REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CLXXVI

SALA DE CASACION CIVIL

BOGOTA, D. E., EDITORIAL PENITENCIARIA CENTRAL DE COLOMBIA — 1987

MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y DIGNATARIOS DE LA MISMA 1984

SALA PLENA

Doctor *Humberto Murcia Ballén*, Presidente
Doctor *Carlos Medellín Forero*, Vicepresidente
Doctor *Rafael Reyes Negrelli*, Secretario General

SALA CIVIL

Doctor *Horacio Montoya Gil*, Presidente
Doctor *Rafael Reyes Negrelli*, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores

José María Esguerra Samper - Hernando Tapias Rocha
Héctor Gómez Uribe
Horacio Montoya Gil
Humberto Murcia Ballén
Alberto Ospina Botero
Jorge Salcedo Segura - José Alejandro Bonivento Fernández

SALA PENAL

Doctor *Luis Enrique Aldana Rozo*, Presidente
Doctor *Lucas Quevedo Díaz*, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores

Luis Enrique Aldana Rozo
Fabio Calderón Botero
Dante L. Fiorillo Porras
Gustavo Gómez Velásquez
Alvaro Luna Gómez
Pedro Elías Serrano Abadía
Darío Velásquez Gaviria
Alfonso Reyes Echandía

SALA LABORAL

Doctor *Ismael Coral Guerrero,* Presidente
Doctora *Bertha Salazar Velasco,* Secretaria

MAGISTRADOS: Doctores

Ismael Coral Guerrero
Manuel Enrique Daza Alvarez
José Eduardo Gnecco Correa
Fanny González Franco
Juan Hernández Sáenz
Fernando Uribe Restrepo

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor *Manuel Gaona Cruz,* Presidente
Doctor *Pablo Mariño Angel,* Secretario

MAGISTRADOS: Doctores

Manuel Gaona Cruz
Carlos Medellín Forero
Ricardo Medina Moyano
Alfonso Patiño Roselli

RELATORES: Doctores

Amelia Barrera de Gáfaro
Helda Charry de Valencia
Esperanza I. Márquez Ortiz
Miguel A. Roa Castelblanco

AÑO DE 1984

CIVIL

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CIVIL:	DRA. AMELIA BARRERA DE GAFARO
RELATOR SALA PENAL:	DRA. HELDA CHARRY DE VALENCIA
RELATOR SALA LABORAL:	DRA. ESPERANZA I. MARQUEZ ORTIZ
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL:	DR. MIGUEL A. ROA CASTELBLANCO

Tomo CLXXVI - Bogotá, D. E., - Colombia - Enero a Diciembre de 1984 - Número 2415

SALA DE CASACION CIVIL

CONTRATO DE SEGURO

Subrogación legal del asegurador que paga al asegurado el valor de la cosa asegurada

CONTRATO DE TRANSPORTE DE COSAS

Quiénes son partes. Obligaciones del porteador. Responsabilidad originada en la pérdida o avería de las cosas

DEMANDA. Interpretación

La labor de interpretación de la demanda que hace el juez no puede ser mecánica ni ilimitada

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., enero dieciocho de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 2 de octubre de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por la "Compañía de Se-

guros La Fénix de Colombia S. A. - Seguros Fénix" contra la entidad "Transportes Rafael Salazar M. & Cía. S. A.".

I

El litigio

1. Mediante escrito que fue repartido el 30 de mayo de 1980 al Juzgado Noveno Civil del Circuito de Medellín, la primera de las dos sociedades citadas demandó a la segunda a efecto de que, previos los trámites propios del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que la entidad "Transportes Rafael Salazar M. y Cía. S. A.", por hechos imputables a su culpa, es civilmente responsable del incumplimiento del contrato de transporte celebrado entre "Almaviva D. O." y "Tubos Colombianos Ltda. - Tubocol", por medio del cual la demandada se obligó a transportar desde Buenaventura a la ciudad de Medellín la cantidad de "siete cajas que contenían tubos de cobre para refrigeración, temple suave, de diversas dimensiones, incumplimiento consistente en la falta de entrega de la totalidad del cargamento...";

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la entidad demandada a pagar a la demandante, como subrogataria que es de los derechos de la destinataria del cargamento, la suma de $ 251.574.oo, "valor del faltante de la mercancía que pagó la aseguradora mencionada en virtud de Póliza de Transporte Nº 022668 y Certificado Nº 66770", más un interés adicional del 25% "por concepto de lucro cesante y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1031 del Código de Comercio"; y

c) Que se condene a la misma demandada, además, en las costas procesales.

2. Las afirmaciones de hecho que la sociedad demandante invocó en apoyo de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizadas en las siguientes:

a) La firma "Almaviva D. O." remitió de Buenaventura a Medellín en septiembre de 1978, por conducto de la compañía "Transportes Rafael Salazar M. y Cía. S. A." y con destino a "Tubos Colombianos Ltda. Tubocol", "siete (7) cajas que contenían tubos de cobre para refrigeración, temple suave, de diversas dimensiones", que la destinataria había importado desde Acapulco (México);

b) La compañía transportadora recibió la mercancía referida mediante orden de cargue Nº 71240, expedida por ella en septiembre de 1978, en el camión marca Mercury, modelo 1960, color verde, placas WT-1525 y conducido por el chofer Antonio López Torres;

c) En el curso del trayecto del viaje, al llegar al sitio denominado "Changüi" de la jurisdicción municipal de Viterbo (Caldas), el citado automotor se volcó; entonces su conductor, con el propósito de comunicar la ocurrencia del accidente a sus patronos, abandonó el vehículo, dejándolo al cuidado "dizque de un menor de edad desconocido para él". "Al regresar en las horas de la noche encontró que varias cajas habían sido saqueadas por lo cual formuló la correspondiente denuncia" en la Alcaldía de dicho municipio;

d) Al ser entregado el resto del cargamento, tanto el destinatario de la mercancía, como la misma empresa transportadora y la compañía aseguradora, hicieron el reconocimiento del faltante y se "obtuvo que la pérdida por el saqueo de varias cajas ascendía a la suma de $ 251.574.oo";

e) Así las cosas, el 4 de diciembre de ese mismo año la sociedad "Tubos Colombianos Ltda.", por intermedio de su gerente, remitió a la empresa transportadora una carta mediante la cual le reclamó el pago de los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato de transporte, daño que estimó en la suma total de $ 300.000.oo, misiva a la que su destinataria no le dio contestación;

f) Como la demandante había expedido con anterioridad y a favor de "Tubocol" la Póliza de Seguro Nº 02-2608 con amparos de pérdida total, falta de entrega, avería particular y saqueo de la mercan-

cía cuyo transporte se garantizó, póliza que para el caso concreto se complementó con el certificado de aplicación Nº 66770, la asegurada le reclamó a la aseguradora el pago del siniestro, que Seguros Fénix procedió a cancelarle previa la liquidación del monto correspondiente, como lo dicen los documentos de "liquidación de siniestro Nº 02-50297/78" y el recibo de caja de 26 de diciembre de 1978, subrogándose así la aseguradora, tanto por disposición legal como por haberlo estipulado en el documento de liquidación, en todos los derechos de la asegurada; y

g) "Seguros Fénix" reclamó y trató de obtener en forma directa el reconocimiento de la responsabilidad y el consiguiente pago de "Transportes Rafael Salazar M. y Cía. S. A.", sin haber logrado resultado positivo alguno, "pues ni siquiera se contestaron las cartas" no obstante que, según lo prescribe el artículo 992 del Código de Comercio, existe en su contra presunción de responsabilidad por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones.

