya un pronunciamiento de mérito y da lugar, por tanto, sólo a una decisión inhibitoria".

En resumen, el Tribunal sustiene que por virtud del efecto retroactivo de la declaración de nulidad, la demandante Yuco nunca fue dueña del fundo rural en que la sociedad demandada causó daños, por lo cual los únicos legitimados en la causa son los demandantes *ad excludendum* y por ello debe dictarse sentencia inhibitoria frente a la primera.

Luego, entrando al estudio de los elementos de la responsabilidad extracontractual, el fallador dice que está plenamente probado el da-

ño causado en predios de la finca La Vega, pero que no existe demostración de que la fuente del daño hayan sido los trabajos que efectuó el Oleoducto del Pacífico S. A., para remover las tuberías de conducción.

El Tribunal expresa que tanto en el dictamen rendido en inspección judicial extraproceso, que se practicó sin citación de la contraparte, como en el de la inspección llevada a cabo durante este litigio, los peritos no fundamentaron sus conclusiones ni ofrecen los análisis científicos o técnicos que hayan hecho para concluir que la erosión en las tierras de los demandantes se debieron a trabajos descuidados de la compañía demandada. Sobre el punto, el Tribunal expone: "puestos los peritos a establecer las causas de los deslizamientos ocurridos en el predio de los actores, y particularmente a determinar si esos deslizamientos se originaron en los trabajos de remoción de la tubería del oleoducto, efectuados por la compañía demandada, bien por falta de elementos de juicio, bien por ausencia de conocimientos científicos o técnicos, acaso por ambos inconvenientes, lo cierto es que nada lograron aquéllos en ninguno de los aspectos indicados. Quien quiera que examine esas exposiciones periciales con ánimo desprevenido tiene que convenir con el Tribunal en que allí sólo se encuentran suposiciones, pero nunca deducciones lógicas basadas en hechos reales y en la evaluación científica o técnica de esos mismos hechos.

"Determinar las causas de un proceso de erosión es labor que requiere conocimientos especiales y que, por lo mismo, sólo pueden cumplirla con propiedad personas especialmente calificadas.

"Finalmente, en cuanto a la prueba testimonial aportada al proceso: Roberto Arturo Vidal Ramírez (Fls. 59 a 60 del cuaderno principal), José Isaac González, Germán Hincapié, Jaime Cruz y Holmer Policarpo Lozano (Fls. 1 a 11 del cuaderno número 6), apenas permite establecer que en el predio a que se refiere la demanda ocurrieron deslizamientos de tierras que causaron en él graves daños; que en ese mismo predio la compañía Oleoducto del Pacífico S. A. removió de un sitio a otro la tubería del oleoducto de su propiedad y que esos trabajos se ejecutaron en el año de 1965.

"Pero en cuanto a que esos trabajos fueran la causa de los deslizamientos en referencia, como los testigos no son expertos en esas materias, sus dichos no pasan de ser simples conceptos personales sin fuerza de convicción, o, en el mejor de los casos, indicios que tenían que confirmarse mediante la prueba especializada, técnica o científica.

"Además, las exposiciones de los testigos son demasiado incompletas, pues se refieren a los deslizamientos ya cumplidos; mas no al proceso que los antecedió, ya que no puede pensarse que ellos se presentaron de un día para otro".

La demanda de casación

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, ninguno de los cuales podrá prosperar como luego se dirá.

Cargo primero

Con apoyo en la causal segunda de casación, el recurrente alega que el Tribunal no se refirió en su sentencia a Henry Carvajal Paz, quien es uno de los intervinientes *ad excludendum*, pasándolo así por alto; que por ello y "por no pronunciarse sobre el fondo de la pretensión instaurada por la señora Dalmira Adelma Yuco" violó los artículos 4º, 37, numeral 2º; 53, 302, 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil, porque la situación del interviniente no debe quedar en el aire; porque no se hizo efectiva la igualdad de las partes en el proceso al dejar sin resolución a Carvajal Paz; porque la pretensión del interviniente se debía haber resuelto en primer lugar y, ya se vio, que nada se resolvió sobre los derechos de Carvajal Paz; porque, en fin, debía haberse resuelto sobre el fondo de la pretensión formulada por Dalmira Adelma Yuco, quien fue sustituida por los intervinientes.

Segundo cargo

Con fundamento en la causal primera de casación, el impugnante, denuncia quebranto de los artículos 95, 116, 187, 241, 242, 248, 252, 262, 264, 294 y 300 del Código de Procedimiento Civil, por las razones siguientes:

1º No se percató el Tribunal de que en la inspección judicial extrajuicio el Juez consiguó datos que por sí son plena prueba de su contenido, ni tuvo en cuenta que, no obstante la falta de citación de la contraparte, el dictamen tenía valor de indicio.

2º El Tribunal no estudió en conjunto los dos dictámenes de peritos y, por el contrario, los separó para su estudio individual, negándoles el valor que tienen.

8º Los testimonios de José Isaac González, Germán Hinapié, Jaime Cruz y Holmes Policarpo Lozano no fueron estudiados competentemente por el *ad quem*, pues les negó su fuerza probatoria, demostrativa de que los procederes descuidados de la sociedad demandada fueron la causa de los daños producidos en la finca La Vega.

IV

Consideraciones de la Corte

El primer cargo no podrá prosperar, porque si bien es cierto que tanto al historiar el proceso, como al consignar las consideraciones y elaborar la parte resolutiva del fallo, el Tribunal sólo mencionó como intervinientes *ad excludendum* a Rafael Esguerra Jaramillo, Nubia Ramos y Mery Ramos de Motta (folios 73, 74 y 77), pretiriendo (sic) así a Henry Carvajal Paz, quien actuaba no solamente como apoderado de aquéllos, sino también en nombre propio, es lo cierto que en ningún pasaje de la sentencia se le niega tal calidad. El fallador, seguramente por ligereza, simplemente dejó de relacionar su nombre entre las personas que son intervinientes, pero no la excluyó expresa ni tácitamente.

Sin embargo, como el fundamento de la decisión desestimatoria de la demanda de los intervinientes consistió en que, como de los tres clásicos elementos de la culpa sólo estaba demostrado el daño, y no la negligencia del Oleoducto del Pacífico S. A., ni la relación de la causalidad entre la culpa y el daño, hay que concluir que esa demanda se decidió adversamente no sólo frente a las personas que de modo expreso señala el fallo, sino relativamente a todos los intervinientes que patrocinaban tal petición. Cuando la sentencia recurrida dice: "Absuélvase a la compañía 'Oleoducto del Pacífico S. A.', de los cargos que en dicho libelo se le formularon", tal pronunciamiento no podría entenderse como una decisión sólo frente a lo pedido por Esguerra y las Ramos, dejando sin resolución la idéntica petición formulada por Henry Carvajal Paz. Esa absolución, como allí se expresa, cobija todos los cargos del libelo y, por tanto, no sólo las pretensiones de Esguerra y las Ramos, sino también las de Carvajal Paz.

Por el aspecto tratado no existe incongruencia, desde luego que habiendo sido la sentencia absolutoria de todos los cargos del libelo de los intervinientes, quedan decididas en su integridad las pretensiones en él contenidas.

Y tampoco hay incongruencia con relación a la demanda principal, pues habiéndose abstenido el Tribunal de pronunciarse sobre ella, por encontrar que faltaba un elemento que, en su sentir aunque notoriamente equivocado, era indispensable para pronunciar fallo de mérito, con ello no sentenció *ultra, minima o extra petita*, sino que se inhibió de hacerlo, lo cual no comporta desarmonía con lo demandado.

Pero aunque no existe incongruencia, la Corte en ejercicio de su misión de unificar la jurisprudencia nacional, se ve obligada a rectificar la tesis de la mayoría de la Sala de decisión del Tribunal en punto de presupuestos del proceso, prohijando lo expuesto por la Magistrada que salvó el voto.

Para proferir sentencia de mérito, es decir, para desatar el litigio, ya con fallo condenatorio, ora con sentencia absolutoria, es menester que la demanda sea idónea, que los litigantes tengan capacidad para ser parte y para comparecer al proceso, y que exista competencia en el fallador. Reunidos, pues, estos cuatro requisitos, la sentencia tiene que ser de mérito; pero si falta uno siquiera, entonces el juzgador tiene que abstenerse de pronunciarse sobre el fondo de los asuntos litigados y su fallo, si faltan los presupuestos de demanda en forma o capacidad para ser parte, ha de ser inhibitorio; y si falta alguno de los otros dos ha de anular lo actuado, pues la falta de competencia y la indebida representación generan nulidad, según lo dispone el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

La legitimación en causa, por tanto, no es presupuesto del proceso; alla mira a la pretensión y no a las condiciones para la integración y el desarrollo regular de aquél. Si no existe legitimación por activa o por pasiva, pero se reúnen los cuatro presupuestos del proceso, entonces la sentencia debe ser absolutoria, pues mal podría condenarse a quien no es la persona que debe responder del derecho reclamado o a quien es demandado por quien carece de la titularidad de la pretensión que reclama; y del mismo modo sería absurdo declarar la inhibición por falta de legitimación en la causa, pues así se permitiría que el litigante legítimo promoviera nuevamente el proceso o contra él se suscitara otra vez, y se iniciara así una cadena interminable de inhibiciones.

No puede confundirse, pues, la legitimación para el proceso, llamada también capacidad para comparecer a éste, con la legitimación en la

causa. Es patente que aquélla es un presupuesto procesal, como ya se vio, en tanto que ésta es un fenómeno sustancial que consiste en la identidad del demandante con la persona a quien la ley concede el derecho que reclama y en la identidad del demandado con la persona frente a la cual se puede exigir la obligación correlativa.

La Corte, sobre este punto y sin que haya modificado su criterio, ha dicho:

"Según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la legitimatio ad causam *consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva) (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185). Conviene desde luego advertir, para no caer en el error, en que incurrió el Tribunal que cuando el tratadista italiano y la Corte hablan de 'acción', no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es, como el Derecho subjetivo público que asiste a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de 'Derecho de pretensión', que se ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado. De donde se sigue que lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio sin motivo para decidirlo en forma adversa al actor. Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor.*

"Por cuanto una de las finalidades de la función jurisdiccional es la de componer definitivamente los conflictos de interés que surgen entre los miembros de la colectividad, a efecto de mantener la armonía social, es deber del juez decidir en el fondo de las controversias de que conoce, a menos que le sea imposible hacerlo por existir impedimentos procesales, como ocurre cuando faltan los presupuestos de capacidad para ser parte o demanda en forma. La falta de legitimación en la causa de una de las partes no impide al juez desatar el litigio en el fondo, pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame nuevamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdiccional cuya característica más destacada es la de ser definitiva". (CXXXVIII, 364/65).

En cuanto al segundo cargo, concluida su lectura, brota que el censor anduvo descaminado en su formulación, porque, a pesar de montarlo con apoyo en la causal primera, no señala como quebrantadas normas de derecho sustancial, ninguna de las que conceden al propietario el derecho a demandar la indemnización de los perjuicios causados en su predio por actos culposos o dolosos de otro y, además, porque habiendo formulado el ataque por la vía indirecta, omite expresar si los yerros que habría cometido el Tribunal fueron de hecho o de derecho, como terminantemente lo exige el artículo 374-3 del Código de Procedimiento Civil.

V

Resolución

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, NO CASA la sentencia de 4 de abril de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso ordinario suscitado por Dalmira Adelma Yneo frente al Oleoducto del Pacífico S. A.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Uribe-Holguín, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

DERECHOS HEREDITARIOS DEL HIJO ADOPTIVO

Régimen establecido por la Ley 140 de 1960. Semejanza de los derechos hereditarios del hijo adoptivo con los del hijo natural. Excepciones. Cuarta de mejoras. Siendo los hijos naturales destinatarios legales de la cuarta de mejoras, los adoptivos también debían serlo, aunque la ley no lo consagrara expresamente.

La Ley 5ª de 1975, al disponer que el hijo adoptivo "puede ser favorecido con la cuarta de mejoras" no quiso significar que antes de su vigencia no tuviera derecho a ella.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor
Humberto Murcia Ballén.

Bogotá, D. E., 9 de diciembre de 1981.

Se decide el recurso de casación interpuesto por algunos de los demandados contra la sentencia del 10 de marzo de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por Gloria Neira de Bernal en frente de Elvira de Rey y otros.

I

Antecedentes

Tomados del acervo probatorio practicado, por su trascendencia en el presente litigio es pertinente relevar los siguientes hechos:

1º Guillermo Neira Mateus y Susana Barrera Mendoza contrajeron matrimonio católico en la Iglesia Parroquial de "Las Nieves" de Bogotá, el 15 de febrero de 1920.

2º Previa la licencia judicial que al efecto les concedió el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, los citados cónyuges Neira Barrera, mediante el otorgamiento de la Escritura pública número 1236 de 20 de agosto de 1930, de la Notaría Quinta de esta ciudad, adoptaron conjuntamente a María Gloria de Jesús Neira, bautizada el 19 de mayo anterior.

La aceptación de esta adopción fue ratificada expresamente por la hija adoptiva, como ésta lo hizo consignar en la Escritura número 771 de 27 de abril de 1951, otorgada en la misma Notaría, tan pronto como ella llegó a la mayoridad.

3º El 27 de abril de 1950, mediante el otorgamiento de la Escritura pública número 1290 de la Notaría Séptima de Bogotá, los mentados Guillermo Neira y Susana Barrera de Neira, cónyuges entre sí, amigablemente resolvieron liquidar provisionalmente, dividir y distribuir algunos bienes de la sociedad conyugal por ellos formada, en la forma que dicho documento lo consigna.

4º Mediante la Escritura número 2274 de 22 de junio de 1951, pasada en la Notaría Séptima e inscrita en el registro el 6 de julio siguiente, el citado Guillermo Neira Mateus otorgó su testamento abierto, en el cual instituyó como su heredera universal a María Gloria de Jesús Neira de Bernal, su hija adoptada.

En su memoria expresó el testador que en el caso de que la asignataria instituida primeramente "falleciere antes que yo, lo que a ella dejo corresponderá a los hijos de la misma llamados Francisco de Jesús Bernal N., Gloria Susana Bernal N., actualmente menores de edad, a una niña hija de la misma señora Neira de Bernal y de su esposo Capitán Francisco Bernal, niña que nació ayer...".

5º El sobredicho Guillermo Neira Mateus murió en Bogotá el 8 de noviembre de 1951.

Y luego de ocurrido su óbito el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de dicha ciudad procedió a tramitar el correspondiente proceso

sucesorio, el que, una vez terminado, se protocolizó en la Notaría Primera de Bogotá, mediante el otorgamiento de la Escritura pública número 3365 de 18 de diciembre de 1952.

6º Para entonces, Susana Barrera de Neira, como que lo había hecho el 22 de junio de 1951 por Escritura número 2279, pasada ante el mismo Notario Séptimo, había otorgado su testamento abierto, en el cual, luego de dar cuenta de su matrimonio, de su carencia de hijos de sangre y de la muerte de sus padres, instituyó como herederos suyos, por partes iguales, a sus hermanas Elvira Barrera de Rey y Paulina Barrera de Baquero, a su marido Guillermo Neira Matens, a su hija adoptiva María Gloria de Jesús Neira B. de Bernal y, conjuntamente, en la quinta parte de sus bienes, al Seminario Conciliar de San José de Bogotá y a la Obra Pontificia de la Propagación de la Fe.

Mediante la cláusula quinta de su memoria, esta testadora estableció sustituciones para el caso de que los asignatarios personas individuales fallecieran con anterioridad a ella, así: la Sociedad de San Vicente de Paúl de Bogotá, en reemplazo de su hermana Paulina; María Gloria de Jesús Neira de Bernal, en reemplazo del cónyuge Guillermo Neira Matens; y, en sustitución de Elvira Barrera de Rey, los hijos de ésta, o sea Guillermo, Hernando y Graciela Rey Barrera.

Además, en su testamento la precitada Barrera de Neira legó a su marido Guillermo Neira Matens, y a María de Jesús Neira de Bernal como legataria sustituta del anterior, "los bienes muebles que me correspondieron en la liquidación provisional de la sociedad conyugal", verificada por medio de la Escritura número 1290 de 27 de abril de 1950.

7º Posteriormente, el 6 de abril de 1966, en codicilo otorgado mediante la Escritura pública número 1137 de la misma Notaría Séptima, la mentada Susana Barrera, a la sazón viuda de Guillermo Matens, expresó su voluntad de revocar el testamento por ella otorgado el 22 de junio de 1951, "en sus cláusulas cuarta (4ª) y quinta (5ª), referente a los derechos dejados a la señora Gloria Neira de Bernal, únicamente".

En ese mismo codicilo la testadora instituyó como sus herederos, en los derechos que pretéritamente había asignado a Gloria Neira de Bernal, conjuntamente y por partes iguales, a las instituciones denominadas "Comunidad de Hermanitas de los Ancianos de Pontibón" y "Asociación Colombiana pro Niños Retardados Mentales".

8º Así las cosas, el 10 de julio de 1974 ocurrió el óbito de Susana Barrera viuda de Neira.

Entonces, el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, a instancia de la citada Gloria Neira de Bernal, declaró abierto allí el sucesorio de aquélla, proceso en el cual se han reconocido como herederos a la peticionaria y a otros de los asignatarios instituidos en el testamento de la finada.

II

El litigio

1. Mediante escrito de 2 de marzo de 1976, aclarado por el de 14 de febrero del año siguiente y que por competencia correspondió al Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, la precitada Gloria Neira de Bernal demandó a Elvira Barrera de Rey y a las instituciones "Seminario Conciliar de San José", "Obra Pontificia de la Propagación de la Fe", "Sociedad de San Vicente de Paúl", "Comunidad de Hermanitas de los Ancianos de Pontibón" y "Asociación Colombiana pro Niños Retardados Mentales", a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que el testamento abierto otorgado por Susana Barrera de Neira, contenido en la Escritura pública número 2279 de 22 de junio de 1951 y revocado y sustituido parcialmente por Escritura número 1137 de 6 de abril de 1966, ambas de la Notaría Séptima del Círculo de Bogotá, "ha de entenderse modificado en cuanto se relaciona con la señora Gloria Neira de Bernal, quien en su condición de hija adoptiva de la testadora se considera instituida en su legítima rigorosa";

b) Que la demandante, como hija adoptiva que es de la testadora Barrera de Neira, tiene derecho a concurrir en la sucesión de ésta "para recibir la asignación que le corresponde como legitimaria en esa calidad: mitad legitimaria y cuarta de mejoras, sin perjuicio de su legado";

c) Que los demandados, en caso de haberse liquidado la herencia de dicha testadora con desconocimiento del derecho de la legitimaria, "deberán restituir los bienes y frutos correspondientes a ella", y

d) Que se condene a los demandados, igualmente, al pago de las costas procesales.

En subsidio de la primera de las súplicas aquí indicadas, la demandante solicitó la declaración judicial de que el testamento atrás referido, o sea el otorgado el 22 de junio de 1951 por Escritura número 2275, con la sustitución parcial que a él hizo la testadora por Escritura 1137 de 6 de abril de 1966, "queda reformado por el reconocimiento de la asignación forzosa que corresponde a la señora Gloria Neira de Bernal, como legitimaria de la testadora en su calidad de hija adoptiva suya, y reducido en sus efectos a la parte de libre disposición".

2. Además de algunos de los que fluyen de los antecedentes relatados, la demandante invocó como hechos constitutivos de la *causa petendi*, los que sustancialmente se compendian en las siguientes afirmaciones:

Que en el matrimonio de Guillermo Neira Mateus y Susana Barrera no hubo descendencia y los padres de ambos ya fallecieron; que a la muerte de aquél, ocurrida en Bogotá en noviembre de 1951, su sucesión se liquidó con arreglo al testamento por él otorgado el 22 de junio de 1951, mediante la Escritura número 2274 de la Notaría Séptima; que con anterioridad al fallecimiento de Susana Barrera murieron su esposo Guillermo Neira Mateus y su hermana Paulina Barrera, óbitos estos dos ocurridos, respectivamente, el 8 de noviembre de 1951 y el 21 de julio de 1963; y que en tales circunstancias son herederos universales de la testadora: "en una quinta parte, directamente, su hermana Elvira Barrera de Rey; en sus dos quintas partes, el Asilo de Ancianos de Fontibón y la Asociación Colombiana pro Niños Retardados Mentales (una como sustitutos del doctor Guillermo Neira Mateus, y otra como reemplazos de la señora Gloria Neira de Bernal); en una quinta parte, la Sociedad de San Vicente de Paúl (como sustituto de doña Paulina Bernal), y, en una quinta parte, conjunta y directamente, el Seminario Conciliar de San José de Bogotá y la Obra Pontificia de la Propagación de la Fe; al tiempo que subsisten los legados asignados en las cláusulas 9 y 10 del testamento, no alterados por la revocación y relevo hechos".