3. En su oportuna contestación a la demanda la sociedad demandada se opuso a las súplicas de su demandante.

Y después de negar algunos de los hechos invocados, de exigir la prueba para los más y de aceptar como ciertos otros, la demandada expresó en esa oportunidad que ella no fue notificada, por la sociedad destinataria de la mercancía ni por la compañía aseguradora, "del alcance del presunto saqueo, ni de su valor"; que si bien "Tubocol" le reclamó por escrito a la empresa transportadora el pago de perjuicios por la mercancía faltante, sólo lo hizo el 4 de diciembre de 1978, "no antes, cuando debería haberlo hecho ella misma, o la compañía aseguradora subrogataria, dentro de los tres días siguientes al conocimiento por la destinataria del presunto saqueo o faltante"; y que los documentos "del presunto seguro no están completos, por lo cual no van a legitimar la personería de la supuesta o presunta aseguradora subrogataria".

Amparada en tales asertos, en su contestación a la demanda la demandada propuso como excepciones "todas las que se deriven de los hechos y pruebas del proceso o de los textos legales", y concretamente las que denominó caducidad, contrato no cumplido por no pago del flete, "carencia de legitimación de la parte actora en su pretendido carácter de subrogataria de la destinataria" de la mercancía; fuerza mayor, causada por "el presunto volcamiento del vehículo" en que se transportaba, "insuficiencia de la prueba anexada", enriquecimiento sin causa, abuso del derecho y "culpa a cargo del remitente", por no haber detallado "en los documentos de remesa ni el valor ni el número y naturaleza de las cosas transportadas, ni su volumen, lo cual pudo favorecer el saqueo".

4. Contradicha así la demanda, con la práctica de las 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 17 de junio de 1982, mediante la cual condenó a la demandada a pagar a la demandante la cantidad de "doscientos cincuenta y un mil quinientos setenta y cuatro pesos ($ 251.574.oo) a título de indemnización de perjuicios por subrogación legal" y, además, a pagar las costas procesales.

5. Por virtud de apelación interpuesta contra esta providencia por la parte desfavorecida con sus resoluciones, o sea por la demandada "Transportes Rafael Salazar M. y Cía. S. A.", el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, luego de rituar la instancia, con salvamento de voto de uno de los magistrados integrantes de la correspondiente Sala de Decisión, mediante fallo proferido el 2 de octubre de 1982 resolvió, previa la infirmación del apelado, inhibirse de dictar sentencia de mérito "por ineptitud de la demanda".

6. Contra la sentencia del Tribunal *ad quem* interpuso casación la parte demandante, recurso éste que por encontrarse hoy legalmente tramitado procede la Corte a decidir.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Advierte el Tribunal, en el inicio de las consideraciones de su sentencia, que en el caso *sub lite* la pretensión básica deducida por la demandante se contrae a que se reconozca la responsabilidad civil que incumbe a la demandada por la pérdida de parte de las mercancías, que se obligó a transportar de Buenaventura a Medellín, y cuyo valor aquella debió pagar a la destinataria por efecto del contrato de seguro de transporte previamente ajustado con ésta.

Dice el sentenciador *ad quem*, a renglón seguido, que los fundamentos de tal pretensión son: "un contrato de seguro perfeccionado, la ocurrencia del riesgo asegurado y pago por parte del asegurador", los cuales debe probar plenamente el demandante para lograr sentencia estimativa.

2. Asevera el Tribunal que lo anterior no es bastante si la demanda inicial del proceso no es idónea, pues que "para repetir hay que probar que se pagó bien, con fundamento; y para probar tal cosa hay que demandar bien. Es inútil lo que se pruebe sobre una demanda inepta".

Y luego de referirse a los requisitos de forma de la demanda inicial del proceso, para lo cual cita las pertinentes normas de la ley de enjuiciamiento civil, particularmente en cuanto ellos aluden a la necesidad de indicar lo que el demandante pretenda, expresado "con precisión y claridad", dice que en casos como el presente, para que la demanda observe esa exigencia, ella tiene que señalar precisa y claramente "por qué se pagó".

3. Para arribar a la conclusión de que la demanda inicial de este proceso es inepta y por ende a su resolución inhibitoria, el Tribunal de Medellín esgrime como argumento toral el siguiente: "Pero para deducir que el pago estuvo bien hecho, él tiene que deducirse clara y precisamente de la demanda, mediante determinación clara del siniestro, en ella; requisito que en el caso presente consistiría en el número exacto de cajas y el valor preciso de cada caja; pues no es posible deducir un total si no se tiene los factores de él".

Explanando su aserción, dice el sentenciador que dicho valor total "... se podría deducir si en la demanda se hubiera dicho siquiera el número total de cajas aseguradas y el valor de ese total; pues entonces bastaría hacer la división de éste por el del siniestro afirmado. Así, la imprecisión de la demanda impide entrar en el fondo de la pretensión; por lo cual el Tribunal ha de declararse inhibido para proferir sentencia de mérito".

III

El recurso extraordinario

1. Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado interpuso casación la sociedad demandante. En su respectiva demanda la recurrente, apoyada en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, le formula al fallo del Tribunal un solo cargo.

Mediante él lo acusa de ser indirectamente violatorio, por falta de aplicación, de los artículos 982, 984, 992, 1008, 1021, 1024, 1026, 1030, 1031, 1032, 1035, 1096 del Código de Comercio y 4º del de Procedimiento Civil; 75, numerales 5º y 6º y artículo 85 de esta última codificación, estos últimos por aplicación indebida, como consecuencia de los errores de hecho evidentes en que habría incurrido el Tribunal al interpretar la demanda incoativa del proceso y al pretermitir la apreciación de algunos elementos de prueba.

2. En desenvolvimiento del cargo por su primer aspecto, el casacionista, luego de recordar las razones cardinales que esgrimió el *ad quem* para concluir en la ineptitud de la demanda, asevera que en ésta se expresó, en su numeral 1º, que el contrato de transporte comprendía "siete (7) cajas que contenían tubos de cobre para refrigeración, temple suave de diversas dimensiones..."; que "al regresar (el conductor) en las horas de la noche encontró con que *varias* cajas habían

sido saqueadas, por lo cual formuló la correspondiente denuncia ante la Alcaldía de tal Municipio" (hecho 3º); que en la afirmación siguiente se dijo que entregado que fue "el resto del cargamento al destinatario", tanto asegurada como aseguradora y transportadora, luego de hacer el reconocimiento del faltante, "se obtuvo que la pérdida por el saqueo de varias cajas ascendía a la suma de $ 251.574.oo"; que "los asegurados reclamaron oportunamente ante la aseguradora el pago de la indemnización por el saqueo de las cajas contentivas de la mercancía y analizado éste hubo de concluirse que era correcto", por lo que efectuaba la liquidación "se obtuvo como valor de las pérdidas la suma antes anotada" (hecho 7º).

Añade que siendo ello así, como en realidad es, incurrió en grave yerro fáctico el sentenciador de segundo grado al afirmar en su fallo que no se conocía el número exacto de cajas en donde venía empacada la tubería materia del contrato de transporte; que, al contrario de lo que sostiene la sentencia, la demanda sí indicó ese número; determinado claramente "que una parte del cargamento fue objeto del saqueo"; error evidente es decir, porque se contradice el claro texto de dicho libelo, que no hubo precisión en la determinación del valor parcial de la mercancía transportada y saqueada, ni en cuanto a la del siniestro.

Estima el impugnador, luego de parangonar los razonamientos del Tribunal con el tenor literal de la demanda, de la que dice debe interpretarse en su integridad y no aislando su *petítum* de la *causa petendi*, que en la sentencia impugnada se cercenó el verdadero contenido de dicho libelo; y que ese yerro condujo al sentenciador a dictar sentencia inhibitoria, cuando ha debido dictarla "estimatoria o de mérito", con lo cual quebrantó, por falta de aplicación, las normas sustanciales que la censura señala.

3. Añade la impugnación que también incurrió en error de hecho evidente el sentenciador al no haber apreciado en su sentencia los siguientes medios de prueba, que si los hubiera estimado lo habrían llevado a dictar el fallo de mérito en cambio del meramente formal que combate:

a) El documento denominado "liquidación de siniestros Nº 02-50297/78" de 15 de diciembre de 1978, en el cual, sobre un costo de $ 512.579.oo del valor total del cargamento asegurado, se efectúa "la descripción de la pérdida", en la cual se singularizan las mercancías perdidas, su naturaleza y número;

b) El certificado de reconocimiento de 20 de septiembre de 1978, en el que también aparece bajo el epígrafe "descripción de faltantes y averías", la discriminación de las mercaderías perdidas en el accidente, su naturaleza y número;

c) La copia de la denuncia penal que por hurto formuló Antonio López Torres, conductor del vehículo accidentado, ante el Alcalde Municipal de Viterbo el 19 de septiembre de 1978, en donde el denunciante expresó que "dejé el camión y el cargamento al cuidado de un muchacho y por la noche al volver encontré el vehículo solo y tres cajas de madera que se habían averiado y contenían dicha tubería resultaron saqueadas y desaparecido su contenido";

d) La carta de 4 de diciembre de 1978, remitida por "Tubocol" a la empresa transportadora, donde también aparece la descripción detallada y el cargamento faltante;

e) La contestación a la demanda en donde la sociedad demandada, por intermedio de su apoderado, "explícitamente acepta, entre otros documentos acompañados por La Fénix, la denuncia penal comentada...."; y

f) Finalmente, las declaraciones de Antonio José Uribe Calle y Luis Fernando Salazar.

Considera el casacionista que todas estas pruebas, que el Tribunal no apreció, aun en el supuesto de que la demanda no hubiera expresado con precisión y claridad la pretensión en ella deducida, en cuanto al siniestro y su determinación, lo mismo que las de la mercancía perdida, conduci-

rían a hacer desaparecer ese pretenso defecto y a autorizar un fallo de mérito.

IV

Consideraciones de la Corte

1ª *Como la pretensión, en la esfera del Derecho Procesal, implica generalmente la exigencia frente a una persona de determinada declaración judicial, tiene que deducirse mediante una demanda, o sea el escrito por el cual se pide tutela para un interés jurídico, a través de una sentencia.*

Es tan íntima la relación existente entre la demanda y la sentencia, que la doctrina ve en dichos dos actos los límites dentro de los cuales se desenvuelven ordinariamente todo el procedimiento. En verdad que cuando una persona quiere hacer valer un derecho suyo, en el escrito inicial debe solicitarle al Juez la declaración que pretende, con invocación de una concreta situación de hecho, es decir, expresando tanto el petítum *como la* causa petendi *de la pretensión.*

Dada la trascendencia que la demanda tiene en la constitución, desarrollo y culminación del proceso, dicho libelo debe ajustarse en su forma a ciertos requisitos, que en el ordenamiento procesal colombiano están determinados por los artículos 75, 76, 77, 78, 79 y 82 de la respectiva codificación. Según dicha preceptiva, para que la demanda sea admisible debe determinar la pretensión deducida, expresada con "precisión y claridad", o sea la nítida indicación de lo que el demandante pretende, o de las varias pretensiones que acumuladamente instaure; y, además, el señalamiento de los hechos que sirven de fundamento a las súplicas, "debidamente determinados, clasificados y numerados", o sea formando grupos según la materia, con la lógica separación que la relación material exige.

2ª *Jurisprudencia y doctrina han dicho concordemente que cuando al tiempo de fallar el Juez se encuentra frente a una demanda que no ofrezca la precisión y claridad debidas, bien sea en la forma como se hallan concebidas las súplicas, ora en la exposición de los hechos, ora en los fundamentos de derecho o ya en las unas y en los otros, está en la obligación de interpretarla para desentrañar la verdadera intención del demandante, tarea en la cual debe tener en cuenta todo el conjunto de ese libelo, sin aislar el* petítum *de la* causa petendi, *sino integrándolos como que los dos son parte de un solo todo; y además, si ello fuere menester para precisar sus verdaderos sentido y alcance, las actuaciones desarrolladas por el actor en el curso del proceso.*

Significa lo dicho que esta labor interpretativa del Juez, para que esté de acuerdo con su naturaleza y con su fin propios, no puede operar mecánica ni ilimitadamente: no lo primero, pues sólo procede interpretar la demanda oscura e imprecisa, haciéndolo racional y lógicamente; tampoco lo segundo, pues que so pretexto de interpretación no podrá el Juez, en verdad, alterar la pretención deducida ni los hechos sobre los cuales se funda ésta, pero tampoco le será lícito calificar de imprecisa la demanda acudiendo a un excesivo rigor en la exigencia de datos, factores y circunstancias que ciertamente no son indispensables para determinar el alcance de la pretensión incoada, pues aún en esta eventualidad la sentencia in génere *impediría la frustración de los litigantes al obtener un fallo meramente formal.*

3ª En el caso de este proceso estimó el Tribunal de Medellín que la demanda inicial es inepta por cuanto en ella no se expresaron "con precisión y claridad", los elementos que permitan determinar con exactitud el alcance de la pretensión deducida. Dice en efecto la sentencia combatida que como en ese libelo no se determinó "el número exacto de cajas y el valor preciso de cada caja", no es posible deducir el valor total de lo pagado a la asegurada por la compañía aseguradora.

Una ligera labor de parangón entre lo así decidido por el *ad quem* y el contexto de la demanda, tanto en su *petítum* como en su *causa petendi*, conduce a la Corte a advertir, al primer golpe de vista y sin el menor asomo de duda, que en verdad exis-

te entre ambos extremos la ostensible desarmonía que denuncia el casacionista. Mirada la referida demanda en su contenido objetivo no puede, inequívocamente, afirmarse que la pretensión en ella deducida sea oscura e imprecisa, ni por su naturaleza ni tampoco por su alcance.