3. En sus oportunas contestaciones a la demanda el Seminario Conciliar de San José de Bogotá y la Obra Pontificia de la Propagación de la Fe, después de aceptar en líneas generales los hechos fundamentales en ella invocados, se opusieron, en parte, a las peticiones de su demandante.

Tales dos demandados expresaron, entonces, aceptar que la demandante tiene derecho "a que se le reforme el testamento y se le reconozca su condición de legitimaria"; y tras asseverar, en contra de lo que al punto dice la demanda, que Susana Barrera sí podía disponer libremente de la cuarta de mejoras, afirmaron que "de acuerdo con la Ley 140 de 1960 el hijo adoptivo es legitimario del adoptante pero su cuota hereditaria es de sólo la mitad de la herencia".

Otra demandada, la Comunidad de Hermanitas de los Ancianos Desamparados, manifestó, al descorrer el traslado de la demanda, que se atenía "a lo que resuelva el Juzgado".

El curador de la demandada ausente Elvira Barrera de Rey, también contestó la demanda expresando no constarle "ninguno de los hechos relatados" en ella; y propuso como excepciones todas "aquellas que puedan ser probadas en el proceso".

4. Con aducción de pruebas por ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia del 29 de noviembre de 1979, mediante la cual tomó las siguientes resoluciones:

a) Declaró que el testamento otorgado por Susana Barrera de Neira, contenido en la Escritura número 2275 de 22 de junio de 1951 y sustituido parcialmente por Escritura número 1137 de 6 de abril de 1956, "ha de entenderse modificado en cuanto se relaciona con la señora Gloria Neira de Bernal, quien en su condición de hija adoptiva de la testadora se considera instituida en su legítima de acuerdo a (sic) la Ley 140 de 1960";

b) Como consecuencia dispuso que la citada hija adoptiva, en esa calidad, tiene derecho a concurrir en la sucesión de la testadora dicha "para recibir la asignación que le corresponda como legitimaria, sin perjuicio de su legado";

c) Declaró no haber lugar a pronunciamiento especial "en lo referente a la petición subsidiaria";

d) Condenó a los demandados, para el caso de que éstos "hayan obtenido la adjudicación de bienes con desconocimiento del derecho de la legitimaria con anterioridad a la ejecutoria de este fallo", a restituir los bienes y frutos que legalmente correspondan a la demandante, y

e) Finalmente, impuso a la "parte demandada" la obligación de pagar el 90% de las costas causadas en la primera instancia del proceso.

5. Como efecto de las apelaciones interpuestas por la demandante y los demandados, Seminario Conciliar de San José y Obra Pontificia de la Propagación de la Fe, lo de estos solamente en lo relacionado con la condena en costas que a ellos se impuso, y en consulta ordenada en favor de la demandada que estuvo representada por curador *ad litem*, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, una vez rituado el trámite del grado, por su sentencia de 10 de marzo de 1981, decidió la alzada tomando estas resoluciones:

a) Adicionó la sentencia apelada y consultada en el sentido de declarar que la demandante Gloria Neira de Bernal tiene derecho, "además de la legítima rigorosa, a la cuarta de mejoras en la sucesión de su madre adoptiva Susana Barrera de Neira"; b) Modificó la disposición contenida en la resolución 5ª del fallo apelado, "en el sentido de condenar a la parte demandada a la totalidad de las costas de la primera instancia"; c) Confirmó todas las demás disposiciones contenidas en la sentencia de primer grado; y d) Finalmente condenó a "la parte reo" en las costas de la segunda instancia.

III

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Inicia el Tribunal *ad quem* las consideraciones de su sentencia, después de historiar los antecedentes del litigio, afirmando que cuando Susana Barrera de Neira, madre adoptiva de la aquí demandante, hizo su testamento asignando a ésta la quinta parte de sus bienes y un legado, tal atribución "se amoldaba a la institución sucesoral *mortis causa* entonces vigente, según la cual el hijo adoptivo, sin ser legitimario, heredaba a su padre o madre adoptante en cuanto no hubiese dejado ascendientes legítimos, ya que, de lo contrario, sólo tenía derecho a una décima parte en los bienes de la sucesión *ab intestato*".

Observa luego la sentencia, y así lo asevera, que cuando la vocación hereditaria de la hija adoptiva "era ya una cuestión indiscutible por disposición expresa de la Ley 140 de 1960, se produjo el codicilo consignado en la Escritura 1137 de 1966", por el cual la testadora revocó su testamento anterior, pero únicamente en lo que concierne con los derechos concedidos a Gloria Neira de Bernal, para otorgarlos, en cambio, al Asilo de Ancianos de Fontibón y a la Asociación Colombiana pro Niños Retardados Mentales.

2. Expresa al punto la sentencia que "a pesar de que sin duda alguna la testadora hizo la revocación con el ánimo de excluir a la hija adoptiva de toda participación en la herencia, lo cierto es que esas finalidades no podían surtir pleno efecto, porque no era potestativo suyo cercenar de un tajo y porque si la vocación hereditaria adquirida por ella con la vigencia de la Ley 140 de 1960, cuando más hubiera podido privarla de la cuarta de mejoras, de seguirse una orientación contraria a la de los doctrinantes...".

Añade el sentenciador *ad quem* que su aserción resulta tanto más clara y aceptable si se tiene en cuenta que el apoderado de las personas jurídicas demandadas, al contestar la demanda, acepta que la demandante, en su condición de hija adoptada de la testadora, tiene derecho a que se reforme el testamento y se le reconozca su condición de legitimaria; sólo que, apostilla el Tribunal, le desconoce el derecho a la cuarta de mejoras, "acogiéndose al texto que traía el artículo 280 del Código Civil antes de la Ley 5ª de 1976... Pero, para discurrir así, sería preciso olvidar que ello no fue una concesión graciosa del legislador sino la resultante del acierto con que los doctrinantes fijaron el alcance de la reforma introducida por la Ley 140 de 1960, en el sentido de considerar que ella colocaba al adoptivo en el mismo plano del hijo natural en cuanto a la transmisión *mortis causa*".

De lo cual concluye la sentencia que si el artículo 23 de la Ley 45 de 1936 "le otorgó al hijo natural el derecho de suceder a su padre, no sólo en la legítima rigorosa sino también en la cuarta de mejoras, no se alcanza la razón para que el hijo adoptivo, elevado a la categoría de legitimario, no tenga derecho a recibir una y otra cuando concurre a la herencia con los hermanos del causante, si de concurrir con los ascendientes y el cónyuge sí se le consideraría con ese derecho; pues pugna a la razón suponer un mayor efecto del causante hacia los hermanos que hacia los ascendientes y al cónyuge, sólo porque el legislador cometió el desatino de decir que a falta de hijos naturales y del cónyuge, la herencia se partirá por mitad entre éstos y el hijo adoptivo...".

3. Para rematar las motivaciones de su fallo, el Tribunal de Bogotá, aplicando su razonamien-

to cardinal al caso de este pleito, dice que el codicilo de abril de 1966 afecta a la demandante "únicamente en cuanto a la cuarta de libre disposición, puesto que hallándose vigente para esa fecha la Ley 140 de 1960, que le dio al hijo adoptivo la calidad de legitimario, mal podía la testadora desconocerle ese derecho revocando en lo pertinente la cláusula 4ª, de su testamento para asignarle la parte de la herencia que a aquélla le corresponde a personas naturales... que no tenían ni tienen ninguna capacidad legal para sustituir a la única legitimaria llamada por la ley a sucederla en faltando la asignación testamentaria en cuestión".

IV

El recurso extraordinario

1. Como ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada interpusieron casación los demandados Seminario Conciliar de San José de la Arquidiócesis de Bogotá y la Obra Pontificia de la Propagación de la Fe. En la correspondiente demanda los recurrentes formulan contra el fallo de segundo grado un solo cargo, apoyándolo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

Mediante él lo acusan de ser directamente violatorio, por interpretación errónea, de los artículos 280, 281, 283, 1226, 1230, 1240 del Código Civil, y 23 y 24 de la Ley 45 de 1936.

2. En desenvolvimiento de la censura, el casacionista, luego de transcribir las normas legales regulativas de la cuarta de mejoras, pasa a determinar sus características, así: "...es —dice el censor— una asignación forzosa (artículo 1226, del Código Civil), que el testador sólo puede asignar a ciertas y determinadas personas, pero en caso de que ellas, esas ciertas y determinadas personas, no existan, esa porción entra a formar parte de los 'bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio' (artículo 1242, C. C.). O sea que es forzosa y con finalidad determinada por la ley, bajo precisas circunstancias; pero libre, si esas circunstancias no se cumplan...".

Y después de recordar la libertad de testamentificación que como principio consagra la ley colombiana, nota que como excepción a ella se encuentra la preditada asignación forzosa, pero que esta cuarta de mejoras "no es de obligatoria aplicación, lo recorta la libertad de testar, en todos los órdenes sucesorales. Bajo la redacción original del Código sólo existía en el orden de descendientes legítimos; a partir de la Ley 45 de 1936 a favor también de los hijos naturales y de los descendientes legítimos de éstos; y dentro de la vigencia de la Ley 5 de 1975 puede beneficiar a los hijos adoptivos, simples o plenos. La cuarta de mejoras es una asignación hereditaria para descendientes y sólo para ellos, nunca para ascendientes".

3. Continuando en el desarrollo del cargo, la demanda de casación, tras citar los preceptos legales que consagran los derechos hereditarios del hijo adoptivo, singularmente la Ley 140 de 1960, que es la que debe regir la sucesión de Susana Barrera de Neira, cuyo óbito ocurrió el 10 de julio de 1974, contempla las siguientes situaciones que son las que, dice la censura, se infieren de dicha preceptiva legal:

"a) En consecuencia los hijos legítimos la cuota hereditaria del hijo adoptivo será la mitad de la que corresponda a un hijo legítimo;

"b) No habiendo hijos legítimos, concurrirá con los ascendientes, el cónyuge y los hijos naturales como si fuere un hijo natural;

"c) Si no hubiere ascendientes, su derecho será igual al de un hijo natural;

"d) A falta de hijos naturales y de cónyuge, partirá la herencia por mitad, con los hermanos legítimos o naturales".

De todo lo cual concluye la impugnación que la preditada Ley 140 "sí reconoció al hijo adoptivo como legitimario del adoptante, que reguló en forma especial del derecho de representación de los descendientes legítimos del adoptado, que le señaló a éste unos órdenes sucesorales particulares en la sucesión del adoptante y que no declaró al hijo adoptivo ni a su descendencia legítima como asignatarios forzosos de la cuarta de mejoras".

4. Y después de asentados por él los anteriores postulados, el casacionista pasa a demostrar el error jurídico que le enrostra a la sentencia que combate, en cuanto ésta dedujo que en el presente caso la demandante, como hija adoptiva de la testadora, tiene derecho, según la sobrecitada Ley 140 de 1960, no solamente a su mitad legitimaria sino además a la cuarta de mejoras.

Al efecto, la impugnación, apoyándose en citas de doctrinantes nacionales, las cuales transcribe, sostiene que "los beneficiarios de la cuarta de mejoras no pueden extenderse, ampliarse, aplicando analogías que no son de recibo cuando

de normas de excepción se trata. Sólo son asignatarios forzosos de esa cuarta los que la ley señala expresamente en el momento de la delación y, no habiéndolos, la mitad de los bienes es la porción de que el testador ha podido disponer a su arbitrio.

"Resulta entonces —añade el casacionista— que si la ley vigente al momento de la delación de la herencia de la madre adoptante no incluía entre los beneficiarios de la cuarta de mejoras a los hijos adoptivos, mal podía el fallo recurrido interpretarla en tal forma que hiciera figurar a la demandante hija adoptiva señora Gloria Neira de Bernal con derecho, además de la legítima rigorosa, a la cuarta de mejoras en la sucesión de su madre adoptiva Susana Barrera de Neira, como lo declaró en el punto primero de la sentencia. Y, evidentemente, la Ley 140 de 1960, no dispuso expresamente que los hijos adoptivos tenían derecho a la cuarta de mejoras".

5. Rematando la fundamentación de su cargo, expresa el casacionista que "así como el juzgador no puede aumentar o disminuir los legitimarios por razones de efecto, tampoco lo puede hacer con los beneficiarios de la cuarta de mejoras"; y que "en la misma forma en que no se puede considerar como legitimarios a los ascendientes naturales en general, porque sí lo son los legítimos, tampoco se podría considerar como beneficiario de la cuarta de mejoras, bajo la vigencia de la Ley 140 de 1960, al hijo adoptivo, porque sí lo era el legítimo o el natural".

Finalmente asevera el casacionista: "La ley no consideraba al hijo adoptivo bajo la vigencia de la Ley 140 de 1960, destinatario de la cuarta de mejoras y no se lo puede considerar como tal por analogía, ya que ella, de acuerdo con la hermenéutica, no es posible en caso de normas de excepción. Esa asignación es una restricción a la libertad de testar instituida exclusivamente en favor de determinados descendientes, entre los cuales no se encontraba el 10 de julio de 1974, fecha de la muerte de la testadora Barrera de Neira, el hijo adoptivo".

V

Consideraciones de la Corte

1º El Código Civil Colombiano reconoce y consagra, como regla general, la libertad de disponer por testamento; y así, en virtud de ella, es el causante quien rige el destino que sus bienes han de tener post mortem, *pero siempre que sus ordenaciones no rebasen los confines demarcados por la ley al efecto. O sea, que, para expresar la idea con criterio tautológico, en la ejecución de un testamento, el juzgador debe respetar la voluntad del causante, no pudiendo cambiarla, sino cuando abiertamente pugnare con las disposiciones legales que rigen la materia.*

Lo dicho anteriormente no pasa de ser el fiel trasunto de la tradicional doctrina de la Corte armónica con el principio de la libertad de disponer por testamento, que desde luego no es absoluta, pues tiene como límites las asignaciones forzosas, las cuales reguladas como están por leyes de orden público fincadas en motivos de protección a la familia, en ningún caso pueden ser afectadas por el testador y se suplen cuando éste no las ha hecho.

2º Dentro de tales asignaciones se enlista, al decir del artículo 1226 del Código Civil, la llamada "cuarta de mejoras", la que por tener carácter forzoso se torna obligatoria para el testador; y, por lo mismo, si éste no la hace en los casos en que haya lugar a ello, se suple "aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas".

Preceptúa el artículo 28 de la Ley 45 de 1936, que "la mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1016 y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 a 1245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según el orden y las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esta división es su legítima rigorosa.

"No habiendo descendientes legítimos, ni hijos naturales por sí o representados, con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio.

"Habiéndolos, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se divide en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigorosas; otra cuarta, para las mejoras con que el testador haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, o hijos naturales, o descendientes legítimos de éstos, sean o no legitimarios; y otra cuarta de que ha podido disponer a su arbitrio",

De la preceptiva legal transcrita se infiere, con nitidez, que la cuarta de mejoras es una cuota de la herencia del causante, que asigna forzosamente la ley a los descendientes del testador, pero no en pro del legitimario suyo solamente, sino de sus descendientes legítimos, o hijos naturales, o descendientes legítimos de éstos, sean o no legitimarios. Y que si bien la ley reconoce al testador cierta libertad e iniciativa en la disposición de tal cuarta, ya que puede asignarla a su arbitrio a uno o varios de tales descendientes; se menoscaba entonces la legítima efectiva cuando dicha cuota se asigna, en todo o en parte, a persona distinta de las determinadas por la ley: en tal hipótesis, la acción de reforma del testamento se levanta como medio eficaz para reparar el perjuicio que se le ha causado a un descendiente con la reducción de su legítima efectiva.

3ª En materia de filiación adoptiva, y más concretamente en punto de los derechos hereditarios del adoptado en la sucesión del adoptante, tres han sido básicamente los estatutos que en el derecho positivo colombiano han determinado sus lineamientos generales: el Código Civil, las Leyes 140 de 1960 y la 5ª de 1975, cuyos peculiares rasgos es conveniente recordar hoy en procura de la acertada solución a la cuestión planteada en este recurso.

A) En el sistema del Código de la Unión (artículos 269 y 281) la adopción se encontraba colocada en muy destacada posición dentro del campo de las relaciones de familia, desde luego que, en principio, consagraba para adoptante y adoptado "los derechos y obligaciones de padre o madre e hijos legítimos".

Ello no obstante, en disposición que no sin razón se calificó de inextricable, incoherente y falta de sindéresis, el artículo 282 de dicha codificación estatuía que "El hijo adoptivo puede heredar al padre por testamento en caso que no haya ascendientes legítimos, y si los hubiere, sólo tendrá derecho a una décima parte de los bienes..."

Interpretando esta norma con el propósito de darle algún sentido, a la sazón dijo la Corte Suprema: "a) El hijo adoptivo no es heredero forzoso de los padres adoptantes. Por tanto, en el juicio de sucesión intestada de éstos, carece de interés jurídico que lo habilite para ser tenido como parte en tal carácter; b) El hijo adoptivo puede heredar a sus padres por testamento. Alegando esta calidad, tiene capacidad jurídica para ser reconocido como parte de la sucesión testada de los padres adoptantes; c) Como todo sujeto de derecho, el hijo adoptivo puede ser instituido heredero en la cuota de bienes de que el testador pudo disponer a su arbitrio; d) En concurrencia con ascendientes del padre adoptante, puede ser el hijo adoptivo instituido heredero y recibir como tal, además de los correspondientes a la cuota de bienes de que el testador pudo disponer a su arbitrio, hasta una décima parte de los demás bienes de la misma herencia; e) En ausencia de ascendientes, el hijo adoptivo puede ser instituido como heredero universal y como tal recibir la totalidad de los bienes de la herencia de los padres adoptantes, excluyendo así a los colaterales y demás presuntos herederos del testador" (G. J. números 2177 y 2178, septiembre de 1956).

B) Tal sistema farragoso y confuso pereció con la promulgación de la Ley 140 de 1960, la que, al sustituir todo el Título XIII del precitado Código, cambió el texto del artículo 282 sobredicho al preceptuar: "Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en la sucesión del adoptante serán los siguientes:

"En concurrencia con los hijos legítimos, su cuota hereditaria será la mitad de lo que corresponde a un hijo legítimo; no habiendo hijos legítimos, concurrirá con los ascendientes, al cónyuge y los hijos naturales como si fuera un hijo natural. Si no hubiere ascendientes, su derecho será igual al de un hijo natural, y, a falta de hijos naturales y de cónyuge, partirá la herencia por mitad, con los hermanos legítimos o naturales. El hijo adoptivo excluye a los colaterales y al municipio de la última vecindad del finado" (subraya la Corte).

Pero, además y por virtud de lo dispuesto en esta misma Ley 140, el texto del artículo 281 del Código quedó así: "El hijo adoptivo es legitimario del adoptante pero su descendencia no tiene derecho a representarlo en relación con la legítima".

De ello resulta que con la Ley 140 se dio al hijo adoptivo vocación hereditaria en la sucesión de su adoptante: dicho estatuto lo colocó, en principio, en el mismo plano hereditario que ostentaba el hijo natural, a la vez que le dio el carácter de legitimario del adoptante. A pesar de la buena intención del legislador de 1960, inspirada en la equidad y en los vínculos de afecto del padre adoptante hacia su hijo adop-

tivo, mantuvo para éste, sin embargo, una situación desfavorable, desde luego que lo colocó en posición inferior no sólo frente al hijo legítimo sino también relativamente al hijo natural: lo asimiló a éste, es verdad, pero expresó, eso sí, que el hijo adoptivo excluye a los colaterales del adoptante; y que la descendencia de aquél no tiene derecho a representarlo en relación con la legítima.

Dicha ley estableció, pues, en punto de derechos hereditarios del hijo adoptivo, una semejanza con los del hijo natural, menos en la referente a las dos salvedades indicadas por esa misma ley, las que, dado su carácter excepcional, son de interpretación restrictiva y no es dado ampliarlas o extenderlas a casos no previstos expresamente en ellas. Abona esta aserción de la Sala el criterio del autor de la ley en referencia, Hernando Carrizosa Parda, quien asevera que en la exposición de motivos que se acompañó al proyecto respectivo se estimó que "La Ley 140 aceptó que se le reconocieran al adoptivo en la sucesión del adoptante derechos inferiores a los del hijo legítimo y asimilados a los del hijo natural, aun cuando con dos diferencias, a saber: la primera, consiste en que el hijo natural excluye a los hermanos del causante, sean legítimos o naturales, mientras que el hijo adoptivo parte por mitad con éstos. La segunda es relativa al derecho de representación, porque la descendencia legítima del hijo natural tiene derecho de ocupar, en todo caso, el puesto de su padre o madre en la sucesión del abuelo, mientras que la descendencia legítima del hijo adoptivo no puede ocupar el puesto de éste en la sucesión del adoptante sino a falta de descendientes, ascendientes y cónyuge (Las Sucesiones, edición 1965, páginas 206 y 207).

Esta Ley 140 de 1960 no dispuso expresamente, sin embargo, si el hijo adoptivo era titular o no de la cuarta de mejoras, lo que en su sacón dio lugar a las dos tesis que en el presente litigio se plantean: negativa la una, que es la que acoge el recurrente; y positiva la otra, prohijada obviamente por el opositor al recurso. Para la Corte esta última es la que aparece jurídica: si dicha ley concedió a los hijos adoptivos los mismos derechos hereditarios del hijo natural, con las dos únicas limitaciones ya referidas, entonces la lógica y la equidad tienen que conducir a aceptar que si los hijos naturales son destinatarios legales de la cuarta de mejoras, el hijo adoptivo también lo era bajo la vigencia de dicho estatuto.

Por lo demás, ésta ha sido, justamente, la tesis pregonada por la mayoría de los doctrinantes que han estudiado y analizado la cuestión. Y esa es, ni más ni menos, la concepción que el mismísimo autor de la Ley 140 expone en el punto al decir: "¿Cuál es la legítima del hijo adoptivo? Por ser el hijo adoptivo legitimario y sus derechos iguales a los del hijo natural, su legítima rigorosa y, en su caso, la efectiva, será la misma del hijo natural. La legítima rigorosa resulta de divididir la mitad legitimaria entre los legitimarios que concurren; y la efectiva, es la rigorosa aumentada con la cuarta de mejoras y de la cuarta de libre disposición de que el testador no haya dispuesto" (Las Sucesiones, Edición de 1966, página 208).

De que la Ley 5ª de 1975 hubiese establecido, ésta sí expresamente, que todo hijo adoptivo puede ser "favorecido con la cuarta de mejoras...", no puede inferirse con lógica irrefutable, como lo pretende el recurrente, que sólo a partir de la vigencia de tal estatuto los adoptivos son destinatarios de la cuarta de mejoras y que antes no. Lo que sucedió fue simplemente que este legislador, para ponerse a tono con la realidad social y jurídica, quiso acabar con la oscuridad y contradicción manifiestas en la ley anterior, y con tal propósito, con esa expresa disposición, no hizo más que precisar el sentido y alcance subyacentes en aquélla, poner al descubierto regulaciones positivas implícitamente tomadas con anterioridad.

C) Mediante la Ley 5ª de 1975 el legislador colombiano, inspirándose en la ley francesa número 66-500 de 11 de julio de 1966, reglamentada en el aspecto procedimental por la número 66-903 del 2 de diciembre siguiente, introdujo una modificación fundamental en materia de filiación adoptiva, prohijando la moderna clasificación que distingue entre adopción plena y adopción simple.

En la especie de adopción simple, que responde a la concepción tradicional que entre nosotros identificaba la institución, el hijo adoptivo, según lo estableció la nueva ley, "continúe formando parte de su familia de sangre, conservando en ella sus derechos y obligaciones", con la adquisición del apellido de quien lo adopta, a menos que el padre o la madre de sangre haya "consentido la adopción simple y se convenga en que el adoptivo conserva su apellido original, al que podrá agregar el del adoptante" (artículo 276). En la adopción plena se procura para el adoptado un tratamiento idéntico al del

hijo legítimo; de ahí que en ella aquél deja de pertenecer a su familia de origen, lo que se traduce como una pérdida o extinción para los padres y demás parientes consanguíneos de todo derecho sobre la persona y bienes del adoptivo. Obviamente que el fenecimiento de todo vínculo con su familia natural, se establece bajo "reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9º del artículo 140" del Código Civil (artículo 278).

En materia sucesoral la nueva ley, luego de reiterar que todo hijo adoptivo es legitimario del adoptante y de disponer, ahora sí expresamente, que puede ser favorecido con la cuarta de mejoras, en la forma que esta asignación es reglamentada por el artículo 23 de la Ley 45 de 1936, estatuyó que "el adoptivo en la adopción plena, hereda al adoptante como hijo legítimo; en la adopción simple, como hijo natural (artículo 284).

"Generando para el adoptivo la adopción plena —expresó el honorable Magistrado de la Corte Germán Giraldo, en su trabajo presentado a la Academia Colombiana de Jurisprudencia en febrero de 1975—, aun en el campo de la transmisión de los bienes post mortem, *los mismos derechos que la ley otorga a los hijos legítimos, es manifiesta su colocación en el lugar de privilegio que antes sólo ocupaban éstos, sitio preferencial que está por encima del señalado a los naturales por las Leyes 45 de 1936 y 75 de 1968. Y si, ahora, quien ha sido prohijado con adopción simple, tiene los mismos derechos civiles que un hijo legítimo, con excepción del derecho de herencia, punto en el cual se asimila al natural, brota que el legislador ha realizado el propósito de poner al adoptivo, en todo caso, en un plano o escala superior a la que, en la actualidad, tiene el hijo natural" (Revista números 206 y 207 de dicha Corporación, página 347).*

4ª Para decidir el recurso extraordinario que hoy ocupa la atención de la Corte, la Sala cree necesario recordar los siguientes dos hechos: a) Susana Barrera de Neira, quien conjuntamente con su marido, adoptó como hija suya a María de Jesús Gloria Neira, otorgó su testamento abierto el 22 de junio de 1951, el que posteriormente en abril de 1966 revocó en parte, en lo que el primero se relacionaba con los derechos otrora asignados a la hija adoptiva; y b) La mentada señora Barrera de Neira falleció en Bogotá, donde tuvo su último domicilio, el 10 de julio de 1974, y su sucesión cursa en el Juzgado Octavo Civil del Circuito de esta ciudad.

Y si de acuerdo con el artículo 1012 del Código Civil, "La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte...", resulta entonces que el testamento se otorgó cuando, en materia de adopción, imperaba un determinado sistema legal sucesoral, el que a la muerte de la testadora ya había cambiado.

5ª *Tratándose de disposiciones testamentarias el artículo 34 de la Ley 153 de 1887, prevé el caso de que después de la fecha del testamento, y antes de morir el testador, el legislador modifique las leyes de la sucesión, que es precisamente el evento aquí presentado; en estos casos, el testamento debe entenderse o aplicarse de modo que la nueva ley se cumpla. Dice, en efecto, la norma en cita, que "Las solemnidades externas de los testamentos se regirán por la ley coetánea a su otorgamiento; pero las disposiciones contenidas en ellos estarán subordinadas a la ley vigente en la época en que fallezca el testador".*

Y a manera de apostilla dice esta norma: "En consecuencia, prevalecerán sobre las leyes anteriores a la muerte del testador las que al tiempo en que murió regulaban la incapacidad o indignidad de los herederos o asignatarios, las legítimas, mejoras, porción conyugal y desheredaciones".

Como ya lo ha dicho la Corte, el artículo 34 transcrito sólo tuvo por objeto adaptar a las leyes vigentes al tiempo de la apertura de la sucesión aquellas disposiciones testamentarias que resultaran contrarias a esas leyes, cosa que puede hacerse sin dar a las nuevas leyes efecto retroactivo, porque siendo el testamento un acto voluntario y revocable por esencia, no contiene para los herederos, antes de la delación de la herencia, sino una mera expectativa que no constituye, por lo mismo, derecho adquirido alguno.

6ª Según pues dicha ordenación positiva, el testamento de la citada Barrera de Neira, en lo referente a la asignación de la hija adoptiva que él contiene, debe entenderse a la luz de la Ley 140 de 1960, que era la vigente en la materia a la fecha de la apertura de la sucesión de la testadora.

Y ya se ha dicho, como quedó visto en el literal B) de la motivación tercera de esta mis-

ma providencia, que al amparo de este estatuto legal el hijo adoptivo sí era destinatario de la cuarta de mejoras, pues que si bien tal normación no lo dispuso así expresamente, sí lo hizo de modo implícito al atribuirle derechos en la sucesión del adoptante "como si fuera un hijo natural", "su derecho será igual al de un hijo natural", que son las expresiones que al punto empleaba el artículo 280 del Código Civil, después de la modificación que le hizo el legislador de 1960.

7ª Como la tesis que en la cuestión controvertida prohija hoy la Corte es, justamente, la misma que el Tribunal *ad quem* adoptó para discernir con apoyo en ella el derecho reclamado por la demandante, tiene que seguirse entonces como consecuencia natural y obvia, que el error de hermenéutica jurídica que la censura le endilga a la sentencia combatida no existe; y que, por ello, la Sala tiene que arribar a la repulsa del cargo formulado.

VI

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 diez (10) de marzo de mil novecientos ochenta y uno (1981), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario.

Costas del recurso a cargo de los recurrentes.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Ricardo Uribe-Holguín, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, José María Esguerra Samper, Humberto Murcia B., Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

INDICE GENERAL

Página

RESOLUCION DE CONTRATO. *Requisitos para la validez y procedencia de la acción resolutoria. La sentencia no es incongruente por rebasar las peticiones de la demanda cuando el juez declara que el contrato cuya resolución se pide carece de alguno de los requisitos exigidos por la ley, aunque este aspecto no lo haya alegado el demandado, pues lo relativo a la validez y eficacias del contrato es materia incluida en el thema decidendum en este clase de procesos. El vicio proveniente de la omisión de formalidades en la promesa de contrato debe ser reconocido por el juez oficiosamente, como que es una cuestión de interés general o de orden público, cuya no observancia configura una nulidad de carácter absoluto.* Sentencia de 27 de enero de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en este proceso ordinario instaurado por la sociedad Agropecuaria La Florida y Buenos Aires Limitada y otro, frente a Eustaquio Hernández Hurtado. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 309

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *Procedimiento. La interposición y sustentación del recurso se hacen en la demanda. Al libelo deben acompañarse las pruebas que acrediten las calidades de heredero, cónyuge, albacea, etc., con que actúe el demandante o se cite al demandado. El proceso de revisión no es la continuación o prolongación del proceso recurrido y por lo mismo la prueba de la representación legal que obró en este último no es idónea para el de revisión.* Sentencia de 29 de enero de 1981. Decide la Corte el recurso extraordinario de revisión interpuesto por José Noé Gutiérrez M., contra la sentencia de 23 de febrero de 1978, proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso ejecutivo que con título hipotecario adelantan los herederos de Elisa Sabogal Sabogal, frente a Noé Gutiérrez Murillo y otros. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 315

Página

LESION ENORME. *La enajenación fraudulenta que haga el comprador, por el mismo precio por el cual adquirió el bien, con el fin de privar al vendedor del derecho a que se rescinda el contrato, no entorpece el ejercicio de la acción rescisoria porque el artículo 1951 del Código Civil no puede referirse sino a la enajenación de buena fe. La obligación primordial de restituir la cosa que se compró por precio irrisorio no se extingue sino en el caso de que la cosa perezca; la enajenación no hace imposible la restitución, solamente la dificulta.* Sentencia de 23 de febrero de 1981. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el proceso ordinario de Rosa María Crespo de Calero contra la sociedad "Predios y Cantidos Limitada" (Prepandos). Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín* 322

Salvamento de voto de los Magistrados: doctores *Alfonso Ospina Bolero y Humberto Murcia Ballén*, del fallo anteriormente publicado . . 334

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. *Diferencia entre la responsabilidad civil y la laboral. Criterios semejantes de las salas civil y laboral. Al patrono incumbe el deber de protección y seguridad del trabajador. La obligación de indemnizar totalmente los perjuicios cuando el accidente se origine por culpa del patrono tiene su fuente en el derecho del trabajo y no en disposiciones civiles; por consiguiente el conocimiento de las acciones pertinentes corresponde a los jueces del trabajo.* Sentencia de 20 de febrero de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario de María Graciela Castro viuda de Salinas contra Industrial Hullera S. A. 338

ACTAS DE REGISTRO DEL ESTADO CIVIL. *Autenticidad y prueba de las inscripciones hechas en debida forma en el registro de estado civil. Cómo desvirtuar estas presunciones. Hijos legitimados ipso iure; legitimación ipso iure de los hijos concebidos y nacidos dentro del ma-*

Página

trimonio. La calidad de hijo legitimado se equipara a la de legítima. Amparado por la presunción de legitimidad no puede pretender declaración de hija natural quien no haya impugnado su estado de hija legítima. Sentencia de 2 de marzo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por el menor Alvaro Alexis Rodríguez, representado por su madre, contra los herederos de Víctor Vicente Valencia. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper* 348

DECLARACIONES CONTRADICTORIAS EN LA MISMA SENTENCIA. *La parte dispositiva y expositiva del fallo forman una unidad indestructible que debe ser tenida en cuenta cuando se alega la existencia de contradicciones para configurar la causal 8ª de casación. Las decisiones que contuviere en sí resultan lógicas o antagónicas, pero que dejan de serlo al tener en cuenta los fundamentos de hecho y de derecho que el sentenciador adujo en la parte motiva de la sentencia, no pueden ser atacadas por dicha causal. Tampoco ésta se estructura cuando las disposiciones contenidas en la parte resolutiva son todas inexcepcionables, ni cuando hay incompatibilidades entre resoluciones contenidas en fallos distintos, así sea en un mismo proceso. Errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba. Diferencias que existen entre ellos y que no permiten su confusión. La Corte reitera sus doctrinas de la materia.* Sentencia de 10 de marzo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en este proceso ordinario instaurado por Cristóbal Di Filippo Mesa contra Alicia Di Filippo Cinha, como heredera de Leonardo Di Filippo Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 354

REIVINDICACION. *Cuando la posesión del demandado es de naturaleza contractual no puede ejercerse la acción reivindicatoria, aunque dicha posesión date de fecha anterior al contrato. La restitución de la cosa poseída en virtud del acuerdo de voluntades, mientras esté vigente el pacto, sólo puede demandarse con apoyo en alguna obligación que la prevea.* Sentencia de 12 de marzo de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en este proceso ordinario promovido por Agustín Vicente Pabón contra Israel Quevedo. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín* 362

CONTRATO DE SEGURO. *El asegurador que paga la indemnización no se subroga automáticamente en los derechos del asegurado frente al responsable del siniestro, por el mismo valor. La subrogación que consagra el artículo 1096 del Código de Comercio, le faculta para demandar el monto, hasta concurrencia del importe que hubiere pagado; pero no le exime de probar el quantum del perjuicio sufrido por la víctima; si éste resulta mayor que la cantidad pagada al asegurado, el asegurador sólo puede reclamar lo pagado, pues el seguro no es fuente de enriquecimiento; si resulta menor, el causante del daño sólo debe esa suma al asegurador y no el exceso que la compañía aseguradora hubiere pagado al damnificado.* Sentencia de 17 de marzo de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario suscitado por la Continental Compañía de Seguros Generales S. A., frente a Corporación Nacional de Transportes Limitada (Conaltra). Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga* 365

VENTA DE BIENES REALIZADA EN PUBLICA SUBASTA. *El remate es un fenómeno híbrido en el cual se combinan elementos del derecho civil y procesal. Nulidad sustancial y nulidad procesal del remate. Cuando se propone la nulidad del remate como compraventa son partes únicamente el rematador y el vendedor, quien actúa representado por el juez y no las demás personas intervinientes en el ejecutivo dentro del cual se hizo la venta forzada.* Sentencia de 23 de marzo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el proceso promovido por Enrique A. Fuentes contra los herederos de José Gato Alzamora y otros. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 373

CANCELACION DE MARCA. *Jurisdicción y competencia en materia de asuntos relativos a la propiedad industrial. El Consejo de Estado conoce de los procesos sobre anulación del certificado de una marca, sea que la intente cualquier persona o aquélla que se considere perjudicada en sus derechos de protección marcaria. Entre los casos que la ley contempla en que una marca no puede registrarse porque podría inducir al público en error, se encuentra el de asemejarse a otra ya registrada. La acción de nulidad prevista por el artículo 1226 del Código de Comercio no difiere de la de cancelación de la marca; más bien se trata de dos pretensiones complementarias. De la misma manera que la cancelación de los instrumentos constitutivos de un acto jurídico que se declara*

Página

sólo es sólo una consecuencia de la declaratoria de nulidad, en materia administrativa la acción de nulidad de la resolución que otorga el derecho a una marca trae aparejada la de cancelación del certificado de dicha marca y su registro. Sentencia de 30 de marzo de 1981. *Caso* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Establecimiento Mercantil "Grabados Márgenes Internacionales", contra Distribuidora Nacional de Vinos, Limitada, Divinos. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Uribe Holguín* 334

CONTRATO DE REASEGURO. *El reasegurador que paga al asegurador, al producirse el siniestro asegurado, lo que está obligado a pagarle conforme al contrato de reaseguro, está pagando su propia deuda sin que nada tenga que ver, por su calidad de tercero, en el contrato celebrado entre el asegurador y el asegurado. Por consiguiente, el reasegurador no se subroga legalmente en los derechos del asegurador frente al responsable del siniestro; ni el asegurador al recibir el pago queda privado del derecho que le otorga el artículo 1096 del Código de Comercio.* Sentencia de 31 de marzo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por "La Libertad, Compañía de Seguros Generales S. A., contra La Flota Mercante Grancolombiana". Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper* 391

DEPOSITO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA. *Es un contrato autónomo del de depósito y del de cuenta corriente reglamentados en los títulos VII y XII del Libro 4º del Código de Comercio, respectivamente. Sus características. El movimiento de los depósitos no sólo se realiza por medio de cheques sino disponiendo el titular de sus saldos a través de cartas, órdenes, etc., en la forma previamente convenida con el Banco. El acuerdo entre el Banco y el cuenta correntista no requiere solemnidades, es consensual y puede probarse por vía de interrogatorio acreditando que en cuentas anteriores hace empleo de saldos por medio distinto del giro de cheques, con la aceptación del Banco.* Sentencia de 31 de marzo de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por la sociedad Ramírez Magallón y Compañía, frente a Banco Nacional. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuloaga* 403

REFORMATIO IN PEJUS. *El juez no puede modificar la sentencia apelada en perjuicio del recurrente cuando la contraparte, a su vez, no ha interpuesto el recurso ni adherido a él. Requisitos que la configuran. Lesión enorme. Presupuestos. La cesión de derechos hereditarios o de gananciales no siempre tienen carácter aleatorio, como cuando al tiempo de la cesión se conocían las fuerzas de la herencia o cuando el derecho cedido se hace con relación a un bien determinado de la comunidad universal. En estos casos es procedente la acción rescisoria por lesión enorme. Intereses. No siendo mercantil el negocio jurídico de que se trata, el demandado no puede ser condenado sino al pago del interés legal de que tratan las disposiciones pertinentes del Código Civil.* Sentencia de 28 de abril de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por Ananías Garzón Ramos y otros contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* 408

ACCION REIVINDICATORIA. *Las nociones de acción y de simples vías procesales no pueden confundirse. Características del derecho de acción. La acción ejercitada por el demandante no puede confundirse con la vía procesal que adopte, sea adecuada o inadecuada. Carácter real de la acción reivindicatoria y carácter personal de las obligaciones nacidas de la promesa de venta.* Sentencia de 28 de abril de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso ordinario que hacienda La Cristalina Limitada entabló contra José Vicente Suárez Serrato 421

INTERESES EN EL CONTRATO DE MUTUO COMERCIAL. *Tratándose de mutuo en dinero el mutuario debe pagar intereses legales corrientes, salvo pacto expreso en contrario. La ley no ha limitado la tasa de interés convencional durante el plazo sino la del interés durante la mora que no puede ser superior al doble del bancario corriente. Ello no significa que no exista límite legal para pactar intereses remuneratorios; este límite es el mismo contemplado para los intereses moratorios, los cuales, además de retribuir el uso del dinero prestado y los riesgos de pérdida, indemnizan los perjuicios causados con la mora. Interpretación del artículo 884 del Código de Comercio. El acreedor perderá todos los intereses de mora cuando se convenga que sean superiores al doble de los pactados durante el plazo y al doble del interés bancario corriente, pero no cuando el interés moratorio resulta superior al doble del banca-*