Solicitó el demandante, en efecto, que se condenara a su demandada a pagarle $ 251.574.oo, como valor del faltante de la mercancía que remitida de Buenaventura a Medellín no llegó a su destino, después de haber expresado que la cantidad total del cargamento estaba contenido en 7 cajas. Y para fundamentar su pretensión dijo en su demanda: Almaviva remitió a Tubocol, por conducto de la empresa Salazar y Cía., "siete (7) cajas que contenían tubos de cobre para refrigeración, temple suave de diversas dimensiones..." (Hecho 1º); luego de volcado el vehículo en el que se transportaba la mercancía su conductor la abandonó mientras ponía el hecho en conocimiento del remitente y al regresar "encontró con que varias cajas habían sido saqueadas..." (Hecho 3º); entregado que fue "el resto del cargamento" a la destinataria, esta compañía, conjuntamente con la aseguradora y la empresa transportadora, determinaron que "la pérdida por el saqueo de varias cajas ascendía a la suma preindicada" (Hecho 4º); que efectuada la liquidación correspondiente por la ocurrencia del siniestro, con el fin de pagar la indemnización debida "por el saqueo de las cajas de la mercancía..., se obtuvo como valor de las pérdidas la suma antes anotada...".

Afirmaciones tan contundentes contenidas en la demanda como las referidas y otras más que en gracia de la brevedad no se transcriben, impiden aseverar que ésta no es precisa ni clara en la determinación de lo pretendido con ella; ni menos atribuirle unas tales imprecisión y oscuridad con el efecto nugatorio de la demanda inepta, que sólo conduce a fallo inhibitorio cuando tal defecto es realmente grave, a tal punto que por su gravedad se torne imposible para el Juez dirimir el litigio con sentencia de mérito.

4ª Pero si lo anterior no fuere cierto y contrariamente se pudiera decir que la demanda inicial sí es imprecisa y oscura en el punto indicado atrás, los varios elementos de prueba practicados en el proceso y que en ese aspecto no han sido impugnados, conducirían al fallador a darle la necesaria concreción a lo pretendido por la sociedad demandante y a impedir, por ende, un fallo inhibitorio, con tanta mayor razón si se recuerda que el objeto de los procedimientos es y tiene que ser siempre la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial (art. 4º, C. de P. C.).

Ahí están formando parte del proceso, entre otros, estos medios de prueba: a) la fotocopia de la denuncia penal formulada por el conductor del vehículo, en la que éste dijo que al volver "encontré el vehículo solo y tres cajas de madera que se habían averiado y contenían dicha tubería resultaron saqueadas y desaparecido su contenido..."; b) la carta de 4 de diciembre de 1978, dirigida por Tubocol a la empresa transportadora reclamándole los faltantes de la tubería de cobre, en la cual se indica el número de bultos, unidades, material y medidas; y c) el certificado de reconocimiento suscrito el 20 de septiembre por la destinataria de la mercancía y la aseguradora, en el cual también aparece la descripción de los faltantes, en cuanto a número de bultos, unidades y referencias, datos estos coincidentes todos con los de la carta anterior.

5ª Corolario obligado de lo atrás expuesto es entonces el de que el sentenciador *ad quem*, al interpretar la demanda inicial de este proceso, sí restringió el alcance que su contenido objetivo muestra, por lo que incurrió en el error de hecho evidente que la censura le endilga; y que como ese yerro fáctico fue la determinante de la no aplicación de los preceptos legales sustanciales que el recurrente cita, la sentencia recurrida tiene que casarse para, en su lugar y en sede de instancia, proferir la que deba reemplazarla.

V

Sentencia sustitutiva

1. Según lo preceptuado por el artículo 981 del Código de Comercio, el transporte es un contrato por el cual una persona se compromete, mediante una remuneración, a movilizar de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas.

Establece el artículo 1008 *ibídem*, que en dicho contrato se tendrán como partes el transportador, que es la persona que se obliga a conducir las cosas objeto del pacto; el remitente, o sea la que encarga la conducción, por cuenta propia o ajena; y por último, el destinatario, que es aquella a quien se envían las cosas.

2. Del contenido de las normas que integran el Título IV, Libro Cuarto del Código de Comercio, principalmente de sus artículos 982, 989, 1008, 1013, 1014, 1015, 1023, 1024, 1030 y 1031, se puede afirmar que *el transporte de cosas, que es contrato bilateral y oneroso, genera para el porteador las siguientes cuatro obligaciones principales: a) recibir de su remitente las mercancías a conducir en el tiempo y lugar convenidos; b) efectuar el transporte de ellas en las condiciones estipuladas contractualmente, dentro del plazo convenido y por el medio también acordado; c) custodiar y conservar los objetos que recibe para su conducción, desde cuando ellos queden a su disposición y hasta la entrega; y d) entregar en buen estado, en el lugar de su destino y una vez concluido el viaje, las cosas, mercaderías u objetos que recibió para su movilización a otro lugar.*

Y como es apenas obvio afirmarlo, cuando el transportador incumple una o algunas de sus obligaciones compromete su responsabilidad civil. De manera que ésta puede encontrar su causa en la negativa del porteador a recibir las mercancías que deben ser conducidas, o en el retardo de su entrega, debiendo por tanto indemnizar los perjuicios que con su incumplimiento haya causado.

Conforme lo predica el artículo 982 ibídem, *del contrato de transporte emana para el transportador, como cardinal obligación suya, la de "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...".*

Obvia y natural consecuencia de ello es, entonces, la de que el incumplimiento de dicha obligación compromete la responsabilidad civil del porteador, quien, al decir del artículo 1030 ejúsdem, *"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" y, en principio, hasta cuando la entregue a satisfacción del destinatario.*

3. *El principio de la responsabilidad del transportador originada en la pérdida o avería de las cosas que se le entregan para su conducción, no es en verdad absoluto, desde luego que la legislación vigente, orientada por el criterio de la culpa civil, ha consagrado expresamente algunas circunstancias que lo liberan de esa responsabilidad cuando en el proceso se aduce la plena prueba de ellas.*

Dice en efecto el artículo 992 de dicha codificación, que el transportador "sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, mediante prueba de fuerza mayor, siempre que ésta no se deba a culpa del transportador, de vicio propio o inherente de la cosa transportada, o de culpa imputable exclusivamente al pasajero, al remitente o al destinatario". Lo cual significa que, dentro de la órbita de los efectos del contrato de transporte, la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor es causa exonerativa de la responsabilidad del porteador por la pérdida de la cosa transportada, cuando dicho acontecer fortuito no se debe a la incuria, descuido o culpa suyos.

4. En el caso de este proceso no se pone en duda el contrato de transporte, el cual

se demuestra no sólo con la confesión del gerente de la entidad demandada sino también con los documentos que se acompañaron a la demanda y los agregados a los autos posteriormente: orden de cargue Nº 71240 de septiembre de 1978; y fotocopia de la denuncia penal formulada por el conductor del camión que transportaba la mercancía, los cuales acreditan la entrega de ésta a conducir por el remitente a la transportadora, y a la vez, a falta de prueba en contrario, el pago del flete por aquella a ésta, pues en el primero de dichos documentos se dijo que "los fletes son de contado".