Página

rio corriente por aplicación automática de la ley en cuyo caso las sumas que excedan al doble del interés bancario corriente deberán reducirse a este tope máximo. Sentencia de 29 de mayo de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario iniciado por Edgar Posada Guerrero frente a Industria Nacional de Construcciones Limitada y Agropecuaria de Palmira Limitada. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga* . 425

Salvamento de voto del Magistrado: doctor *José María Esguerra Samper* del fallo anterior 449

FILIACION NATURAL. *Pericia antropoheredobiológica. Modernos descubrimientos en el campo de la genética permiten atribuir a una persona la paternidad de otro con un grado de probabilidad tan alto que se acerca a la certeza; no solamente excluirla, con base en el estudio de los grupos sanguíneos del presunto padre y de quien pretende ser hijo. Apartes del dictamen pericial.* Sentencia de 15 de junio de 1981. *Confirma* la sentencia de primera instancia en el proceso promovido por Mercedes, María Susana y Silvia Zuluaga contra Luis Moreno García. Magistrado ponente: *Acacar Cervera Giraldo Zuluaga* 443

LESION ENORME. *El artículo 2º del Decreto 3896 de 1963 expedido en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 21 de 1963, al aludir a las "entidades de derecho público" se refiere a la Nación, los departamentos y los municipios, lo mismo que a los establecimientos públicos e institutos descentralizados y estimamos de esas tres órdenes, pero no modificó el artículo 1947 del Código Civil en el sentido de que el justo precio debe determinarse por el valor catastral del inmueble vendido y no por el valor comercial del mismo que se establece por medio de peritos. La Corte ratifica su doctrina de 30 de noviembre de 1980, aún no publicada, atinente a que la ley no ha hecho diferencia alguna según sean las partes, personas naturales o jurídicas, de derecho público o de derecho privado, los intervinientes en la compraventa de bienes raíces, cuando haya de decretarse la rescisión por lesión enorme.* Sentencia de 16 de junio de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Pedro Antonio Beltrán contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado, D. E. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín* 431

Página

REPRESENTACION SUCESORIA. *Requisitos para que se dé el derecho de representación. Solamente tiene cabida en la descendencia legítima del representado. El hijo natural no está legitimado para figurar como representante, pero sí puede ser representado por su descendencia legítima. Cómo se prueba la legitimación. Legitimación ipso iure y legitimación voluntaria.*

Invalidez de la prueba por nulidad de la actuación. *La eficacia de la prueba queda comprometida cuando el vicio que da lugar a la nulidad tuvo con la sustanciación de aquélla o con la falta de citación o emplazamiento e indebida representación de la parte contra quien se pretende hacer valer. En ambos casos las pruebas deben repetirse para que el juzgador pueda evaluarlas.* Sentencia del 30 de junio de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el proceso ordinario adelantado por Carmen Rosa Ramos Rey contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* 460

Aclaración de voto del Magistrado, doctor *Ernesto Gamboa Alvarez* del fallo anterior 467

INSINUACION DE LA DONACION. *El límite para que la donación valga sin ser insinuada permanece inmodificable en la suma de dos mil pesos, a la cual no es posible aplicar factores de corrección monetaria tenidos en cuenta por la doctrina cuando se trata de cubanear un daño mediante la reposición de un patrimonio; pues es de la exclusiva competencia del legislador y la norma que así lo consagra no admite interpretaciones contrarias a su texto.* Sentencia del 23 de julio de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el proceso ordinario de Daniel Florencio Lozada contra Teresa de Jesús Arias Tenorio. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez* 468

RECURSO DE REVISION. *La nulidad originada en la sentencia ha de proceder exclusivamente de ésta.*

Si la sentencia, como acto de suma precisión, omite resolver sobre uno de los extremos de la litis, el interesado debe solicitar su edición o complementación; no pretender corregir el yerro mediante este recurso extraordinario. Declara infundado el recurso de revisión interpuesto contra la sentencia del 30 de octubre de 1980, dictada por el Tribunal Superior de Popayán en el ejecutivo de Guillermo Antonio Pino contra

Página

Fernando Canaval. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez* 473

DERECHO DE HERENCIA. *En qué consiste. Efectos que produce a título gratuito. Diferencia con el derecho de dominio. Posesión de la herencia. Elementos de la posesión. Tratándose de la posesión de la herencia no se dan los elementos corpus y animus la posesión legal del heredero es una ficción de la ley, una posesión ficticia diferente de la verdadera posesión. El heredero puede disponer de los derechos hereditarios sin llenar formalidades previas; puede ceder a cualquier título no la calidad intrínseca de heredero, sino los derechos que tenga a los bienes relictos. Sucesión procesal esto sólo de los herederos tiene personería activa cuando se trata de pedir para la herencia, no así cuando se pide en contra de la herencia.* Sentencia del 10 de agosto de 1981. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Inversiones Astorga Limitada, contra Amelia Moreno de Ballí. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez* 477

Salvamento de voto del Magistrado, doctor *Humberto Murcia Ballén*, del fallo anterior . . 491

FILIACION NATURAL. *Aunque la concepción y el nacimiento de quien pretende obtener la declaración de filiación natural hayan tenido lugar durante la vigencia de la Ley 45 de 1936, la controversia debe ventilarse conforme a la ley que regía al entablarse el proceso. Y como esta última Ley 75 de 1968 no exige ya la estabilidad y notoriedad de las relaciones sexuales, la demandante no está obligada a probar que entre la madre y el presunto padre existieron relaciones con tales calificativos, aunque así lo hubiese afirmado tanto en la causa petendi como en el petitum.*

Excepción plurium concubentium. *Para su prosperidad deberá demostrarse que al menos una de las relaciones sexuales de la madre con el tercero tuvo lugar en cualquier fecha comprendida entre el inicio y la terminación de la época en que, conforme al artículo 92 del Código Civil se presume tuvo lugar la concepción.* Sentencia del 21 de agosto de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario suscitado por Luis Carlos Bravo Escobar, frente a la menor María Cristina Ospina. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga* 484

PACTO DE RETROVENTA. *En qué consiste. El derecho de vendedor debe ejercerlo el vendedor dentro del plazo legal o convencional. Este último puede prorrogarse sin sobrepasar el primero. Tanto en la prórroga como en duración deben estar claramente determinados en beneficio de terceros, quienes no pueden quedar sujetos a posteriores acuerdos de las partes ni a la sorpresa de contraestipulaciones en esta materia.* Sentencia del 17 de agosto de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el proceso ordinario de Julio Gutiérrez de León, contra Arcesio de Jesús Castro Abumohor y otros. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* 501

ESTADO CIVIL. ACTAS DE REGISTRO. *En verdad es principio indiscutible aunque atemperado, por vía de excepción, por su inoponibilidad frente a terceros antes de su registro, cuando el conflicto verse exclusivamente sobre el estado civil en discusión o sobre sus consecuencias directas. Si la acción ejercida es la de filiación natural frente a los herederos del presunto padre, la prueba de la relación materno filial tiene por objeto establecer la identidad entre la madre y la mujer con quien el causante tuvo las relaciones, de las cuales es fruto el demandante y no el de demostrar el estado civil de éste frente a la madre, punto que no se debate; es apenas elemento de la causa petendi y no del petitum.* Sentencia del 20 de agosto de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso ordinario de Cruz Graciela Urrea de Chávez, contra los herederos de Ricardo Márquez Dodoya. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez* 505

ACCESION DE MUEBLE A INMUEBLE. *Tiene lugar cuando se edifica, planta o siembra utilizando materiales, plantas o semillas pertenecientes a personas distintas del dueño del terreno en que se incorporen. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Qué es lo principal y qué lo accesorio. Indemnización al propietario de los materiales que ejecuta la obra con aquiescencia del dueño. Derecho de éste a recobrar el predio pagando oportunamente el valor de la edificación.* Sentencia del 7 de septiembre de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario de Alfonso Gómez Aristizábal, frente a Humberto Gómez Aristizábal. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 515

TECNICA DE CASACION. *Proposición jurídica completa. La violación directa excluye cualquier yerro del tal quem en la apreciación de las pruebas aducidas al proceso.*

Página

Fuerza mayor. *Orden de autoridad judicial competente configura fuerza mayor porque la persona a quien se la comunica la orden no puede cuestionar su legalidad.* Sentencia de 4 de septiembre de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de Alberto Arango frente al Banco Popular. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 528

CONTRATO DE MANDATO. *En general es consensual; excepcionalmente solemne. El mandato para la celebración de contratos formales como la compraventa de inmuebles no requiere escritura pública ni privada, por no constituir excepción a la regla consagrada en el artículo 2149 del Código Civil. No siendo este el caso en que la ley expresamente exigiese solemnidad especial para constituir mandatario, no era necesario expresar con qué clase de representación se actuó en el otorgamiento de la escritura, ni presentar los documentos respectivos para su protocolización. Prueba pericial: En apreciación y calificación corresponden al juez de instancia y mientras no sea convicio de contraevidente su juicio no puede ser modificado en casación.* Sentencia del 14 de septiembre de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, pronunciada en juicio ordinario seguido por Parmenio González León y otra contra Olga Beatriz Rivera Corredor y otros. Magistrado ponente: doctor. *Helena Gutiérrez R.* 532

Salvamento de voto del doctor *Humberto Murcia Ballén* 543

CAPACIDAD PROCESAL. *Los menores de edad, incapaces en la vida civil, deben comparecer al proceso representados por sus padres, cuando éstos ejercen la patria potestad. Esta es una situación eminentemente transitoria que se extingue en todo caso de emancipación como es el del matrimonio del hijo.*

Extinguida la patria potestad, desaparecen sus atributos, entre ellos la representación legal. El padre de la mayor casada no la representa legalmente ni puede actuar judicialmente a su nombre. La indebida representación que se da en este evento constituye causal de nulidad. Sentencia del 24 de septiembre de 1981. Declara la nulidad en el proceso abreviado de separación de cuerpos, promovido por Ernesto Avila Alfonso en representación de María Esperanza Avila, frente a Alvaro Triana. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 547

REQUISITOS DE FORMA DE LA DEMANDA DE CASACION. *Su omisión total o parcial conduce a la inadmisión del libelo y, por ende, a declarar desierto el recurso.*

El auto que así lo ordena no puede reponerse alegando que, no obstante la desidia del recurrente, la Corte debe infringir en su favor el precepto que le ordena inadmitir las demandas defectuosamente elaboradas. Sentencia del 22 de septiembre de 1981. *Niega* la reposición solicitada para su auto del 22 de septiembre pasado. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 549

INADMISION DE LA DEMANDA. *El recurrente en casación no puede despreciar los requisitos y la exigencia de acatarlos, de la demanda de casación. Esta omisión culposa relevo a la Corte del deber de examinar y resolver en el fondo el libelo.* Auto del 5 de octubre de 1981. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 555

COMPETENCIA DEL JUEZ. *Factores que la determinan. Competencia privativa o concurrente y su conversión en privativa. El juez del lugar donde ocurrió el hecho concurre con el domicilio, sucursal o agencia de la sociedad a quien se responsabilizo del suceso que dio origen a la acción indemnizatoria.*

Cosa Juzgada Penal. *La sentencia dictada en el proceso penal no constituye aducción al proceso civil de una prueba practicada en aquel proceso; solamente significa la probanza de ellas mismas, su existencia, ejecución, autor y fecha sin comprender las motivaciones en que apoya.* Sentencia del 6 de octubre de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso ordinario de Fernando Romero y otros frente a Expreso Bolivariano S. A. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Guarín Arias* 565

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La contienda como prueba única en oficio para establecer las causales de separación, que no las de divorcio, pues se trata de dos instituciones jurídicas diferentes, medidas con distinta regla: éste disuelve el vínculo matrimonial, aquélla solamente suspende la vida en común. De ahí que el legislador exija mayor rigorismo en la concesión del divorcio que en la*

Página

de la separación. Aceptar la existencia de la causal es otorgar implícitamente el consentimiento para que la separación se produzca. Sentencia del 9 de octubre de 1981. Revoca la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del abreviado de separación de cuerpos adelantado por Manuel Espejo Saavedra frente a Tulia Cecilia Cuervo de Espejo. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe* 561

Con salvamento de voto del Magistrado doctor *Gerardo Giraldo Zuluaga* 567

ELEMENTOS DE LA ACCION REIVINDICATORIA. *Identidad de la cosa reivindicanda con la poseída. No se afecta cuando los demandados poseen sólo parte del inmueble cuya reivindicación persigue el demandante, en cuyo caso el fallo ha de ser infra petita, puesto que éste reclama más de lo que se le debe.*

Mejoras necesarias. *El poseedor vencido tiene derecho a que se le abonen las mejoras necesarias, con consideración a su buena o mala fe; pero el pago de las mejoras útiles sólo tiene derecho el "poseedor de buena fe".* Sentencia del 19 de octubre de 1981. Casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en este proceso ordinario instaurado por Hernando y Darío Vargas Rodríguez contra Carmen Elisa Castillo y otros. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 568

EFICACIA CAUSAL DEL ERROR *IN JUDICANDO*. *Para que la casación prospere es menester que la resolución impugnada esté basada en la infracción legal, que exista un nexo de causalidad entre dicha infracción y la resolución con base en ella, de tal manera que al declarar la violación se obtenga un efecto práctico.* Sentencia del 20 de octubre de 1981. *No revisa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el proceso ordinario de Julián Albach frente a María Consuelo Forca, proferida el 21 de febrero de 1977.

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 581

Con salvamento de voto del Magistrado doctor *Héctor Gómez Uribe* 584

TECNICA DE CASACION. *El ataque por vía indirecta carece de eficacia si no comprende la totalidad de las pruebas que sirven de soporte a las conclusiones fácticas en que se apoya la sentencia impugnada. Independencia y autonomía de los distintos cargos.*

La simple disparidad de criterio entre la censura y el sentenciador no configuran el error de hecho: se precisa que las pruebas se hayan apreciado con "criterio francamente inexplicable". Sentencia del 28 de octubre de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de Francisco Antonio Garzón contra Armida Marín de Quintero 587

TECNICA DE CASACION. *Fundada la sentencia en diversas consideraciones de orden jurídico el recurrente en casación deberá combatirlas todas en el mismo cargo para lograr la prosperidad del recurso. Autonomía del juzgador de instancia para apreciar la prueba testimonial.* Sentencia del 26 de octubre de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este proceso ordinario instaurado por Oliva Barrios de Beltrán, contra los herederos de Juan Gualdrón Vargas. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 594

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. *Requisitos para que la acción prospere. Excepción de contrato no cumplido. Obligaciones pactadas bajo condición: sólo pueden exigirse una vez que se haya verificado la condición. A la demandante que alega el incumplimiento de los demandados corresponde justificar su propio incumplimiento a fin de conocer la mora de éstos.*

Cosa Juzgada Material. *La sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada material adquiere el carácter de definitiva e inmutable y no puede ser desconocida mediante el recurso extraordinario de casación. Aunque dos procesos sean de distinta naturaleza puede existir identidad de partes, de objeto y de causa.* Sentencia del 29 de octubre de 1981. No casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida el 26 de noviembre de 1980 en el presente proceso ordinario de Laura María Salazar de Jaramillo, frente a Fernando Arenas Díaz y María Victoria Arenas de Ordway. Magistrada ponente auxiliar: doctora *Heliana Gutiérrez E.* 599

PROMESA COMERCIAL DE CONTRATAR. *Solemnidades requeridas para la existencia y validez del contrato de promesa. La promesa mercantil no requiere que se consagre por escrito, excepto cuando versa sobre contrato de sociedad. La consensualidad, principio cardinal de la ley comercial, cobija las necesidades de los comerciantes, quienes regulan sus*

Página

tituciones jurídicas que les permitan una contratación fácil, rápida y expedita. No obstante la consensualidad de la promesa comercial ella debe fijar la época en que ha de celebrarse la convención prometida y especificar, completa e inequívocamente el contrato prometido, so pena de que no produzca efecto alguno. Sentencia de 13 de noviembre de 1981. *Casa* la sentencia del 24 de noviembre de 1980, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario de Elías Acosta & Cía. Ltda., contra Saturia Ciéllar de Durán. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Guarín Arèva* 610

Con salvamento de voto del Magistrado, doctor *Humberto Murcia Ballén* 623

APELACION ADHESIVA. *Oportunamente interpuesta es autónoma, no está subordinada al recurso a que se adhiere; pero para que sea procesalmente viable es necesario que exista la apelación principal. En firme el desistimiento del apelante la competencia del Tribunal se agota no pudiendo pronunciarse sobre la admisión del recurso adhesivo, porque ello equivale a revivir procesos legalmente concluídos.* Sentencia del 25 de noviembre de 1981. *Casa* la sentencia dictada el 1º de octubre de 1980 en este proceso ordinario de Urbaneta y Gálvez Limitada, contra Ferrocarriles Nacionales de Colombia 624

NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS. NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA. *La facultad del juzgador para declarar de oficio la nulidad absoluta de los actos o contratos no es ilimitada.*

Circunstancias que deben concurrir. *Exigencias legales para que la promesa de celebrar un contrato sea fuente jurídica de obligaciones y cuya omisión afecta la promesa de nulidad absoluta. La Corte insiste en su doctrina sentada en sentencia del 25 de enero de 1979, respecto a la necesidad ineludible de que en la promesa de compraventa de inmuebles se determine con precisión la notaría donde ha de otorgarse la escritura pública so pena de que el objeto de la promesa quede indeterminado y, por ende, este no produzca efecto alguno.* Sentencia del 1º de diciembre de 1981. *Casa* la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 27 de abril de este año, en este proceso ordinario adelantado por Jorge Berges Tolsa, contra Isaías Narváez Ibarra. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* 627

Con salvamento de voto del Magistrado, doctor *José María Esguerra Samper* 634

LEGITIMACION EN LA CAUSA. *No es presupuesto procesal; ella mira a la pretensión y no a las condiciones para la integración y desarrollo regular del proceso.*

A falta de legitimación por activa o por pasiva, la sentencia debe ser absolutoria; de otra manera permitiría que el litigante ilegítimo promoviera nuevamente el proceso o que contra él se incoara de nuevo la acción dando lugar a una cadena de inhibiciones interminable. Sentencia del 4 de diciembre de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso ordinario suscitado por Dahuira Adelma Tveo, frente al Oleoducto del Pacífico, S. A. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga* 630

DERECHOS HEREDITALES DEL HIJO ADOPTIVO. *Régimen establecido por la Ley 140 de 1960. Semejanza de los derechos hereditarios del hijo adoptivo con los del hijo natural. Excepciones. Cuarta de mejoras. Siendo los hijos naturales destinatarios legales de la cuarta parte de mejoras, los adoptivos debían serlo, aunque la ley no lo consagra expresamente. La Ley 5ª de 1976, al disponer que el hijo adoptivo "puede ser favorecido con la cuarta de mejoras" no quiso significar que antes de su vigencia no tuviera derecho a ella.* Sentencia del 9 de diciembre de 1981. *No casa* la sentencia de marzo 10 de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por Gloria Nelra de Bernal, contra Elvira de Rey y otros. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 641

ADVERTENCIA

Además de las sentencias publicadas, la Sala de Casación Civil profirió durante los meses de enero a diciembre de 1981, las que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio.

REVALIDACION DEL PAPEL COMUN. *El no cumplimiento oportuno de esta carga procesal trae como consecuencia que se declare desierto el recurso de casación.* Auto de 5 de enero de 1981. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

RESCISION POR LESION ENORME. *Sin necesidad de expreso pronunciamiento sobre intereses, el comprador que completa el justo precio de la cosa vendida a fin de atajar la rescisión, debe intereses legales de dicha suma desde la fecha de la demanda y lo mismo ocurre si los vendedores restituyen el precio recibido al optar por la rescisión.* Auto de 20 de enero de 1981. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

FORMALIDADES DE LA DEMANDA DE CASACION. *Los requisitos que exige el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil para la admisión de la demanda, deben ser expresos, no deducidos a través de un razonamiento.* Auto de 22 de enero de 1981. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

COMPETENCIA PARA CONOCER DE LITIGIOS SOBRE REMUNERACION DE SERVICIOS PERSONALES. *La tiene la jurisdicción del trabajo siempre que los servicios los presten personas naturales, no jurídicas.* Sentencia de 22 de enero de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por la sociedad Superconstrucciones Limitada, contra la compañía Seguridad Atempá Limitada. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

TESTIMONIOS EXTRAJUICIO. *Su valor probatorio. Si se reciben con citación de la presunta parte contraria, no requieren ser ratificados posteriormente.* Sentencia de 23 de enero de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario promovido por Mariela Rodríguez, contra Eduardo Rodríguez e Ximénez. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

Auto que decreta pruebas en incidente de liquidación de perjuicios. 26 de enero de 1981. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

NULIDAD DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA. *No hay incongruencia del fallo cuando se reconoce una excepción no propuesta por el demandado, pero que debe ser declarada oficiosamente.* Sentencia de 27 de enero de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en este proceso ordinario instaurado por la sociedad agropecuaria La Florida y Buenos Aires Limitada y otra, frente a Eustaquio Hernández Durtado. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

APUESTA DEL 6 Y 6. *En qué consiste. Para perfeccionar la apuesta es indispensable que el apostador elabore el formulario por triplicado y que los tres ejemplares sean idénticos.* Sentencia de 27 de enero de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de José Alejandro Amaya y Guillermo Mosquera Ramírez, contra la sociedad "Hipódromo de Techo S. A.". Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

CONTRATO DE TRANSPORTE AEREO INTERNACIONAL. *No se aplica el derecho interno, sino en el evento de no existir pactos internacionales.* Sentencia de 27 de enero de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el proceso ordinario de la Compañía Colombiana de Textiles Limitada y Transformadora de Textiles Limitada, contra Líneas Aéreas del Caribe S. A. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

PERTENENCIA. *Quien espera que otra persona le regale el inmueble que ocupa, está reconociendo dominio ajeno, no es poseedor.* Sentencia de 27 de enero de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso ordinario de Anital Sierra Tobón, contra Dolores, Irma, María Dalila, Ramona, Albeir Sierra Tobón y otras; María Judith y Gilma

de Jesús Sierra Acevedo; Luz Marina, Darío y Yadira Sierra Martínez, estos dos últimos menores de edad, representados por su madre natural Ana Julia Martínez, todos ellos en su calidad de herederos de Román Antonio Sierra Cadavid, y María Paulina Tobón viuda de Sierra. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín*.

PRUEBA DE LA CALIDAD DE HEREDERO. *La providencia por la cual se reconoce a un heredero su carácter de tal es prueba suficiente para el ejercicio de pretensiones que se apoyan en esa calidad.* Sentencia de 27 de enero de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en este proceso ordinario de Lázaro y Eduardo Torres Echeverría, contra Armando Cabrera Gamero, Mario Charris Cayarza y otros. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín*.

REIVINDICACION. *La demandada, que adquirió el dominio del inmueble que reivindica el demandante, del Municipio de Florencia es poseedora de buena fe.* Sentencia de 26 de enero de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso ordinario de Julio Graciniano Burgos, contra Gregorio Silva Gasca. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín*.

FILIACION NATURAL. *Deficiencia en la técnica de formulación del recurso de casación.* Sentencia de 29 de enero de 1980. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso promovido por Alba Dolores Méndez Martínez, contra los herederos de Luis Enrique Martínez Vela. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

CUMPLIMIENTO PROVISIONAL DEL FALLO RECURRIDO EN CASACION. *Toda sentencia contra la que se interponga casación es susceptible de cumplimiento, salvo que verse exclusivamente sobre el estado civil de las personas.* Auto de 29 de enero de 1981.

PAGO DE LAS COSTAS. *La parte deudora de costas no puede ser oída en casación, sin que sea necesario requerirla previamente para el pago.* Auto de 29 de enero de 1981.

APELACION CONTRA DECISIONES PROFERIDAS EN DILIGENCIAS JUDICIALES. *Deben interponerse en forma oral en la misma diligencia y no por escrito elaborado mucho antes de proferirse la decisión.* Auto de 31 de enero de 1981.

RECURSO DE REVISION. *No constituye una tercera instancia. La validad como causal de revisión sólo cabe invocarla cuando se ha originado en la sentencia misma.* Providencia de 2 de febrero de 1981. *Declara infundado* la causal de revisión proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de ejecución con título hipotecario que contra Flor Ana Ruiz Mora promovió María Libia Escobar.

REIVINDICACION DE BIEN INMUEBLE. *El reivindicatorio deriva su derecho de señor no de la sentencia que se dicte, sino de los títulos que tenga frente a dos confesiones de la misma parte, en las cuales se dan respuestas contradictorias y excluyentes entre sí, puede estarse a la más favorable al actor.* Sentencia de 3 de febrero de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Leonidas Vega, contra Beatriz Bohórquez de Vega y Manuel Antonio Vega. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento del demandado de sus deberes de esposo y de padre.* Sentencia de 3 de febrero de 1981. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Gerardo del Castillo Vargas, contra Guillermo Arenas Ramírez. Magistrado ponente, doctor *José María Esguerra Samper*.

REVISION DE SENTENCIA PROFERIDA POR JUZGADO DE MENORES SOBRE PATERNIDAD NATURAL. *En el juez y no el testigo a quien corresponde deducir si de los hechos narrados por éste pueden inferirse las relaciones sexuales.* Sentencia de 3 de febrero de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en este proceso ordinario suscitado por Gerardina Castellanos, representada legal de Sandra Milena Castellanos, contra José del Carmen Jerez. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

REIVINDICACION DE BIEN INMUEBLE. *La conducta omisiva de los demandados al no negar su calidad de poseedores del bien que se pretende reivindicar es prueba suficiente de que ejercen sobre él posesión material.* Sentencia de 3 de febrero de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso ordinario de "Mármoles y Cementos del Norte S. A.", contra Elvira Lourdes Bonna de Martínez y Gabriel Galves Samaja. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. *Quien formula pretensión indemnizatoria a título de dueño de la cosa debe oportunamente probar esa calidad. Tratándose de un vehículo automotor la tradición del dominio requiere, además de la inscripción del título, la entrega material de la cosa.* Sentencia de 3 de febrero de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el proceso ordinario de Segundo Guillermo Unigarro, contra Aurelio y Carlos Arturo Maya. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *No autoriza al recurrente para replantear el litigio (la órbita dentro de la cual puede moverse el recurrente es restringida, ya por las causales (999 C. de P. C.), ora por el tiempo para alegarlas (Art. 381 C. de P. C.), bien por las decisiones que puede impugnar (379 C. de P. C.).* Sentencia de 4 de febrero de 1981. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. *Si las normas sustanciales que la censura encuentra violadas no fueron aplicadas por el sentenciador, no puede decirse que se aplicaron indebidamente, pues se trata de dos conceptos de infracción totalmente diferentes.* Sentencia de 17 de febrero de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario promovido por José Hugo Escobar contra Compañía Suramericana de Seguros S. A. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

Salvamento de voto del Magistrado, doctor *Germán Giraldo Zuluaga*, del fallo anterior.

PRINCIPIO DE LA LEALTAD PROCESAL. *"Es principio que debe reinar en toda controversia judicial para que el debate sea una limpia lid en que cada adversario discuta con gallardía sus derechos y no una lucha designal en que el fraude y el engaño sean los medios que las partes utilicen para el logro de sus propósitos".* Sentencia de 11 de febrero de 1981. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

Salvamento de voto del Magistrado, doctor *José María Esguerra Samper*, del fallo anterior.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. *Factores que determinan la competencia; elementos que deben tenerse en cuenta al aplicar el factor territorial.* Providencia de 12 de febrero de 1981. Magistrado ponente, doctor *Alberto Ospina Botero.*

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO. *Planteado un error de hecho no es admisible fundamentarlo con argumentos que son exclusivos de la estructura del error de derecho.* Sentencia de 13 de febrero de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el proceso ordinario de Víctor Puerto Medina, contra Eutimio de Jesús González. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales de la demandada.* Sentencia de 16 de febrero de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso promovido por Germán Gualdrón, contra María Antonia Monsalve de Gualdrón. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

Aclaración del voto del Magistrado, doctor *Humberto Murcia Ballén*, del fallo anterior.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento del demandado de sus deberes de esposo y de padre.* Sentencia de 17 de febrero de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Margery Acosta Cardoza, contra Carlos Julio Gutiérrez Rivera. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

RESCISION POR LESION ENORME. *La prueba pericial es la más adecuada para determinar el desajuste entre el precio acordado por las partes y el comercial al momento de celebrarse el contrato.* Sentencia de 18 de febrero de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso de Susana Castillo Solano de González, y otras como herederas de Máximo Castillo Castillo, contra Miguel Antonio Cañón. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

CAUCION PARA IMPEDIR LA EJECUCION DE LA SENTENCIA. *No puede tener ninguna limitación temporal, puesto que sólo el Tribunal compete ordenar su cancelación, una vez casada la sentencia, en el acto de obedecimiento a lo dispuesto por la Corte.* Providencia de 20 de febrero de 1981.

SEPARACION DE CUERPOS. *Ausencia de prueba de las causales invocadas.* Sentencia de 23 de febrero de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Luis Antonio Illián Rincón, frente a María Mélida Castellanos de Illián. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Inejecución culpable de la demandada de sus deberes de esposa.* Sentencia de 23 de febrero de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en este proceso promovido por Jorge Alberto Zambrano, frente a Francia Muñoz. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Decretada la separación los cónyuges pueden en cualquier momento reanudar su vida matrimonial y por consiguiente no puede decretarse la separación de manera definitiva sino indefinida.* Sentencia de 25 de febrero de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el proceso promovido por Josefina Delgado de Molina, contra Pedro Antonio Molina. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

Procedencia de la interposición del recurso de casación directamente por la parte interesada con la coadyuvancia de abogado titulado. Providencia de 23 de fe-

brero de 1981. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

DESERCION DEL RECURSO DE CASACION. *El no cumplimiento de la carga procesal de revalidar el papel común en el término señalado trae como consecuencia que la demanda de casación no pueda admitirse.* Providencia de 23 de febrero de 1981. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

DESERCION DEL RECURSO DE CASACION. *Por la no presentación oportuna de la demanda y por no cumplir el recurrente la carga procesal de revalidar el papel común.* Auto de 23 de febrero de 1981. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

COSTAS. *No hay lugar a condenar en costas cuando se ha concedido el amparo de pobreza.* Auto de 23 de febrero de 1981. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE CASACION. Auto de 23 de febrero de 1981.

CONDENA AL APODERADO POR ACTUAR CON TEMERIDAD O MALA FE. *La facultad que el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil confiere a los jueces no se circunscribe a los falladores de instancia, sino a los que conocen del proceso por cualquier motivo legal.* Providencia de 25 de febrero de 1981.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Adición de la sentencia condenando en abstracto al demandado al pago de alimentos en favor de la cónyuge inocente y del hijo menor y confiriendo exclusivamente a la madre la patria potestad de éste.* Sentencia de 25 de febrero de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Rosa María de Jesús García de Alzate, contra Pedro Emilio Alzate. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Si los hechos constitutivos de las causales de separación no están plenamente demostrados, la separación no puede ser decretada, aunque las partes estén de acuerdo al respecto.* Sentencia de 25 de febrero de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso promovido por Fernando Guerrero Cobos contra María Esperanza Lagos de Guerrero. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Decretada la separación por encontrarse probada alguna de las causales del artículo 154 del Código de Procedimiento Civil, la guarda y el cuidado de los hijos menores corresponde al cónyuge inocente y el culpable debe alimentos tanto al otro como a los hijos menores.* Sentencia de 25 de febrero de 1981. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales y grave e injustificado abandono de la demandada de sus deberes de esposa.* Sentencia de 25 de febrero de 1981. *Confirma* lo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de separación de cuerpos de Angel María Alarcón, contra María Margarita Witches D. Alarcón. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales.* Sentencia de 25 de febrero de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Doris Arboleda de Restrepo, contra Hernán de Jesús Restrepo Calle. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La prueba allegada al proceso no demuestra ninguna de las varias causales adoptadas por la demandante.* Sentencia de 25 de febrero de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso promovido por Rosalba Pineda de Giraldo, contra José Dolores G. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono del hogar por parte del demandado.* Sentencia de 25 de febrero de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso promovido por Mariela Villegas de Restrepo, contra Gabriel Restrepo Sierra. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Ultrajes y maltratamientos inferidos por la demandada al demandante. Abandono del hogar.* Sentencia de 25 de febrero de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Carlos Alberto Sánchez, contra Blanca Inelda Arévalo. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales. Caducidad de la acción por esa causal.* Sentencia de 25 de febrero de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso abreviado de Fabio Armando Viveros B., contra Emma Graciela Santamaría de Viveros. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento grave e injustificado del demandado de sus deberes de esposo.* Sentencia de 25 de febrero de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior

de Bogotá, en el proceso promovido por Luz Florencia Londoño de Ramos, contra Luis Fernando Ramos. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín*.

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. *Cuando un precepto no ha sido aplicado no puede decirse que fue quebrantado por interpretación errónea y menos "a consecuencia de error de valoración". Tampoco puede hablarse de violación por vía directa "motivada por error de hecho en la apreciación de las pruebas"*. Sentencia de 3 de marzo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Alberto Leguizamo, contra Gloria Vargas de Cuilla y otros. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

HONORARIOS DEL PERITO QUE AVALUA EL INTERES PARA RECURRIR EN CASACION. *No se cumple la carga procesal cuando el pago de los honorarios se hace directamente por las partes a los auxilios de la justicia*. Auto de 6 de marzo de 1981. Magistrado ponente: doctor *Héctor Cómez Uribe*.

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION. *La competencia para declarar desierto el recurso sólo tiene el Tribunal, pero hallándose éste desierto, la Corte no puede declararlo admisible*. Providencia de 4 de marzo de 1981. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *El abandono de los deberes de esposo, no cadura con el transcurso del tiempo, mientras éste no reasuma el cumplimiento de sus obligaciones*. Sentencia de 24 de marzo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el proceso promovido por Carmen Eugenia Holguín de Villa, frente a su esposo José Domingo Villa. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La prueba testimonial que suministren los parientes de los cónyuges no puede desestimarse por ser ellos quienes generalmente se encuentran más cerca del desenvolvimiento de la vida conyugal*. Sentencia de 24 de marzo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Lourdes Ana Clemencia Rivera de Hoyos, contra Daniel Smith Hoyos Restrepo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *No obstante la separación decretada, el cuidado personal o custodia de los hijos corresponde a ambos cónyuges, alternando por períodos de dos meses*. Sentencia de 24 de marzo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Gloria Stella Moore de Alamanza Hamia. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La Corte echa de menos el concepto del Agente del Ministerio Público, quien se limitó a notificarse de las providencias dictadas en el proceso*. Sentencia de 24 de marzo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Silvia Tulo Rozo de Salazar, contra Luis Alfonso Salazar Arenas.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La demandada ha incurrido en grave e injustificado abandono de sus deberes de esposa*. Sentencia de 24 de marzo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en este proceso abreviado de Héctor H. Villafañe R., contra Leticia Rivera Gasca de Villafañe. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono grave e injustificado de los deberes de esposo, demostrado con prueba testimonial proveniente de los propios hijos*. Sentencia de 24 de marzo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso promovido por Celmira Quintero de García, contra Aquiles García Giraldo. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín*.

RESPONSABILIDAD DEL PATRONO POR ACCIDENTE DE TRABAJO. *De esta acción de indemnización conocen los jueces laborales. Ineptitud de la demanda. La omisión de algunos hechos de los que constituyen la causa petendi no hace inepta la demanda*. Sentencia de 24 de marzo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Irene María de Betancourt en su propio nombre y en representación de sus hijos menores, contra la sociedad "Carbones San Fernando S. A.".

SEPARACION DE CUERPOS. *Cuando uno de los cónyuges rompe la armonía y la unidad del hogar para convivir con un tercero la separación se impone*. Sentencia de 25 de marzo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Germán Darío Cárdenas, contra Fabiola Castrillón T. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Carga de la prueba*. Sentencia de 25 de marzo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso promovido por Alberto Delgado, frente a Libia Marín Giraldo. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Absoluta ausencia de pruebas de las causales alegadas*. Sentencia de 25 de

marzo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Hernando Rodríguez Agray, contra Ana Julia Arévalo. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *El incumplimiento por abandono de los deberes de uno de los cónyuges no es susceptible de saneabilidad, sino a partir de su ocurrencia*. Sentencia de 25 de marzo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Alcira Corredor, contra Alvaro Esquilo Amaya. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Puesto que el demandado es cónyuge inocente y el comportamiento de la demandante deja mucho que desear en su aspecto moral, el ordinal personal de los hijos del matrimonio corresponde a aquél y no a ésta*. Sentencia de 25 de marzo de 1981. *Modifica* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso promovido por Octavio Segundo Manjarrés, contra Ana Rita Zerra. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

RESPONSABILIDAD LABORAL PROVENIENTE DE ACCIDENTES DE TRABAJO. *Corresponde a los jueces del trabajo conocer toda indemnización que tenga su fuente en la relación obrero-patronal. Causal 1ª de casación*. Sentencia de 26 de marzo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario instaurado por María Aurora Rico viuda de Ramírez y otros, frente a la sociedad "Industrial Hullera S. A.". Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *Es nulo el proceso de pertenencia adelantado contra personas indeterminadas y no contra los titulares del derecho de dominio sobre el predio en cuestión*. Sentencia de 26 de marzo de 1981. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento grave e injustificado del cónyuge demandado de los deberes que le conciernen como tal*. Sentencia de 27 de marzo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Emma Veloza de Jaramillo, contra José Fulvio Jaramillo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SIMULACION. *Valor probatorio de las copias de un proceso tenidas por reproducción mecánica, no autenticadas por notario o por juez. Indicios necesarios, serios y concordantes. El no tener los indicios el carácter de necesarios no les merma su valor probatorio si son serios y concordantes como exige la ley*. Sentencia de 30 de marzo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de María Elena Ubie y otros, contra José Roberto Flórez Rico.

INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD NATURAL. *Disciplina probatoria. Su régimen no es de tan extremado rigor que haga imposible demostrar los canales que permiten declarar judicialmente la paternidad natural. Análisis de la prueba testimonial*. Sentencia de 27 de marzo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Manuel Corredor Ovalle contra Julio César, Víctor Manuel y Gloria Amaya. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

DEFECTOS DE TECNICA DE LA FORMULACION DEL RECURSO DE CASACION. *El error de hecho que alega la censura no se da cuando no ha habido preterición de la prueba ni cercenamiento de su contenido*. Sentencia de 30 de marzo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario adelantado por Pedro Luis Darío Jaramillo y su cónyuge Amparo de Jesús Mesa, contra "Procesadora de Leche S. A., Prolecbe". Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

INTERRUPCION DEL PROCESO. *Se produce ipso iure a partir del hecho que la origina excepto cuando éste ocurre estando el expediente al despacho del juez, en cuyo caso no surte efectos legales sino "a partir de la fecha de la providencia que se pronuncie seguidamente"*. Sentencia de 30 de marzo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso ordinario adelantado por Alfredo y Gustavo Penagos, como herederos de Hortensia Ramírez de Penagos, contra Ismael Penagos Cárdenas y otros. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín*.

Salvamento de voto del Magistrado, doctor *Alberto Ospina Botero*, del fallo anterior.