No se pone en duda tampoco la ocurrencia del siniestro, pues el saqueo de parte de la mercancía lo reconoce la propia demandada y lo manifiesta el conductor al formular la denuncia penal por tal causa ante el Alcalde Municipal de Viterbo. Ocurrida la pérdida parcial de la mercancía, cuyo transporte lo había pagado la entidad remitente (fls. 17 y 18, C. 1), la sociedad demandante hizo la reclamación a la transportadora, como se demuestra con el contenido de la carta de 4 de diciembre de 1978, cuyo contenido fue expresamente reconocido. Por eso, como acertadamente lo dice la sentencia del *a quo*, la oportunidad de dicha reclamación es "manifiesta, por cuanto un representante de Rafael Salazar asistió al recibimiento de los remanentes y saldos de los tubos, por lo cual no podía presumirse cumplido el contrato de transporte...".

No puede desconocerse, tampoco, la existencia del contrato de seguro que la sociedad demandada invoca como fundamento inmediato del derecho que reclama; la póliza en que dicho pacto se plasmó se acompañó a la demanda inicial del proceso, lo mismo que su anexo complementario, firmada por el gerente general de la compañía aseguradora, con lo cual quedó perfeccionado (art. 1036 del C. de Co.). Este contrato no lo pusieron en duda ni la remitente de la mercancía "Almaviva D. O.", ni su destinataria "Tubocol Ltda.", ni menos la compañía demandante.

5. Toda la prueba aducida acredita suficientemente que, una vez ocurrido el riesgo asegurado, la asegurada "Tubocol Ltda.", previa la correspondiente reclamación de pago, recibió de "Seguros Fénix S. A." el valor del seguro, según la liquidación que se verificó de la mercancía saqueada, todo por un valor de $ 251.574.oo, pago que se hizo el 26 de diciembre de 1978.

Por regla general, el contrato de seguro persigue como objetivo específico que el asegurador indemnice al asegurado el perjuicio que éste sufre con la ocurrencia del siniestro. Este principio de indemnización, que es esencial en el contrato dicho, pronto llevó a los doctrinantes a contemplar, con el propósito de hallarle solución, la situación en que queda el asegurador con relación al tercero responsable del siniestro ya indemnizado. Y amparados en elementales principios de equidad, dichos doctrinantes preconizaron entonces la necesidad de consagrar para el asegurador que paga al asegurado el valor de la cosa asegurada, un derecho de subrogación de las facultades de éste para recuperar esa misma cosa, o para ejercer contra quien haya lugar las acciones correspondientes sobre la indemnización, pues que de no aceptarse tal subrogación se presentaría una de estas dos situaciones, incompatibles ambas con los principios jurídicos: o que el asegurado, además de la indemnización a que el contrato de seguro le da derecho, obtenga la que tiene su fuente en el acto dañoso del tercero responsable; o que éste, por la sola existencia del contrato de seguro, en el cual es tercero, quede exento de la sanción civil a que da origen el hecho ilícito.

Acatando tales postulados el legislador colombiano consagró positivamente la subrogación dicha, entendiéndola como un derecho en virtud del cual el asegurador ocupa el lugar del asegurado con respecto al tercero responsable del siniestro ya indemnizado, hasta concurrencia del valor de la indemnización. Dice en efecto el artículo 1096 de la codificación en cita 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 perso-

nas responsables del siniestro...". Todo lo cual significa que a la luz de la legislación hoy vigente en la materia, para que el asegurador ocupe el lugar del asegurado en sus derechos con respecto a los terceros responsables del siniestro, ya no es menester la previa convención al efecto entre éste y aquél, sino que la subrogación se produce por el solo ministerio de la ley: *pagada la indemnización por el asegurador, la subrogación se realiza aun contra la voluntad del asegurado, lo cual no es sino confirmación del derecho común que rige la materia (arts. 1666 a 1671, C. C.).*

De lo que tiene que seguirse que la entidad aquí demandante, como aseguradora que pagó oportunamente el valor de la indemnización correspondiente al siniestro, sí está legitimada en la causa para reclamar del transportador el pago del perjuicio que causó la ocurrencia del riesgo asegurado.

6. Como están demostrados en el presente caso todos los presupuestos de la acción de responsabilidad civil demandada, la pretensión deducida en la demanda inicial del proceso tiene que acogerse, tanto más si se advierte, como lo advirtió la sentencia apelada, que las excepciones propuestas por la demandada carecen de fundamento.

Y como esa es, justa y precisamente, la solución que el juzgado *a quo* le dio al caso aquí litigado, al condenar a la sociedad "Transportes Rafael Salazar y Cía. S. A." a pagar a la compañía de seguros "La Fénix de Colombia S. A." la suma de $ 251.574.oo, "a título de indemnización de perjuicios por subrogación legal...", tal proveimiento tiene que mantenerse por ajustarse a derecho.

La falta de pronunciamiento expreso que la sentencia apelada trae en lo relacionado con la petición de condena por "concepto de lucro cesante y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1031" del Código de Comercio, implica que tal pretensión de la demandante fue implícitamente denegada. Y como dicho fallo no fue impugnado por la parte demandante, pues la apelación sólo la interpuso la demandada, tal omisión no puede suplirse en esta instancia por impedirlo el principio prohibitivo de la reformación en perjuicio. Acceder a tal petición sería agravar la situación que el fallo recurrido trae para el único apelante.

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 dos (2) de octubre de mil novecientos ochenta y dos (1982), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por la Compañía de Seguros La Fénix de Colombia S. A. contra Transportes Rafael Salazar M. y Cía. S. A. y actuando en sede de instancia,

Resuelve:

Primero. *Confírmase* la sentencia materia de esta apelación, es decir la proferida en este mismo proceso el diecisiete (17) de junio del mismo año por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Medellín;

Segundo. *Condénase* a la entidad demandada al pago de las costas causadas en la segunda instancia del proceso; y

Tercero. *Sin costas* en el recurso extraordinario.

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

Horacio Montoya Gil, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

COMPRAVENTA

Precio pagadero con préstamo de un tercero. Incumplimiento de la obligación de gestionar el préstamo

LITIS CONSORCIO NECESARIO

Noción. No es necesaria la presencia del acreedor hipotecario, cuando se resuelve el contrato por el cual el deudor adquirió el bien hipotecado

PROMESA DE CONTRATO

O contrato preparatorio, no debe confundirse con el negocio prometido. Celebrado éste, la nulidad de aquella es irrelevante

CORRECCION MONETARIA

Debe tenerse en cuenta en la resolución de los contratos

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., febrero veintiuno de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Horacio Montoya Gil).

Entra la Sala a decidir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué con fecha 30 de junio de 1982 en el proceso ordinario de la sociedad "INCICO LTDA." (Ingenieros Civiles Contratistas) frente a Manuel Guillermo Quintero Benavides y Amanda Gallo de Quintero.

I

El litigio

1. INCICO LTDA. - Ingenieros Civiles Contratistas, mediante demanda que se repartió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué, formuló contra Manuel Guillermo Quintero Benavides y Amanda Gallo de Quintero varias pretensiones a fin de obtener que se *declaren resueltos los contratos de promesa de compraventa y de venta* celebrados por las partes; que se condene a los demandados a la restitución del bien objeto del negocio; y que se ordene, en consecuencia, la cancelación de la escritura pública Nº 3063 del 9 de octubre de 1980 de la Notaría Segunda de Ibagué, registrada al folio 350-0014877-04 el 3 de noviembre de ese mismo año.

2. Los hechos constitutivos de la *causa petendi,* pueden resumirse así:

Que la sociedad demandante prometió en venta a Guillermo Quintero B. la vivienda distinguida con el número 301, situada en el tercer piso del bloque siete, conjunto residencial Villa Arkadia de Ibagué y con la siguiente alinderación: "Por el norte: en longitud de diez metros con treinta centímetros (10,30 mts.) vacío zona verde del edificio de por medio con el lote Nº 8 (ocho) de la misma urbanización; por el sur: en longitud de seis metros con noventa y cinco centímetros (6,95 mts.) vacío sobre la zona verde del edificio y tres metros con diez centímetros (3,10 mts.)

con zona común del edificio; por el oriente: en longitud de ocho metros con treinta y cinco centímetros (8,35 mts.) andén y parque común de por medio con la vía interna de la urbanización; por el occidente: en longitud de dos metros con noventa centímetros (2,90 mts.) con la cocina del apartamento 302, y cuatro metros con treinta y cinco centímetros (4,35 mts.) con vacío sobre la zona verde del edificio; por el nadir: con el apartamento 201; por el cenit: con el apartamento 401, tiene una altura de dos metros con treinta centímetros (2,30 mts.), un área de propiedad exclusiva de ochenta y un metros con ochenta centímetros cuadrados (81,80 mts.^{2}), un área común proporcional de cinco metros con setenta y dos centímetros cuadrados (5,72 mts.^{2}), para un área total de ochenta y siete metros cuadrados con ochenta y dos centímetros cuadrados (87,82 mts.^{2}). Está ubicado en la carrera 4ªB Nº 43-89".

Que el precio se acordó en la suma de $ 800.000.oo que se pagaría del siguiente modo: $ 210.000.oo a la firma de la promesa de compraventa y el saldo mediante crédito que el prometiente comprador tramitaría ante Granahorrar dentro de los sesenta días siguientes a la entrega real del inmueble, pues de lo contrario se le devolverían a éste los dineros entregados sin indemnización alguna; que el prometiente comprador debía pagar el 30% anual por concepto de intereses durante el lapso en que estuviera pendiente la cancelación del saldo; que para otorgar la escritura de venta inicialmente acordó la que señalara el prometiente vendedor mediante aviso por correo certificado por lo menos con 15 días de anticipación y más adelante el 30 de septiembre de 1980 a las 4 p.m. en la Notaría Segunda de Ibagué. Que a causa de la inasistencia del prometiente comprador a este sitio hubo de suscribirse la escritura correspondiente el 9 de octubre de 1980, fecha en que se llevó a cabo la entrega material del inmueble, que la escritura con la cual se perfeccionó el contrato prometido, o sea la 3063 del 9 de octubre de 1980 de la Notaría Segunda de Bogotá, se registró en la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados; que en dicha escritura se expresó que el contrato de promesa de venta del inmueble formaría parte de la misma y se dijo, además que la parte compradora cancelaba $ 10.000.oo para que lo amortizado alcanzase un total de $ 310.000.oo, quedando un saldo de $ 490.000.oo que debía ser objeto de la subrogación antes mencionada; que los compradores no tramitaron ante la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda, Granahorrar en la forma que se convino, ni tampoco ha continuado pagando los intereses correspondientes al saldo después del primer mes; que la parte vendedora ha sufrido perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante.

3. La parte demandada aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las súplicas impetradas en la demanda. Además, propuso las excepciones de contrato no cumplido, y la ilegitimidad de su personería sustantiva. La primera la hizo consistir en que el prometiente vendedor tampoco concurrió a la Notaría el 30 de septiembre de 1980 a otorgar la escritura pública y en caso de que lo hubiera hecho debió llevar los documentos requeridos para el acto y solicitar al notario "la certificación respectiva"; que de otro lado, la entrega del inmueble no se efectuó el 30 de septiembre de 1980 sino el 8 de octubre siguiente "y a pesar de haberse hecho con posterioridad a la fecha no se entregó en la forma debida, ya que faltaba un vidrio grande de la pieza número tres, el cual sólo colocaron después de iniciada esta acción". Respecto a la segunda excepción manifiesta "que en la promesa de contrato figura como comprador el señor Manuel Guillermo Quintero Benavides únicamente, y en la escritura de venta figura además del señor Quintero Benavides, la señora Amanda Gallo de Quintero y como está consignado que la promesa de contrato forma parte del contrato, sólo debió haberse demandado al señor Quintero Benavides y no incluir a su esposa".

4. El *a quo*, por fallo del tres (3) de noviembre de 1981, negó las súplicas de la demanda y absolvió a la demandada de los cargos que se le hicieron, providencia

que fue apelada por los demandantes y revocada por el Tribunal Superior de Ibagué cuando desató el recurso. La parte resolutiva de la sentencia del *ad quem* quedó concebida en los siguientes términos:

"1º Declarar no probadas las excepciones perentorias opuestas por la parte demandada.

"2º Declárase resuelto, por incumplimiento de los contratantes demandados, el contrato de compraventa consignado o contenido en la escritura pública Nº 3063 de 9 de octubre de 1980, de la Notaría Segunda de Ibagué, suscrito entre la sociedad INCICO LTDA. - Ingenieros Civiles Contratistas, domiciliada en Ibagué, de una parte y Manuel Guillermo Quintero Benavides y Amanda Gallo de Quintero de la otra.

"3º En consecuencia, *condénase* a la parte demandada a pagar a la parte demandante, el valor de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato de compraventa a que se alude en el numeral 2º de esta parte resolutiva, siendo entendido que tales perjuicios quedan apreciados en la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.oo) moneda corriente, según avalúo dado por los peritos que intervinieron en este proceso, y conforme a lo anotado en la parte motiva del presente fallo.

"4º Por cuanto, a consecuencia de la resolución aquí decretada, las cosas deben volver al estado anterior, se *dispone*:

"a) *Condénase* a la parte demandada a restituir a la parte demandante, el bien raíz urbano materia del contrato de compraventa aludido en el numeral 2º de la parte resolutiva de este fallo, junto con el valor de los frutos civiles y naturales que dicho inmueble hubiera podido producir, con mediana inteligencia y cuidado, a partir del día de la contestación de la demanda y hasta cuando se verifique la restitución, salvo el derecho a expensas o mejoras como poseedor de buena fe, siendo entendido que tales expensas o mejoras quedan apreciadas en la suma de tres mil quinientos pesos ($ 3.500.oo) moneda corriente, según avalúo dado por peritos a este proceso;

"b) Es entendido que para que tenga lugar la restitución a que se alude anteriormente, la parte demandante debe a su vez restituir a la parte demandada, una vez en firme este fallo, la cantidad de trescientos diez mil pesos ($ 310.000.oo) moneda corriente, junto con los intereses legales de dicha suma, a partir de la ejecutoria de esta sentencia y hasta cuando se verifique esa restitución.