CESION DEL INTERES SOCIAL EN UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. *Dentro de la vigencia del artículo 7º de la Ley 124 de 1937, la cesión debía hacerse por escritura pública; si entre socios, con intervención del representante de la compañía; si a favor de extraños, previa autorización de socios que representaran las tres cuartas partes del interés social, pero en ambos casos con el concurso del cedente y el cesionario*. Sentencia de 31 de marzo de 1981. *Casa* la proferida por Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Samuel Forero Rubio, contra West Rubber de Colombia S. A. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *Una de sus finalidades es la de amparar el derecho de defensa de quien no fue citado o emplazado al proceso, debiendo serlo o de quien no estuvo debidamente representado en la litis. La especificación al invocar la causal en que se funda el recurso lo hace impróspero.* Sentencia de 7 de abril de 1981. *No accede* a la petición de revisión, en la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto, dentro del ordinario que fronte a Gerardo Lucio Fajardo Pardo adelantó Dolores Alicia Rosero de Fajardo. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

FALLO *EXTRA PETITA. Declarar oficiosamente el juzgador la existencia de un crédito en favor de la sociedad conyugal y reformar la partición ya aprobada para incluir y repartir dicho crédito, a la vez que para excluir uno de los bienes inventariados, sin que demandante y demandada en proceso de reivindicación del bien lo pidieran, configura un fallo extra petita.* Sentencia de 22 de abril de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Jaime Galindo González, contra Ligia Páez de Galindo. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín.*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA. *Sólo tiene lugar cuando el sentenciador incurre en yerro de valoración de alguna prueba; no cuando omite el mérito razonado que le corresponde a él una de ellas, ni cuando deja de apreciar medios probatorios que obran en los autos.* Sentencia de 22 de abril de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario de Esperanza Ospina viuda de Rojas, contra el Municipio de Itagüí. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín.*

RESOLUCION DE COMPRAVENTA DE MUEBLES. *Vicios redhibitorios de la mercancía vendida. De la valoración probatoria el Tribunal llegó a conclusión distinta de la pretendida por la casación, sin cercenar ni ignorar los medios de prueba, de manera que el error de hecho que éste predica no existe.* Sentencia de 23 de abril de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el proceso promovido por Enrique Durán Salazar, contra el Banco Internacional de Colombia - Sucursal de Cúcuta. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

ACLARACION DE SENTENCIA. *No puede aprovecharse para obtener la modificación del fallo, ni es procedente cuando éste no ofrece ningún motivo de duda.* Auto de 23 de abril de 1981. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SIMULACION DE LA COMPRAVENTA. *Pluralidad de indicios concurrentes demuestran la simulación del contrato. Aun cuando el demandante no fue parte en la compraventa, la simulación debe decretarse por haber acreditado que era acreedor del vendedor y que éste logró disminuir en tal forma la prenda general de sus bienes que el demandante no pudo hacer efectivo el pago de la deuda.* Sentencia de 24 de abril de 1981. *Confirma* la sentencia de primer grado. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

PRUEBAS DE OFICIO. *La ley, no prohíbe al juez que pueda señalar más de un término probatorio adicional para practicar pruebas de oficio, dando el carácter eminentemente inquisitivo del actual sistema probatorio. Notificación y traslado de la demanda hechos a la demandada que es a la vez representante legal de menores demandados, vincula también a éstos, de quienes no puede decirse que estuvieron ausentes del proceso. Caducidad de los efectos patrimoniales de la filiación: la presentación oportuna de la demanda impide la caducidad de los efectos patrimoniales de la declaración de paternidad, aun cuando la notificación del auto admisorio se verifique después de transcurrido el bienio establecido por la ley, si en el retardo no ha habido culpa del demandante.* Sentencia de 27 de abril de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Alvaro Ruiz, contra María Josefa Olaya de León. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

ACLARACION DE LA SENTENCIA. *La sentencia no puede ser modificada por el juez que la profirió, so pretexto de aclaración.* Auto de 27 de abril de 1981.

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO. *En qué consisten. Diferencias entre estas dos especies de yerros. Presupuestos procesales. Distintas consecuencias que acarrea la falta de uno de ellos. Con la identificación del sujeto que acude al proceso se busca establecer su existencia e individualidad, su capacidad para ser parte, la omisión de este presupuesto determina la nulidad del proceso, no la sentencia inhibitoria.* Sentencia de 28 de abril de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de María Lilia López, contra los herederos de Jesús María Ruiz. Magistrada ponente: doctora *Nanny Gutiérrez de Rodríguez.*

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. *No indicar el recurrente el concepto de la violación, constituye una falla técnica insubsanable.* Sentencia de 29 de abril de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en este proceso ordinario de Camilo Sanín Giraldo, contra Pedro Simón Sierra Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín.*

FILIACION NATURAL. *El ataque en casación no puede enfilarse contra una prueba distinta de la que sirvió de pilar a la sentencia, sino contra el soporte*

fáctico fundamental de la decisión. Defectos de técnica y de fondo en la formulación del recurso extraordinario. Sentencia de 5 de mayo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario de Angel de Dios Ruiz, contra los herederos de Martín González Bustamante. Abogado asistente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono de los deberes de esposo y padre, del demandado.* Sentencia de 5 de mayo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por María Stella Velásquez de Moreno, contra Humberto de Jesús Moreno Agudelo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La sola confesión de cualquiera de los cónyuges no es prueba suficiente de la causal en procesos de esta índole, como tampoco lo es en los de divorcio.* Sentencia de 6 de mayo de 1981. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Myriam Eugenia Zárate de Joya, contra Carlos Flaminio Joya R. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El abandono es episodio de tracto sucesivo que mientras persiste puede ser alegado como causal de separación.* Sentencia de 6 de mayo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso promovido por Armando Ramírez, contra Bertulfo Vega. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *La presunción de legalidad que ampara los fallos ejecutoriados no puede mantenerse cuando se demuestra que los testimonios que sirvieron de base a la sentencia son falsos y que sus autores han sido condenados en el respectivo proceso penal.* Sentencia de 6 de mayo de 1981. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Los altos fines del matrimonio no pueden alcanzarse cuando uno de los cónyuges priva al otro y a su prole de la asistencia material y ayuda espiritual que está obligado a prestarles.* Sentencia de 6 de mayo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso promovido por Ana Mireya Fonseca de Cristales, contra Fabio Cristales Escobar. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

DESISTIMIENTO EN EL RECURSO DE CASACION. *Se presenta ante quien lo concedió,* aunque el proceso haya sido ya remitido al superior, siempre que se encuentre todavía en la sede del *a quo.* Auto de 6 de mayo de 1981. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales. Cómo debe entenderse la expresión "consentir" en las relaciones para quebrar la validez de la causal.* Sentencia de 6 de mayo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso promovido por María Aranely Molina, frente a Hugo Javier Quiroga. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono de los deberes de esposo y padre.* Sentencia de 6 de mayo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Myriam Correa de Correa, contra Mario Correa Londoño. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La embriaguez habitual del demandado ha llevado al desasosiego y a la incomprensión del hogar; el mal entendimiento con su esposa e hijos, en forma que hizo imposibles la paz y el sosiego domésticos.* Sentencia de 6 de mayo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso promovido por María Alicia Cortés de Torres, frente a Eduardo Torres Bernal. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

INCONGRUENCIA DEL FALLO. *No incurre en incongruencia el fallador al expresar su resolución con palabras distintas a las usadas por los contendientes o cuando utiliza el poder que tiene para interpretar las peticiones de las partes.* Sentencia de 7 de mayo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el proceso promovido por Abelardo y Paulina Corredor, contra los herederos de Ricardo Arteaga. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

COSTAS PROCESALES. *El demandado que estuvo ausente del proceso no está conminado de pagar costas cuando las pretensiones de la parte actora han recibido desenlace favorable.* Sentencia de 8 de mayo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Luz Elvia Carvajal de Silva, contra Carlos Alberto Silva M. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El marido ya no es el único jefe del hogar; marido y mujer deben obrar de común acuerdo, orientados siempre por los altos y*

nobles ideales de la familia unida. Sentencia de 8 de mayo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Nivia del Socorro Gómez, frente a Gustavo Ramírez Avila. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

PRUEBA DE LAS RELACIONES SEXUALES PARA DECLARAR LA PATERNIDAD. *La ley no ha impuesto restricciones probatorias en este punto, de manera que la confesión del presunto padre constituye prueba suficiente de los hechos en que se funda la causal.* Sentencia de 8 de mayo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario instaurado por María de Jesús Ramírez, frente a Jesús Ramírez J. Magistrada ponente: doctora *Nedy Gutiérrez de Rodríguez.*

EXCEPCION DE PETICION ANTES DE TIEMPO. *No pudiendo resolverse sobre las pretensiones por haber sido deducidas antes de llegar el tiempo propicio para su exigibilidad, tampoco es procedente el estudio de las excepciones.* Sentencia de 11 de mayo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso sustituido por Helena Teresa Miranda de Castro, contra Orlando Guzmán. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono de los deberes paterno filiales. Un súbito cambio de las circunstancias condiciones del demandado no justifica la falta de ayuda espiritual que el descendiente requiere.* Sentencia de 11 de mayo de 1981. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

INDEBIDA REPRESENTACION COMO CAUSAL DE REVISION. *Los párrocos no representan la parroquia si no han obtenido licencia del ordinario respectivo.* Sentencia de 12 de mayo de 1981. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Injustificado incumplimiento del demandado de sus deberes conyugales y paternales.* Sentencia de 12 de mayo de 1981.

INTERPRETACION DE LA DEMANDA. *Cuando las resoluciones de la sentencia se acoplan a las peticiones deducidas por el fallador, al interpretar el libelo, no puede decirse que existe incongruencia entre lo pedido y lo resuelto por el Tribunal.* Sentencia de 12 de mayo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario que frente a Rodolfo Rueda y otros, suscitaron Víctor y Hernán Darío Jaramillo. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Ultrajes, trato cruel y actos injustificados, debidamente comprobados, justifican ampliamente el abandono del hogar conyugal por la demandante.* Sentencia de 13 de mayo de 1981.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *No la hay cuando no hayan sido atacados en el cargo todos los preceptos que sirven de fundamento al fallo recurrido.* Sentencia de 13 de mayo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en este proceso ordinario de Antonio María Omaña, contra Club de Leones Cúcuta. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono del hogar por parte de la esposa.* Sentencia de 13 de mayo de 1981. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín.*

RESPONSABILIDAD LABORAL PROVENIENTE DE ACCIDENTE DE TRABAJO. *Se rige por la legislación laboral a diferencia de la que no proviene de accidente de trabajo, pero compromete al patrono independientemente de dicho contrato que se rige por la legislación civil.* Sentencia de 13 de mayo de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario de Benito Pérez de Granados, en su propio nombre y en representación de su menor hijo Luis Fernando Granados Pérez y Luz Marina Granados Pérez, contra la sociedad Industrial Rullera S. A. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín.*

CONFLICTO DE COMPETENCIA. *Para conocer de los procesos que versen sobre "patentes, marcas y nombres comerciales", son competentes privativamente los jueces civiles del Circuito de Bogotá.* Sentencia de 14 de mayo de 1981. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

TESTIMONIOS SOSPECHOSOS. *El sólo parentesco no es base suficiente para rechazar un testimonio: conforme al artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, el juez está en el deber de escrutar si los motivos que pueden influir sobre la imparcialidad del testigo efectivamente afectan la credibilidad de su dicho.* Sentencia de 14 de mayo de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso adelantado por Cecilia Castillo de Lamilla, frente a los herederos de Flavio Cabrera Dussán. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

INADMISIBILIDAD EN EL RECURSO DE CASACION. *Sólo procede contra las sentencias y no hay sentencia cuando el juzgador de segundo grado se concreta simplemente a revocar el fallo del a quo, pero omite el sustitutivo.* Sentencia de 14 de mayo de 1981. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

POSESION. *Suma de posesiones. Interrupción de la posesión.* Sentencia de 28 de mayo de 1981. *Casa* la

proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en este proceso ordinario de Gómez y Calderón Duque Limitada contra José Regur Ramírez C.

EXCEPCION DE LA PRESCRIPCION. La providencia que declara probada esta excepción de fondo, propuestas como previo viene al anochecer de sentencia, y admite recurso de casación. Providencia de 18 de mayo de 1981.

Salvamento de voto del Magistrado, doctor *Alberto Ospina Botero*, del fallo anterior.

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. *Sólo a falta de todo vínculo contractual entre el enriquecimiento y el empobrecido puede darse cabida a la figura del enriquecimiento injusto.* Sentencia de 19 de mayo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso ordinario de Juan José Orrego Zapata, contra Inversiones para Construcciones y Desarrollo S. A. y Seguros Colombia S. A. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

FILIACION NATURAL. *Error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial.* Sentencia de 21 de mayo de 1981. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

INCONGRUENCIA DEL FALLO. *No es causal de casación, ni tiene ocurrencia cuando el Tribunal considera de manera indiferente o como la apreció alguna de las partes, la cuestión sub judice.* Sentencia de 20 de mayo de 1981. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

CONTRATO DE SUMINISTRO. *Sus características. Duración del contrato. Si es de duración indefinida no podrá darse por terminado antes de conocer a la otra parte el preaviso correspondiente.* Sentencia de 20 de mayo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario instaurado por la entidad "Distribuidora Limitada", contra las sociedades "Textiles Modernos S. A." y "Textilera del Atlántico Limitada y Compañía". Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *Habiendo declarado el Tribunal la rescisión de la venta por vicio del consentimiento consistente en la fuerza que padeció el vendedor, el error debió acusar no solamente los artículos de la Ley 95 de 1938 que señala en su demanda, sino todos los artículos en que necesariamente se apoyó la sentencia, a saber: 1740 y 1741 del Código Civil y 1502 y 1514 ibidem.* Sentencia de 21 de mayo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Hermenegildo Cáceres viuda de Triana y otros contra Felipe Toro.

RESOLUCION DEL CONTRATO POR MUTUO DISENSO. *Errores de técnico en la formulación del recurso extraordinario. El entendimiento de la prueba consistente en que el fallador apreció las cláusulas del contrato en forma aislada y no conjunta, constituyó error de hecho y no de valoración.* Sentencia de 21 de mayo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso instaurado por Arturo E. Tanguriqe Sánchez contra la "Academia Colombiana de Contadores Públicos Titulados" —Adscrita—. Magistrado ponente: doctora *Nelly Gutiérrez de Rodríguez.*

PRUEBA DE INDICIOS. *La ponderación de los hechos indiciarios para establecer su gravedad, precisión y concordancia, sólo corresponde al juzgador de instancia y su errónea apreciación sólo es atacable por error de hecho, no de derecho.* Sentencia de 21 de mayo de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Manuel Antonio Espinel, contra el heredero de Bárbara Hernández.

DECRETO DE PRUEBAS DE OFICIO. *El confesionado debe hacer uso de los apremios que le brinda la ley para hacer comparecer los testigos; su papel no puede ser puramente pasivo en el proceso.* Auto de 22 de mayo de 1981.

CONTRATO DE CONSTRUCCION DE OBRA. *Suspensión del contrato por causas imputables al contratista. Evidente error de hecho en la apreciación de las pruebas.* Sentencia de 26 de mayo de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Angel María Vera, contra Construcciones Tissot y Cía. S. A. Abogado Asistente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Injustificado incumplimiento del demandado de sus deberes de esposo.* Sentencia de 27 de mayo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso promovido por María Lucía de Cuéllos, contra Francisco Javier Cuéllos Campo. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Malos tratos de palabra y de obra que hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos. Su prueba.* Sentencia de 29 de mayo de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso promovido por Luz Stella Urquijo de Henao, contra Ramón Elías Henao. Magistrada Auxiliar: doctora *Helena Gutiérrez.*

INTERPRETACION DE LA DEMANDA. *No hay error en la interpretación del petitum cuando el fallador no ha llegado a conclusión alguna de fondo sustentada de la pretensión del demandante.* Sentencia de 16 de junio de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Jesús

María Gutiérrez Londoño y otro, contra Enrique Peña Barreto y otra.

FILIACION NATURAL. *El error técnico consistente en no acertar en el concepto de la violación, hace impróspero el cargo formulado por violación indirecta de normas sustanciales como consecuencia de errores evidentes de hecho cometidos al apreciar la prueba.* Sentencia de 22 de junio de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario de Jaime Bernal, contra Magdalena Siciliano de Moncaballi. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez.*

REIVINDICACION DE INMUEBLES. *Presupuesto para el éxito de la acción reivindicatoria. Prevalencia de títulos teniendo en cuenta su antigüedad y validez. Identidad del bien a que el título se refiere.* Sentencia de 25 de junio de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario adelantado por las sociedades Escobar Llepis Limitada e Inversiones Uribe Vélez Limitada, contra Alirio Aristizábal Parra. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGAL POR ESCRITURA PUBLICA. *El registro de la escritura en fecha posterior a la presentación de la demanda con que se inicia el proceso de separación de bienes es intrascendente respecto a su eficacia.* Sentencia de 25 de junio de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario promovido por José Ariosto María Alvarán, contra Alicia Ortiz de Marín. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *En tanto subsistan el incumplimiento de los deberes del cónyuge o las relaciones sexuales extramatrimoniales el término de caducidad de las respectivas causales no puede empezar a correr, pues éste se inicia cuando no se incurre en la falta sino cuando ella cesa.* Sentencia de 31 de junio de 1981. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

CONTRADICCION DE LA SENTENCIA COMO CAUSAL DE CASACION. *Debe aparecer en la parte resolutiva del fallo atacado; no entre las sentencias de primera y de segunda instancia, la cual no es jerárquicamente posible. Error de hecho en la apreciación de la prueba. Consiste en la alteración del contenido objetivo de la prueba, no en la violación de las normas que disciplinan su valor probatorio.* Sentencia de 19 de julio de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Leonor Caicedo de Cabal y otros, contra Aerovías Regionales de Colombia S. A. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El abandono de los deberes de esposo no priva a la madre del ejercicio de la patria potestad, ni del cuidado personal del hijo menor de edad, quien debería quedar sucesiva y alternadamente, por espacios de un mes, en poder del padre o de la madre.* Sentencia de 2 de julio de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario promovido por Gabriel Antonio Sepúlveda, frente a María Sol Castaño. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El decreto de separación no rompe el vínculo matrimonial, ni termina con la vida en común de los esposos; solamente la suspende. De ahí que no pueda decretarse la separación "definitiva".* Sentencia de 2 de julio de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso ordinario promovido por Silvia Rojas de Lizcano, contra Gerardo Lizcano. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

DESERCION DEL RECURSO DE CASACION. *La demanda no llena los requisitos del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.* Auto de 2 de julio de 1981. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

FILIACION NATURAL. *Incongruencia del fallo. Se determina la parte resolutiva de la sentencia impugnada con las pretensiones de la demanda. El proceder de un demandado no implica que las pretensiones se reduzcan en determinada proporción.* Sentencia de 2 de julio de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Esther Julia Forero viuda de Gómez, contra los herederos de José María Palacios. Magistrado Auxiliar: doctor *Hernán Salamanca Porras.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La separación decretada no puede tener el carácter de definitiva, sino indefinido.* Sentencia de 6 de julio de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario promovido por Stella Marmolejo de Vega, contra Eduardo Vega Cabrera. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Cuando se invocan distintas causales para lograr la separación hasta probar una sola de ellas.* Sentencia de 6 de julio de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Elvia Serrano de Badillo, contra Jorge Demetrio Badillo. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *No puede decretarse sobre pruebas endebles e inexpresivas que no lograron convencer en el recurso oficioso que se hizo en la segunda instancia.* Sentencia de 6

de julio de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Luis Alfonso Henao, contra Teodor Morales de Henao. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono del hogar con incumplimiento grave e injustificado del demandado, de sus deberes de esposo y de padre.* Sentencia de 6 de julio de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso promovido por Luz Marina Córdoba Duque, contra Alfonso Duque Forero. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El abandono del hogar conyugal sin justa causa constituye grave quebrantamiento de los deberes que le incumben a cualquiera de los cónyuges.* Sentencia de 8 de julio de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en este proceso promovido por Mariela Grimalda de Piedrahita, frente a Oscar Piedrahita. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *No existiendo prueba de que el demandado hubiere cambiado el domicilio conyugal anterior de los cónyuges, la acción no puede intentarse en el hogar, de donde actualmente se ausenta la mujer.* Sentencia de 8 de julio de 1981. *Anula* toda la actuación en el proceso promovido por Lubirher Estupiñán Rojas, contra Omar Bustamante Ospina. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La deficiencia de la prueba, a cargo de la demandante no permite que sus pretensiones puedan prosperar.* Sentencia de 8 de julio de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Gladys Castro de Malagón, contra Timoteo Malagón. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Inidoneidad de la demanda por no reunir los requisitos de forma cuando el demandante se limita a citar los numerales de las causales de que trata el artículo 154 del Código Civil, en que pretende amparo al demandado, sin precisar los hechos que las constituyan ni en la época en que éstos tuvieron ocurrencia o fueron conocidos por el actor.* Sentencia de 8 de julio de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Alfonso Castañeda, contra Margarita María Beatriz Peletti. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

PRUEBA TESTIMONIAL. *En las causas de separación de cuerpos los parientes de los cónyuges son las personas que por lo general se encuentran mejor informadas del desenvolvimiento de la vida conyugal y, por consiguiente, sus dichos no se deben desestimar como si siempre estuvieran afectados de parcialidad.* Sentencia de 8 de julio de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Adriana Alcaraz de Restrepo, contra José Francisco Restrepo Acevedo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Al ausentarse del hogar el demandado incumplió grave e injustificadamente sus deberes de esposo y de padre.* Sentencia de 9 de julio de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso promovido por Dora Cardona de Giraldo, contra Jorge Enrique Giraldo Naranjo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono del demandado de sus deberes de esposo y de padre.* Sentencia de 9 de julio de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Gloria Elizabeth Parrado, contra Carlos María Salazar. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

HECHOS DE LA DEMANDA. *En los procesos abreviados de separación de cuerpos no le basta al demandante citar los numerales de las causales contempladas en el artículo 154 del Código Civil en que haya incurrido el demandado, sino que debe referir los hechos pertinentes; de otro modo, éste quedaría en la penumbra sin la posibilidad de responderlos y de defenderse del ataque que exteriorizan.* Sentencia de 8 de julio de 1981. *Revoca* la sentencia consultada proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso promovido por Nivia del Carmen Agámez de Cañavera, contra Julio Hernando Cañavera Pineda. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono del demandado de sus deberes de padre y de esposo, sin motivo explicable de su conducta.* Sentencia de 10 de julio de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

RECURSO DE QUEJA. *Su finalidad no es lograr que el superior revise la providencia objeto de la inconformidad del recurrente, sino que conceda en cuanto fuere procedente, el recurso denegado por el inferior.* Providencia de 10 de julio de 1981. Proceso ejecutivo adelantado por Alfonso Villamizar, frente a la sociedad comercial "Gente Joven" y Donato Hernán García. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono de los deberes de esposo y de padre, del demandado.* Sentencia de 10 de julio de 1981. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Mientras subsista el estado de abandono, la causal de separación no caduca, pues el demandado insiste, reitera en el tiempo el incumplimiento de sus obligaciones.* Sentencia de 10 de julio de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el proceso promovido por Marina Díaz de Arias, frente a José Vicente Arias. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Mientras persista el abandono del hogar injustificado, la causal de separación no caduca.* Sentencia de 10 de julio de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Haddy Torres Puracia de Hurtado, contra Diego Gerardo Hurtado Navia. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Para efectos de la prosperidad de la pretensión no basta alegar que hubo ultrajes; se necesario determinar la época en que éstos tuvieron ocurrencia.* Sentencia de 10 de julio de 1981. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Sentencia de 10 de julio de 1981. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín.*

RENOVACION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO COMERCIAL. *Por acuerdo entre las partes o mediante la intervención del juez. En el mismo contrato pueden preverse las reglas que han de obrar a partir de su vencimiento, la cual no contraría las disposiciones del Código de Comercio sobre establecimiento comercial atinentes al derecho del arrendatario a la renovación del contrato. El procedimiento a seguir para obtener la renovación con intervención del juez es el verbal y no el ordinario.* Sentencia de 15 de julio de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Juan Drossos contra Propay Limitada, sobre prórroga de contrato de arrendamiento. Magistrado auxiliar: doctor *Hernán Salamanca Torres.*

Salvamento de voto del Magistrado, doctor *Humberto Murcia Ballén*, del fallo anterior.