"c) *Ordénase* al señor Notario Segundo del Circuito de Ibagué, la cancelación de la escritura pública Nº 3063 de 9 de octubre de 1980, y al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados también de Ibagué, la cancelación del registro de la mentada escritura, con los datos que sean pertinentes. En la oportunidad debida, líbrense a tales funcionarios los oficios del caso.

"5º Para la determinación en cantidad líquida del valor de los frutos civiles y naturales que la parte demandada debe pagar a la parte demandante, y a que se refiere el aparte a) del numeral 4º de esta parte resolutiva, sígase el procedimiento previsto en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, una vez en firme este fallo, pues dicha condena se decreta *in génere*.

"6º Las prestaciones recíprocas entre las partes son compensables, una vez quede en firme y en cantidad líquida el valor de los frutos civiles y naturales que la parte demandada debe pagar a la parte demandante".

II

Fundamentos de la sentencia recurrida

Consideró el sentenciador que estaban reunidos los presupuestos de la acción resolutoria, ya que no había duda de la existencia del contrato bilateral celebrado por las partes contendientes; que, de otro lado, se acreditó el incumplimiento de los compradores con las respuestas que dio uno de los demandados cuando fue interrogado durante la etapa probatoria del proceso en el sentido de que sí era cierto que no había pagado los intereses por cuanto INCICO

no cumplió con la subrogación de la deuda de Granahorrar; que por ese hecho tal entidad no tramitó el préstamo pese a las gestiones que adelantó a su debido tiempo. Agrega el *ad quem*:

"... aparece evidente que el mismo demandado Manuel Guillermo Quintero Benavides confiesa no haber pagado dos meses de intereses y confiesa igualmente que no obtuvo el crédito en Granahorrar, dentro del plazo de sesenta días a que se había obligado. Sin embargo, al confesar ese incumplimiento pretende achacarlo a la culpa de la sociedad demandante, por no haber pagado oportunamente la cantidad de $ 165.000.oo, o sea el monto a que ascendía la subrogación de la deuda hipotecaria con la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda".

En torno al cumplimiento de las obligaciones por parte de los prometientes vendedores precisó el Tribunal:

"... si se examinaran detenidamente tanto las cláusulas de la escritura pública de venta como las cláusulas de la promesa de compraventa, que fueron recogidas, por acuerdo de las partes, en la mencionada escritura pública de venta, fácilmente se aprecia que, el orden de las obligaciones aparece como sigue: La sociedad prometiente vendedora debía otorgar la escritura pública de venta el día 30 de septiembre de 1980, a las cuatro de la tarde, en la Notaría Segunda de Ibagué, y ese mismo día, entregar, real y materialmente, al prometiente comprador, el inmueble prometido en venta. Esto no se cumplió como estaba pactado en la promesa, pero es notorio y protuberante que las partes, también de común acuerdo, modificaron estos plazos, pues de otra manera no se explica el que hubieran comparecido a la Notaría Segunda de Ibagué, el día 8 de octubre de 1980 a firmar la correspondiente escritura pública de venta y a manifestar los compradores que recibían a satisfacción el bien raíz prometido en venta y materia u objeto de la venta misma. Cabe anotar que, no solamente en la escritura pública de compraventa los compradores manifiestan que reciben a satisfacción el inmueble vendido, sino que también hacen dicha afirmación en el documento que en fotocopia aparece a folio 32 frente del cuaderno principal, el cual fue reconocido por el demandado Manuel Guillermo Quintero B., aunque anotando que el cambio del vidrio grande de la alcoba número 3 no se realizó oportunamente.

"Entonces, cumplidas dichas obligaciones por la sociedad demandante, inmediatamente surgían, en el orden de las obligaciones contraídas, las que se pactaron en contra del demandado Quintero Benavides como fue la de pagar intereses mientras se cancelara la totalidad del saldo del precio, cuya financiación se obligó el mismo demandado a obtener en Granahorrar. Siendo ello así, y no estando condicionadas las obligaciones alternativas y sucesivas que adquirió Quintero Benavides, aparece como evidente que, éste último las incumplió, y de otro lado, la sociedad demandante, con anterioridad cumplió a cabalidad o se allanó a cumplir las que le correspondían".

Estimó que con la certificación del Notario Segundo del Circuito de Ibagué (fl. 84, C. 1º) se acreditó que Jorge Humberto Charry Montealegre, representante de "INCICO LTDA.", estuvo listo para suscribir la escritura pública de venta el 30 de septiembre de 1980 en la forma convenida en la promesa, por una parte; y por la otra, que si bien el contrato preparatorio de promesa de compraventa fue firmado sólo por Manuel Guillermo Quintero Benavides, también lo es que la escritura de venta la suscribieron tanto éste como Amanda Gallo de Quintero en su calidad de compradores; si además, las cláusulas del primer negocio quedaron incorporadas al último "ninguna ilegitimidad de personería puede presentarse, pues en tales condiciones, la resolución cobija exclusivamente a la venta y no a la promesa, por haberse ésta extinguido al subsumirse en aquella, en cuanto pueda ella seguir produciendo efectos, dado que, existen algunos que ya desaparecieron, como son por ejemplo los relacionados con la fecha y hora para el otorgamiento de la escritura pública de la Notaría Segunda de Ibagué.

"Por lo cual esta excepción tampoco está llamada a prosperar".

En relación con los perjuicios afirmó el *ad quem* "que el lucro cesante estaría representado por el valor de los intereses dejados de pagar en la forma como fue estipulado en la promesa de venta y acogido en la escritura pública de venta".

Por último, acogió el dictamen pericial "en cuanto al valor de las mejoras que se constató han realizado los demandados en el inmueble o apartamento, cuya cuantía la estiman en la suma de $ 3.500.oo".

III

Demanda de casación

Cinco cargos formula el recurrente contra el fallo que profirió el Tribunal Superior en este proceso ordinario, uno de los cuales, el tercero, se apoya en la causal segunda de casación y los cuatro restantes, en la primera prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil. En primer lugar se despachará el cargo que comporta un yerro *in procedendo*.

Cargo tercero

Sostiene el casacionista que la excepción de contrato no cumplido se apoyó en el hecho de no haber pagado INCICO LTDA., la suma de $ 165.000.oo a Granahorrar sino el 4 de febrero de 1981, motivo por el cual esta firma no subrogó el crédito; pero que el Tribunal se limitó a examinar y decidir lo concerniente a la no entrega del inmueble en debida forma y a la no concurrencia del prometiente vendedor a la Notaría con el propósito de suscribir la correspondiente escritura pública; que por lo tanto incurrió el sentenciador en *mínima petita* y el fallo no estuvo en consonancia con las excepciones que propuso la parte demandada.