TRANSACCION. *Es un contrato consensual y sólo por excepción solemne; normalmente declarativo de derechos, a menos que recaiga sobre objetos que no estén en disputa, en cuyo caso constituye título traslaticio de aquél. Si tales objetos no disputados son inmuebles, la transacción se torna de consensual en solemne debiendo celebrarse por escritura pública (Art. 1º, Decreto 960 de 1970) y registrarse el acto (Art. 2º, Decreto 1250 de 1965).* Sentencia de 14 de julio de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso adelantado por Pedro María Maldonado Gómez, frente a Germán Castelblanco Vásquez, Ernestina Vásquez y otra. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

NULIDAD POR INDEBIDA NOTIFICACION DE LA DEMANDA. *Los demandados debidamente notificados carecen de interés jurídico para proponer nulidad por razón de que el auto emplazatorio de otros que no concurrieron al proceso no reunía estrictamente todas las exigencias del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil. Prueba de la calidad de heredero.* Sentencia de 16 de julio de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso promovido por María del Carmen Bolaños, contra los herederos de Juan María o Juan Manuel Villota M. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

FILIACION NATURAL. *La paternidad natural puede declararse en cualquiera de los casos contemplados en el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, no siendo necesario demostrar dos o más de ellos. Aceptación de herencia expresa y tácita. Reforma del testamento. Cuando el testador pasa en silencio un legitimario no es procedente la acción de reforma del testamento, pues el preterido se entiende instituido en su legítima, conforme al inciso 1º del artículo 1276 del Código Civil.* Sentencia de 15 de julio de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Eugenio Quintero Restrepo, contra Lucrecia Quintero Prieto, como heredera universal testamentaria del causante Eugenio Quintero Prieto. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

INTERES PARA RECURRIR EN CASACION. *Prueba mediante dictamen pericial.* Sentencia de 17 de julio de 1981. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

CONTRATO DE TRANSPORTE DE COSAS. *El transportador, el remitente y el destinatario no forman litis consorcio necesario para dirimir jurisdiccionalmente las diferencias y responsabilidades entre ellos, pues en cada caso debe examinarse el respectivo interés jurídico que pretendan hacer valer. Llamamiento en garantía.* Sentencia de 21 de julio de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Lonería Colombiana S. A., contra la Cooperativa de Transportadores del Oriente Antioqueño Limitada. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alzate.*

INCONSONANCIA DEL FALLO. *El rechazo total de las súplicas de la demanda no configura inconsonancia alguna. Legitimación en causa. En qué consiste. Propuesta como excepción no es necesario pronunciarse sobre su ausencia cuando el fallo es desestimatorio de las pretensiones. Temeridad en la formulación del recurso.* Sentencia de 23 de julio de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario de Ligia Gómez de Hernández, contra Pedro Ignacio Hernández y otro. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez.*

CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA. *El recurso extraordinario de revisión no impide el cumplimiento de la sentencia y si la parte interesada en él no se preocupa por hacerla efectiva, no le asiste derecho para reclamar los perjuicios que de su desinterés se deriven.* Sentencia de 23 de julio de 1981. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

INDEMNIZACION EN CASO DE ACCIDENTE DE TRABAJO. *La que reclaman los causahabientes del trabajador también es de conocimiento de la justicia laboral.* Sentencia de 24 de julio de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, Centro del ordinario adelantado por Bárbara Villa viuda de Beltrán y otros frente a "Explotaciones Carboníferas S. A.". Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

TECNICA DE CASACION. *Falta de proposición jurídica completa.* Sentencia de 28 de julio de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal de Bogotá, en el proceso ordinario de Teodoro Tinjacá, contra Teresa Pinzón. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez.*

LITIS CONSORCIO NECESARIO. *Cuando quiera que se pida la nulidad, inexistencia o simulación de un contrato, así sea del que declara resuelto los que se vachan de nulos o simulados, deberá citarse al proceso a todas las personas que hubieren participado en tales actos, so pena de no integrar debidamente el contradictorio.* Sentencia de 30 de julio de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso ordinario de Mariana Fonseca de Rey, contra Luis Alvaro Rey Becerra. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez.*

CADUCIDAD DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES DE LA DECLARACION DE FILIACION NATURAL. *El término prefijado en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 no puede aplicarse literalmente, aunque la notificación de los demandados sea extemporánea deberá tenerse en cuenta el oportuno ejercicio del derecho de acción, la diligencia del actor para notificar el auto admisorio de la demanda, la conducta omisiva del funcionario y si el demandado ha sabido la notificación.* Sentencia de 4 de agosto de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Fanny y José Ma. Mosquera Trujillo, contra los herederos de Juan de Dios Mosquera Díaz. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez.*

NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA. *Quien no solicitó la adición de la sentencia que omite resolver sobre uno de los extremos de la litis no puede tener ésta en el recurso extraordinario de revisión, el cual presupone que quien lo interpone haya agotado sin éxito todo otro recurso.* Sentencia de 4 de agosto de 1981. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez.*

REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CASACION. *Si el censor no precisa el concepto de la violación denunciada, se produce la deserción del recurso.* Providencia de 4 de agosto de 1981. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

AGENCIAS DE DERECHO. *Su fijación sólo puede ser objetada dentro del respectivo traslado de la liquidación de costas. Regulación del daño moral: no puede hacerse con base en el precio de gramo-oro; pues las frecuentes devaluadas y sorpresivas fluctuaciones del valor de éste harían variar las indemnizaciones de acuerdo con un factor que nada tiene que ver con la intensidad del daño. Las penas civiles no están sujetas a lo dispuesto en los artículos 106 y 357 del Código Penal al regular el monto de cualquier perjuicio moral subjetivo, como no lo estaban el artículo 88 del Código Penal derogado.* Sentencia de 4 de agosto de 1981. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

TECNICA DE CASACION. *Proposición jurídica completa.* Sentencia de 11 de agosto de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Radi Mariano, contra Mobil Ami S. A. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez.*

Salvamento de voto del Magistrado, doctor *Humberto Murcia Ballén*, del fallo anterior.

INCONGRUENCIA DEL FALLO. *Aparece cuando el sentenciador falla sobre más de lo que le fue solicitado. La construcción de obra nueva es actividad peligrosa. Relación de causalidad entre ésta y el daño.* Sentencia de 17 de agosto de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro del ordinario adelantado por María Brígida viuda de Guerrero, contra José Ramón y Rafael Antonio Reyes y otros. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono del marido de sus deberes de esposo y de padre.*

Sentencia de 17 de agosto de 1981. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales afectadas de nulidad.* Sentencia de 17 de agosto de 1981. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales del esposo demandado.* Sentencia de 17 de agosto de 1981. *Causa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso promovido por María E. Rondón contra Leovigildo Latorre Gélvez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

LIQUIDACION DE PERJUICIOS. *No se causan perjuicios con la revisión de la sentencia cuando ésta se encuentra ya en vía de ejecución en proceso que marcha conjuntamente con el recurso extraordinario, ni los honorarios del abogado que actúa ante el demandado en el recurso de revisión pueden incluirse dentro de la regulación de los perjuicios a que en definitiva se condene al demandante, cuya pretensión de revisión no prospera.* Sentencia de 19 de agosto de 1981. Proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, dentro del proceso adelantado por "Casa Eckardt Ltda.", frente a "Electrificadora del Atlántico S. A.". Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El abandono del hogar por parte del padre es causal de privación de la patria potestad, no de suspensión. La gravedad de la falta no permite que el responsable pueda ser oportunamente rehabilitado.* Sentencia de 19 de agosto de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Ana Leonor Zárate, contra Jaime Lozano F. Magistrada Auxiliar: doctora *Helena Gutiérrez.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La irresponsabilidad del demandado al no atender a la subsistencia de su familia, configura causal de terminación de la patria potestad, pero ésta no puede decretarse para no hacer más gravosa la situación del reo en la segunda instancia.* Sentencia de 19 de agosto de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Margarita Arboleda Toro, contra Mario A. Pérez Osa. Magistrada Auxiliar: doctora *Helena Gutiérrez.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Prueba testimonial. El parentesco de la declarante con la actora no le resta credibilidad a su dicho.* Sentencia de 19 de agosto de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso promovido por María Rosa Borja, contra Erneam Quesada. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

NULIDAD DEL PROCESO. *La omisión de los términos para formular alegatos de conclusión implica quebranto del derecho de defensa y, por ende, la nulidad de la actuación.* Sentencia de 19 de agosto de 1981. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

TECNICA DE CASACION. *Para que el cargo por violación directa de la ley sustancial prospere, la impugnación debe excluir cualquier consideración que ponga de presente discrepancias con las conclusiones a que llegó el sentenciador respecto a las pruebas, cosa ésta que allí tiene cabida dentro del concepto de violación indirecta de la ley sustancial.* Sentencia de 19 de agosto de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario de Tomdel Granjales A., frente a Tiberio Jaramillo R. y Cía. Ltda. Magistrado auxiliar: doctor *Hernán Salamanca Torres.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La ley no abrebuge a esta medida carácter irrevocable. La Corte no puede por vía de consulta reformar las disposiciones del fallo en perjuicio del demandado.* Sentencia de 19 de agosto de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por María Cristina Palacios de Cabrera, contra Ricardo Cubrera Cuéllar. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El juez está obligado a resolver oficiosamente sobre la custodia de los menores, el ejercicio de la patria potestad y la proporción en que los cónyuges deben contribuir al sostenimiento de sus hijos.* Sentencia de 19 de agosto de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso promovido por Paray del Carmen González, contra Carlos Arturo Sotomayor. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

REIVINDICACION. *La identidad entre lo reivindicado y lo poseído por el demandado, elemento axiológico de la pretensión reivindicatoria, queda demostrada cuando se establece que el bien que se reclama se halla comprendido necesariamente en el que posee el demandado.* Sentencia de 19 de agosto de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Riohacha, en este proceso ordinario de Carlos Darío Arias Aragón, contra Enrique Jesús Mendoza Daza. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento del demandado de sus deberes de esposo y de padre al repatriar desde Venezuela a su esposa e hijos con promesa de regresar al hogar en Colombia, que jamás cumplió.* Sentencia de 19 de agosto de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el pro-

ceso promovido por Myriam C. Sierra de Mazuera, contra José Fernando Mazuera. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín*.

INCONGRUENCIA DEL FALLO. *Se incurre en ella cuando lo pedido es la cancelación del registro y lo ordenado, en cambio, es otra inscripción correctiva de la anterior.* Sentencia de 20 de agosto de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Inversiones Bolívar Limitada, contra Julián Posada Angel. Magistrado ponente: doctor: *Ernesto Gamboa Alvarez*.

NULIDAD DE LA COMPRAVENTA. *La nulidad de una cláusula no implica la de todo el contrato. El contrato se anula cuando sus estipulaciones esenciales están afectadas de nulidad, pero no cuando el vicio cobija sólo las partes accidentales del mismo, en cuyo caso subsiste el resto del contrato.* Sentencia de 20 de agosto de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso ordinario de Hernando y Carlos Alberto Salazar Arroyave, contra Jairo A. Betancourt Montoya. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento del demandado de las obligaciones que el matrimonio le impuso.* Sentencia de 20 de agosto de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso promovido por Ismenia Cifuentes de Amarilles, contra J. Antonio Amarilles B. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Injusto y grave abandono del demandado de sus deberes de esposo.* Sentencia de 20 de agosto de 1981. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El cónyuge que rompe todo nexo con su consorte y con su prole viola grave e injustificadamente las obligaciones de cohabitación, socorro y ayuda mutuas que la unión matrimonial impone a los casados.* Sentencia de 20 de agosto de 1981. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Ayuda de los casados que tronca todo nexo con su consorte y con sus descendientes ausentándose del hogar incumple grave e injustificadamente sus obligaciones de cónyuge y de progenitor.* Sentencia de 20 de agosto de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso promovido por Ricardo González, contra Victoria Elena Velasco. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

ACCION REIVINDICATORIA. *No es medio para privar de la tenencia y aún de la posesión cuando el demandado tiene o posee a consecuencia de contrato vigente, celebrado con el causante de quien deriva su derecho el demandante.* Sentencia de 20 de agosto de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Vitelvina Prieto de Alarcón, contra Aleibíades Cortés. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Ausencia de prueba del abandono que se imputa a la demandada.* Sentencia de 20 de agosto de 1981. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Cuando se invoca la causal 4ª del artículo 152 del Código Civil deberá probarse la habitualidad de la embriaguez, es decir, la costumbre reiterada de ingerir bebidas alcohólicas el demandado.* Sentencia de 20 de agosto de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso adelantado por Mercedes Díaz de Contreras, contra Alvaro Contreras. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposo y de padre.* Sentencia de 20 de agosto de 1981. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Mal comportamiento de la demandada como esposa y madre.* Sentencia de 20 de agosto de 1981. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales.* Sentencia de 20 de agosto de 1981. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. *En el ejercicio de actividades peligrosas la sola causación del daño hace que la culpa se presuma mientras no se demuestre fuerza mayor o caso fortuito. Demostrar las buenas condiciones del automotor que causó el accidente es comprobar la ausencia de culpa, no la fuerza mayor ni el caso fortuito que destruyen la presunción de culpa.* Sentencia de 20 de agosto de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el proceso ordinario seguido por María Elena Reyo, en representación de sus hijos, contra Gaseosas del Llano S. A. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *No puede solicitarse la guarda, custodia y curaduría de menores que no carecen de sus representantes legales.* Sentencia de 27 de agosto de 1981. *Revoca* en todas sus partes la sentencia apelada en el proceso promovido por Marina E. Martínez de Lovera, contra Jorge Enrique Lovera R. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *No es procedente agravar la situación del demandado, en cuyo favor se surte la ausencia.* Sentencia de 27 de agosto de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Socorro Vargara de Abad, contra Ramiro Abad A. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

RECURSO DE REVISION. *Para su admisibilidad no es necesario que se allegue con la demanda copia de la sentencia acusada. Basta que en ella se indique la fecha de su ejecutoria.* Auto de 6 de octubre de 1981. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Aunque la demandada es culpable de la separación, se ordena que los hijos permanezcan a su lado por ignorarse su paradero.* Sentencia de 6 de octubre de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso promovido por Ariel Eduardo Orjuela C., frente a María Carmenza Polanco de Orjuela. Magistrada auxiliar: doctora *Helena Gutiérrez.*

ADJUDICACION A UN CONSORCIO DEL INTERES SOCIAL DEL EJECUTADO. *El auto que hace la adjudicación debe ser inscrito en el registro mercantil. La prueba de la cesión del interés social en favor del ejecutante es el auto que el juez dicta adjudicándoselo, no el certificado expedido por la Cámara de Comercio en el cual conste el registro de la providencia.* Sentencia de 6 de octubre de 1981. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso ordinario de Luis Enrique Celis Estrada y Arcillas de Colombia Limitada —Arcicol—, contra Sonolta Limitada, Roberto Pérez Rubio y otro. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La prueba testimonial es imprecisa, contradictoria y manifiestamente parcializada y, por consiguiente, carece de la objetividad necesaria para establecer la objetividad de los hechos.* Sentencia de 7 de octubre de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Luis Jaime Vásquez Arbeláez, contra Blanca Nelly López Rendón. Magistrada auxiliar: doctora *Helena Gutiérrez.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono total e injustificado del demandado de sus deberes de esposo y de padre.* Sentencia de 13 de octubre de 1981. *Confirma* el proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Clara Luz Gamboa, contra Oscar Bijach Corrales. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Guarín Arias.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Injustificado y grave abandono del demandado de los deberes conyugales.* Sentencia de 13 de octubre de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Martha Francia Simona, contra Alfonso Rodríguez C. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Guarín Arias.*

TECNICA DE CASACION. *En la demostración de un cargo por violación directa el impugnador debe prescindir de toda consideración que discrepe de las conclusiones a que llegó el sentenciador respecto a las pruebas.* Sentencia de octubre 14 de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso adelantado por Jesús Arturo Cifuentes y otros frente a Juan Manuel Arbeláez P. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

INCONGRUENCIA DEL FALLO. *El juzgador no puede resolver sobre puntos que no forman parte de la relación jurídico-procesal condenando a más de lo pedido en la demanda. Los principios de igualdad de las partes ante la justicia y la lealtad procesal y buena fe resultan vulnerados en cuanto se oculta la existencia de un proceso que tanto el juez como la contraparte debían conocer.* Sentencia de octubre 14 de 1981. *Casa* la sentencia de 26 de marzo de 1980, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, y en su lugar, actuando como fallador, resuelve: *Confírmase* la sentencia de 27 de enero de 1978, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

PRESCRIPCION ADQUISITIVA. *Quien pretende haber adquirido el bien por este específico modo y tenga que recurrir en casación el fallo que le niega su derecho, deberá denunciar, para que quede conformada la proposición jurídica completa, entre otras, la infracción del artículo 413-3º del Código de Procedimiento Civil, el cual reserva la facultad de hacer valer la prescripción adquisitiva como pretensión.* Sentencia de 26 de octubre de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Jorge Alberto Almonacid Urrego, contra demandados indeterminados. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

OPOSICION AL SECUESTRO DE INMUEBLES. *Debe hacerse en el momento de identificarse el inmueble y no cuando se reanuda la diligencia suspendida.* Auto de 27 de octubre de 1981. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

CAUCION PARA IMPEDIR LA EJECUCION DE LA SENTENCIA RECURRIDA EN CASACION. *No se fijará cuando el fallo ha sido inhibitorio, por no ser éste susceptible de ejecución.* Auto de 27 de octubre de 1981. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. *Habiendo incumplido ambas partes obligaciones que debían cumplir simultáneamente y demandando una de ellas a la otra la resolución, el hecho de oponerse al demandado dentro del término de prescripción extintiva de la acción, implica que éste no optó por la resolución, sino porque se cumpla el contrato.* Sentencia de 27 de octubre de 1981. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso ordinario de Isabel Solano viuda de Falla, contra Marco T. Díaz Serrano. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Los hechos acaecidos con posterioridad a la presentación del libelo no pueden ser tenidos en cuenta para sustentar en ellos el fallo de separación.* Sentencia de 3 de noviembre de 1981. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el proceso promovido por Marlén Morales de Fuentes, contra Manuel A. Fuentes. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Guarín Ariza.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La dejación del hogar común implica el total incumplimiento de los deberes que impone el matrimonio.* Sentencia de 3 de noviembre de 1981. *Se revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso promovido por Carmen Cecilia Martínez, contra Darío García Blanco. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Guarín Ariza.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Dejación absoluta y definitiva del hogar por parte del demandado.* 3 de noviembre de 1981. *Confirma* la sentencia de 23 de junio de 1981, motivo de consulta, con la aclaración hecha en la parte motiva de esta providencia. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Guarín Ariza.*

LIQUIDACION DE SOCIEDADES. *Tratándose de proceso de liquidación de sociedades colectivas, la sentencia que aprueba la partición puede ser recurrida en casación, pero no la que dispone disolver y liquidar la sociedad o la que deniega su disolución.* Sentencia de 6 de noviembre de 1981. Estuvo bien negado el recurso de casación que interpuso Josefina Cardona Castañeda, contra la sentencia del 15 de julio del año en curso y dispone enviar al Tribunal lo actuado aquí, para que haga parte del expediente. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

NULIDAD DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA. *Es absoluta y debe declararse de oficio cuando no se determina el plazo para su cumplimiento, ni se indica la notaría donde debe otorgarse el instrumento.* Sentencia de 9 de noviembre de 1981. *Casa* la sentencia del 23 de febrero de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en este proceso ordinario de Nicolina Ferrari Elías, contra Aquiles Rodríguez Alfaro; y actuando como Tribunal de instancia. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Guarín Ariza.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La prueba testimonial no es lo suficientemente expresiva y clara para que pueda tenerse por demostrada la causal de grave e injustificado incumplimiento de la demandada de sus deberes de esposa que se alega en la demanda.* Sentencia de 9 de noviembre de 1981. *Revoca* la sentencia consultada y en su lugar resuelve absolver a la demandada de las peticiones contenidas en la demanda.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. En el proceso de separación de Rodrigo Martínez G., contra Varila Osorio de Martínez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El demandado abandonó en forma total e injustificada sus deberes de esposo y de padre.* Sentencia de 9 de noviembre de 1981. *Confirma* la sentencia consultada, en el proceso de separación de cuerpos de Elizabeth Behr de Magagna, contra Angelo Magagna González. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono de los deberes de esposo y de padre, del demandado.* Sentencia de nueve (9) de noviembre de 1981. *Confirma* la sentencia consultada, de fecha y procedencia indicadas en el proceso adelantado por Eduardo Reyes Reyes, contra Edilma Guerrero de Reyes. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *En lo consiguiente no pueden examinarse causales diferentes de las que hallé probadas el Tribunal sin incurrir en reformatio in pejus.* Sentencia de 9 de noviembre de 1981. *Confirma* la sentencia consultada en el proceso de separación de Teyma Enrique Rodríguez González, contra Julia del Carmen Cubides de Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono injustificado de los deberes de esposo y de padre, del demandado.* Sentencia de 9 de noviembre de 1981. *Revoca* la sentencia recurrida en el proceso de separación de Gilma Carvajal de Restrepo, contra Luis Eduardo Restrepo Duque. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento de la demandada de sus deberes de esposa y de madre.* Sentencia de 9 de noviembre de 1981. *Confirma* la sentencia consultada

en el proceso de separación de Marlene Córdoba de Gómez, contra Alfonso Gómez Mendoza. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *La causal consistente en el abandono de los deberes de uno de los cónyuges sigue los lineamientos generales de la carga de la prueba, o sea que quien la alega debe acreditar los supuestos de hecho que la configuran.* Sentencia de 9 de noviembre de 1981. *Confirma* la sentencia consultada, de fecha y procedencia indicadas en el proceso de separación de María Gladys Cifuentes de Salas, contra Ramiro Salas Tinilla. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento de las obligaciones maritales y paterno les relativas a la convivencia con su familia: socorro, asistencia y cohabitación de la sociedad doméstica, de parte del demandado.* Sentencia de 10 de noviembre de 1981. *Confirma* la sentencia de 31 de julio del año en curso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso abreviado de separación de cuerpos, iniciado por Gloria Amparo Garzón, frente a José Franklin Ocampo, su legítimo marido. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono del hogar por parte de la demandada.* Sentencia de 10 de noviembre de 1981. *Confirma* la sentencia proceso abreviado de separación de cuerpos promovido por Pedro Julio Lázaro Bautos, contra Lilián Danila Ramos de Lázaro. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín*.

INSCRIPCION DE LA DEMANDA. *Quienes adquieren con posterioridad a ella quedan sujetos a los efectos de la sentencia dictada en el proceso respectivo, sin que haya lugar a distinguir que la adquisición haya sido de buena o mala fe: la buena fe, en su función de creadora de derechos, carece totalmente de influencia.* Sentencia de 10 de noviembre de 1981. *No casa* la sentencia objeto del recurso extraordinario, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en este proceso ordinario promovido por el menor Edgar de Jesús Atehortúa, representado por su madre Blanca Ospina, contra Antonio José Franco Nieto y Diego Franco Montoya. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín*.

TECNICA DE CASACION. *Mientras no se ataquen integralmente los fundamentos del fallo recurrido, éste sigue amparado por la presunción de acierto de que viene investido.* Sentencia de 10 de noviembre de 1981. *No casa* la sentencia de fecha 12 de diciembre de 1980, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en este proceso ordinario de Luis Alicio Mora Polanía, contra Carmen Cabrera viuda de Gutiérrez y otros. Magistrado ponente: doctor *Hernán Salamanca Porras* (Auxiliar).

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Ninguna justificación encuentra la Sala a la negativa de la demanda o reorganizar el hogar conyugal por dificultades económicas del demandante.* Sentencia de 10 de noviembre de 1981. *Confirma* la sentencia apelada pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 30 de abril de 1981, en el proceso abreviado de separación de cuerpos promovido por Carlos Alberto Arango Ortiz, frente a María Isabel Arciniegas de Arango. Magistrada auxiliar: doctora *Helena Gutiérrez*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La conducta de la demandada confirma el abandono total de sus deberes de esposa.* Sentencia de 10 de noviembre de 1981. *Confirma* la sentencia objeto de consulta a que se ha dado mérito. Separación de cuerpos de los esposos Carlos Alberto Paz Ayala y Ana María Urrego Moreno y la consecuencial disolución de la sociedad conyugal, con condena en costas para la demandada. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El hijo nacido antes del matrimonio sólo tendría la calidad de legítimo en los supuestos de los artículos 250 y 259 del Código Civil.* Sentencia de 10 de noviembre de 1981. *Revoca* la sentencia en lo relativo con las resoluciones c), f), g), h), i), y parágrafo primero. Proceso abreviado de separación de cuerpos propuesto por Miguel Antonio Suapé Piraneque, contra su legítima esposa Ligia Delgado. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono total de la demandada de sus deberes de esposa.* Sentencia de 10 de noviembre de 1981. *Confirma* la sentencia objeto de consulta a que se ha hecho mérito, proceso de separación de Rodolfo Ortiz Mantilla y Alicia Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Modificación de la cuota de alimentos impuesta al demandado para ajustarla a su capacidad económica.* Sentencia de 10 de noviembre de 1981. *Confirma* la sentencia apelada, aunque con la especificación de que la separación no es de carácter "definitiva", sino "indefinida"; fuera de que se modifica en cuanto a la suma con la que el padre habrá de contribuir a la crianza, educación y sostenimiento de los menores del matrimonio. María Mercedes Arzunduaga de Perdomo, instauró demanda de separación de cuerpos en contra de su

legítimo esposo José Iván Perdomo Bravo. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

PRESCRIPCION ADQUISITIVA Y EXTINTIVA. *Cuando la prescripción se alega como acción, su prosperidad implica, de una parte, la declaración de que el usucapiente ha logrado el dominio; de otra, que el anterior titular lo ha perdido. En cambio cuando se propone la excepción de prescripción extintiva, la prosperidad de este sólo comporta la declaración de que el titular del derecho ha dejado de serlo y no de quien es el nuevo titular.* Casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario que Leonardo Izquierdo promovió contra Emiro Casas.

ERROR DE HECHO. *Consiste en suponer una prueba que no obra en los autos o en ignorar la preexistencia de la que sí está en ellos y para que prospere el error debe ser ostensible y trascendente, es decir, determinante de la decisión impugnada.* Sentencia de 16 de noviembre de 1981. *No casa* la sentencia dictada el 13 de diciembre de 1980 por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario de Martha Luz y José Alberto Cassis, contra Martha Ligia Restrepo de Duque y otros. Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La negativa de la cónyuge a vivir con su marido es causal suficiente para decretar la separación.* Sentencia de 19 de noviembre de 1981. *Revoca* la sentencia objeto del recurso de apelación, pronunciada en este proceso abreviado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, promovido por Fernando Ortiz Coy, contra Angela Patricia Montaña de Ortiz. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín*.

SEPARACION DE CUERPOS. *La demandada abandonó el hogar dejando de cumplir con sus deberes de esposa y de madre, sin motivo que justificara ese proceder.* Sentencia de 19 de noviembre de 1981. *Revoca* la sentencia en el proceso abreviado instaurado por Rogelio de J. Cuartas, contra su cónyuge Silvia Luis Franco Alcana. Magistrado ponente: doctor *Hernán Salamanca Porras* (Auxiliar).

CONTRATO DE SUMINISTRO. *La interrupción unilateral del contrato de la demandante hace recaer en su contra el incumplimiento que alega.* Sentencia de 25 de noviembre de 1981. *Casa* la sentencia dictada el 28 de mayo de 1980 por el Tribunal de Bucaramanga, este proceso ordinario de Minas San Isidro Limitada, contra Cementos Diamante S. A., y en su lugar falla: *Revoca* la del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bucaramanga.

HONORARIOS DEL PERITO. *Cómo debe hacerse el pago. La no consignación de los honorarios dentro de la ejecutoria del auto que los señala y su pago directo al auxiliar de la justicia traen aparejada la declaratoria de deserción del recurso de casación.* Sentencia de 30 de noviembre de 1981. Declarar desierto el recurso por lo dicho en la parte expositiva de esta providencia, en el proceso ordinario adelantado por Carlos Julio Camacho, contra Raquel Vargas de González. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento de los deberes de esposa sin causa que lo justifique.* Sentencia de 4 de diciembre de 1981. *Confirma* la sentencia consultada, de fecha y procedencia indicadas, en el proceso abreviado de separación de cuerpos adelantado por Antonio Jesús Ledesma, contra Aurora Calderón Santamaría. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono de los deberes de esposo y de padre, del demandado.* Sentencia de 4 de diciembre de 1981. *Confirma* la sentencia consultada, de fecha y procedencia indicados, en el proceso de separación de cuerpos de Taney Solorzano de Marín contra Víctor Manuel Martín Barrera. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono total de los deberes de esposo y padre, del demandado.* Sentencia de 4 de diciembre de 1981. *Confirma* la sentencia consultada en el proceso abreviado de separación de cuerpos de Nelsy Olaya Soto, contra Víctor Manuel Cuestas. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS. *El fallador incurre en evidente error de hecho cuando, al interpretar el contrato, supone estipulaciones que no existen. La prueba pericial no puede fundamentarse en elementos que no se aportaron legalmente al proceso. Concederle el valor probatorio al dictamen en tales circunstancias constituye error de derecho en la apreciación de la prueba.* Sentencia de 4 de diciembre de 1981. *Casa* la sentencia de 10 de septiembre de 1980, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, proceso ordinario de Hotel Panorama S. A., contra el Instituto de Desarrollo de Boyacá (Ideboy). Magistrado auxiliar: doctor *Hernán Salamanca Porras*.

NULIDAD DE LO ACTUADO. *Por grave quebranto de salud y deceso del apoderado de los recurrentes en casación.* Sentencia de 4 de noviembre de 1981. Decretar la nulidad de lo actuado, a partir del auto de 2 de agosto, inclusive. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

PRUEBA TESTIMONIAL. *El juzgador goza de autonomía para apreciarla y, por consiguiente, la Corte no puede variar sus apreciaciones, sino cuando el Tribunal ha incurrido en evidente error de hecho.*

PRUEBA DE LA CALIDAD DE HEREDERO. *El certificado expedido por el juzgado ante el cual se adelanta el proceso sucesorio demuestra las calidades de cónyuge y herederos con que obran los demandantes.* Sentencia de 7 de diciembre de 1981. *No casa* la sentencia de 17 de junio de 1980, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario seguido por Mauricio Emilio Rueda, frente a la cónyuge sobreviviente y los hijos legítimos de Raúl Duque Pérez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *Sus causales son de interpretación estricta. El hallazgo de documentos que habían variado la decisión de la sentencia recurrida en revisión, no aportados al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria no puede alegarse cuando la tardía presentación de aquéllos obedece a negligencia del recurrente.* Sentencia de 7 de diciembre de 1981. (Proceso de expropiación adelantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA). Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

Con salvamento de voto del doctor *Humberto Murcia Ballén.*

RELACIONES SEXUALES EXTRAMATRIMONIALES. *La celebración de un nuevo matrimonio, como fundamento para prescribir las relaciones sexuales extramatrimoniales, queda demostrada con el acto de carácter eclesiástico, sin que sea necesario presentar la del registro civil.* Sentencia de 7 de diciembre de 1981. *Confirma* la sentencia objeto de consulta a que se ha hecho mérito, dentro del proceso abreviado de separación de cuerpos de carácter indefinido por María Derily Ceballos de Perdomo, contra su legítimo esposo Marcos Perdomo Herrán. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El demandado hizo imposible la paz y el sosiego domésticos que han de presidir todo hogar.* Sentencia de 9 de noviembre de 1981. *Revoca* la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en cuanto negó la separación de cuerpos solicitada por María Lucía Hoyos de Chávez y, en su lugar decreta (ver sentencia). Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono grave e injustificado de la demandada de sus deberes de esposa y de madre.* Sentencia de 9 de diciembre de 1981. *Confirma* el fallo consultado en el proceso de separación de cuerpos de Eduardo Niño Ortiz, frente a Rosa María Rendón de Niño. Magistrado ponente: doctora *Helena Gutiérrez* (Auxiliar).

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El incumplimiento de la obligación de mutua cooperación sin la cual no es posible realizar los fines del matrimonio, puede consistir en el menosprecio, desafío, ofensas o indirectas del uno para con el otro.* Sentencia de 9 de diciembre de 1981. *Revoca* la sentencia apelada en este proceso abreviado que suscitara Leonardo Peña, contra Rosalba Avila. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono injustificado y grave de los deberes de esposo y de padre.* Sentencia de 9 de diciembre de 1981. *Confirma* el fallo consultado en el proceso de separación de cuerpos promovido por Olga Lucero Uribe Mejía, frente a Miguel Argiro Arboleda Vásquez. Magistrado ponente: doctora *Helena Gutiérrez.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La adición sobre pérdida de la patria potestad de quien tiene a su favor la consulta constitutiva* reformatio in pejus. Sentencia de 9 de diciembre de 1981. *Confirma* la sentencia en el proceso de separación de cuerpos promovido por Carmen Cecilia (Carmenza) Vela de Cruz, contra Eduardo Cruz Urueña. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La ratificación que hace la demandante al cumplir la mayoría de edad, de lo actuado por sus padres en representación suya, sanea la nulidad procesal consiguiente a la indebida representación incapaz, concurrente por el matrimonio.* Sentencia de 9 de diciembre de 1981. *Confirma* la sentencia en este proceso abreviado de Ana Fabiola Mejía Alzate, contra Jhonny Arturo Urrutia Alfaro. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El incumplimiento de los deberes conyugales como causal de separación desaparece a consecuencia del fenómeno de la caducidad, cuando ha transcurrido un año desde que se produjo.* Sentencia de 9 de diciembre de 1981. *Confirma* la sentencia en el proceso de separación de cuerpos promovido por Manuel Cortés Ayala, contra Luisa Emilia Rangel de Cortés. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

CONSULTA. *Institución para proteger a las personas que estuvieron representadas por curador ad litem, no tiene cabida cuando el fallo les es favorable a esas personas o, simplemente, no las afecta por ser inhibitorio.* Auto de 9 de diciembre de 1981. *Nulidad* de todo lo actuado ante ella a partir del auto de fecha 27 de mayo del año en curso inclusive (ver

sentencia) en el proceso de separación de cuerpos, promovido por Julio Horacio Barrera Arias, contra Ernestina Zapata Madrigal de Barrera. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono total de la cónyuge por parte del demandado.* Sentencia de 9 de diciembre de 1981. *Confirma* la sentencia materia de la consulta en el proceso de separación de cuerpos promovido por María Noheli Estrada de Defrancisco, contra Alfonso Defrancisco. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Mientras persista la situación de ilegitimidad, como presunción legal derivada del matrimonio, el deber económico del demandado no se extingue para con la menor, cuya paternidad pone en duda sin atenerse a impugnarla judicialmente.* Sentencia de 9 de diciembre de 1981. *Confirma* la sentencia objeto de la apelación y condena en costas a la parte que la interpuso en el proceso de separación de cuerpos promovido por Olga Lucía Ramírez Calle, contra Amed Arrubla Henao. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El abandono del hijo comporta la pérdida de la patria potestad.* Sentencia de 9 de diciembre de 1981. *Confirma* la sentencia materia de la consulta, en el proceso promovido por María Cecilia Arizti de Iragorri, contra Rodiel Iragorri Salanta. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Las pruebas aportadas, a juicio del propio apoderado de la parte actora, no acreditan ninguno de los cargos que se alegaron en la demanda.* Sentencia de 9 de diciembre de 1981. *Confirma* la sentencia objeto del recurso y condena a la parte que lo interpuso en las costas de segunda instancia en el proceso de separación de cuerpos promovido por Bertha Sleus Acero de Pardo, contra Ramón Vicente Pardo. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El término de caducidad de la causal que consiste en el abandono de los deberes de cónyuge y de padre, empieza a correr a partir del momento en que el reconvenido reanude el cumplimiento de sus obligaciones.* Sentencia de 9 de diciembre de 1981. *Confirma* en todas sus partes la sentencia consultada en el proceso promovido por Samuel Castro Urueña e Ysabel Pérez de Castro, mediante la cual se decretó la separación. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

PRUEBA. PRINCIPAL. *Yerra en la apreciación del dictamen. Este, no obstante tener una fundamentación atendible en otros puntos, carece de claridad y precisión en lo relativo a los frutos producidos por el bien, cuya reivindicación fue incoada.* Sentencia de 10 de diciembre de 1981. *Casa* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, de 5 de marzo del año en curso en este proceso ordinario que contra la sociedad recurrente propuso la compañía Fumigaciones aéreas Contento Limitada. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

ACCION REIVINDICATORIA. *Error voluntario de hecho al dejar de ver el fallador que la demandada reconoció dominio ajeno sobre el fondo respecto al cual adujo la prescripción extintiva.* Sentencia de 10 de diciembre de 1981. *Casa* la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 11 de febrero del año en curso en el proceso ordinario suscitado por Margarita Cabrales viuda de Arenas contra Clotilde Pinzón de Caitán. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Las causales de separación pueden ser demostradas con la sola confesión de los cónyuges.* Sentencia de 10 de diciembre de 1981. *Revocar* en todas sus partes la sentencia apelada en el proceso promovido por Manuel Antonio Chávez Villalobos, frente a Ana María Muñoz de Villalobos. Magistrada ponente: doctora *Helena Gaviria* (Auxiliar).

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS. *Para que el ataque sea eficaz es necesario que se identifiquen las pruebas mal apreciadas y que la impugnación enlace todas las que sirvieron de base al fallador para tomar la decisión recurrida.* Sentencia de 11 de diciembre de 1981. *No casa* la sentencia de 19 de diciembre de 1980, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de Jaime Escobar Castillo, contra Corporación de Ferias y Exposiciones S. A. Magistrado auxiliar: doctor *Hernán Salamanca Porras.*

EN LOS TALLERES EDITORIALES DE LA
IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
SE TERMINO LA IMPRESION DE ESTA
GACETA, EN SEPTIEMBRE DE 1987.