Se considera

El Estado, como organización social dotada de un poder de mando y jurídico, se encamina a lograr de modo permanente la convivencia de todos los coasociados a través de la tutela de los diversos intereses y de la prestación de los servicios que se requieren para la buena marcha de la comunidad y el bienestar de sus integrantes. Tales fines pueden realizarse, como en Colombia, con la actividad separada pero armónica de las ramas que conforman el Poder Público, las cuales deben desenvolverse dentro del marco de la legalidad. De ahí que el derecho objetivo, como expresión de la voluntad del Estado e instrumento regulador de relaciones intersubjetivas, desempeñe un papel de especial trascendencia dentro del grupo, por cuanto coordina y limita no sólo la vida de los particulares sino también el funcionamiento de todo el cuerpo estatal.

De acuerdo con los ordenamientos constitucionales y legales, la función jurisdiccional, al igual que las restantes, emana de la soberanía del Estado y su ejercicio debe circunscribirse al marco de la Constitución. Por otra parte la ley, al regular la función pública de administrar justicia, fija reglas que deben seguir los funcionarios respectivos a fin de que ésta se cumpla adecuadamente y se garantice, por ende, la defensa y la igualdad de los particulares en los procesos. Una de ellas es la relativa a la congruencia de los fallos judiciales, según la cual la decisión que contenga la sentencia debe referirse a lo que constituye el objeto del proceso, o sea tanto a las pretensiones de la demanda introductoria y la de reconvención si fuere el caso, como a las defensas de fondo oportunamente planteadas o a los hechos exceptivos que el Juez halle acreditados, si no hay obstáculo para pronunciarse de manera oficiosa. Dice el profesor español Pedro Aragoneses que por tal congruencia "ha de entenderse aquel principio normativo dirigido a delimitar las facultades resolutorias del orden jurisdiccional, por el cual, debe existir identidad entre lo resuelto y lo controvertido, oportunamente, por los litigantes, y en relación con los poderes atribuidos, en cada caso, al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico" (Sentencias Congruentes. Aguilar. 1957, pág. 227). De lo contrario, se configuraría el fenómeno de incongruencia, bien porque el Juez concede más de lo pedido, bien porque

resuelve sobre algo que no es objeto de la demanda o ya, en fin, porque omite decidir sobre una o varias de las pretensiones formuladas o de las excepciones propuestas por el demandado.

En el caso *sub exámine* los demandados propusieron dos excepciones: La de contrato no cumplido y la de ilegitimidad de personería sustantiva. El Tribunal, además, en la parte resolutiva de su sentencia, declaró no probadas todas las que se propusieron, lo cual pone de presente que no existe la inconsonancia que se endilga al sentenciador, ya que el pronunciamiento se refiere, sin distinciones de ninguna clase, a las defensas planteadas por Guillermo Quintero Benavides y Amanda Gallo de Quintero. No sobra anotar, por último, que según el *ad quem*, INCICO LTDA. cumplió todas las prestaciones a su cargo "o se allanó a cumplir las que le correspondían", al paso que los demandados no hicieron lo propio pese a que sus obligaciones sucesivas y alternativas no estaban sometidas a condición alguna, con lo cual se pone de presente que sí aludió a las defensas o excepciones planteadas por la demandada.

Confrontado, pues, lo resuelto con lo que constituye el asunto litigioso, no se observa desarmonía entre lo uno y lo otro, se aprecia, en cambio, que el Tribunal se circunscribió al marco de la controversia y concluyó que debían rechazarse los hechos en que consistió la resistencia de la parte demandada a las súplicas que, en su contra, se impetraron.

No prospera la censura.

Cargo primero

Según el impugnante se aplicaron indebidamente los artículos 1544, 1546, 1613, 1614, 1615 y 1617 del Código Civil, en armonía con los artículos 961, 962, 963, 964, 965, 966 y 970 *ibídem*, "con violación medio de los artículos 17 del Código Civil; 82 y 83 del Código de Procedimiento Civil", por no haber visto las cláusulas 6ª y 7ª de la escritura Nº 3063 ni la manifestación hecha por la persona que en este acto intervino en representación de Granahorrar, lo que condujo al sentenciador a no percatarse de la hipoteca con que se gravó el bien a favor de dicha entidad, que intervino como parte en el negocio, contra la cual, por consiguiente debió dirigirse también la demanda resolutoria "a fin de que quedara debidamente integrado el contradictorio".

Dice el censor:

"Habiendo intervenido Granahorrar en la celebración del contrato de compraventa memorado, para aceptar la subrogación de los compradores en el gravamen hipotecario existente sobre el inmueble materia de la compraventa, por la cantidad de $ 490.000.oo, saldo del precio, no puede decretarse la resolución de este contrato sin su comparecencia en el proceso, puesto que al volver las cosas al estado anterior, como consecuencia de la resolución decretada, quedarían sin efectos la subrogación aceptada por Granahorrar y habría que cancelar la hipoteca abierta otorgada por los compradores a favor de esa entidad. Se trata, por tanto, de un litisconsorcio necesario que exige, para el nacimiento válido de la relación procesal, la comparecencia de todas las personas que intervinieron en la celebración del acto jurídico cuya resolución se pide. Como la demanda resolutoria se dirigió únicamente contra los compradores, dejando por fuera a Granahorrar y el Juzgado no integró el contradictorio como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, no le es posible al sentenciador resolver de mérito la demanda instaurada, sino declarar su inhibición para hacerlo".

Y agrega:

"Como no obstante la defectuosa formación de la relación procesal, por no hallarse debidamente integrado el contradictorio, el Tribunal decidió en el fondo, acogiéndolas, las pretensiones de la demanda, en lugar de declarar su inhibición para desatar la controversia, violó, por no haberlo hecho actuar, los preceptos contenidos en los artículos 17 del Código Civil y 82 del Código de Procedimiento Civil y a través de la violación medio de estos preceptos, infringió los de derecho sustancial señala-

dos en el encabezamiento del cargo, que disciplinan la pretensión resolutoria, la indemnización de perjuicios y la restitución de las cosas al estado anterior, por haberlo aplicado al caso *sub lite* sin que le estuviera permitido hacerlo. Es obvio que de haber aplicado los artículos 17 del Código Civil; 82 y 83 del Código de Procedimiento Civil, habría proferido el sentenciador fallo inhibitorio y, por ende, no habría hecho actuar las normas sobre resolución de los contratos".

Se considera

1. *El litis consorcio es necesario cuando la pluralidad de sujetos que integran la respectiva parte es indispensable para que la actuación procesal pueda con validez adelantarse y culminar con sentencia que dirima la cuestión litigiosa de modo uniforme para todos. Ha dicho la Corte:*

"Resumiendo la doctrina sobre la figura procesal del litis consorcio necesario expone Eduardo Pallares:

"Existe litis consorcio necesario cuando hay imposibilidad jurídica de sentenciar por separado, respecto de varias personas, una relación jurídica en la que están interesadas todas ellas. En este caso, la sentencia pronunciada respecto de una sola persona, no tiene por sí misma ningún valor ni puede resolver legalmente la litis. Según la expresión clásica, es 'inutiliter data'" *(Sentencia del 29 de noviembre de 1954, T. LXXIX, pág. 157).*

Sobre el mismo punto Ugo Rocco dice que puede ocurrir "que la relación jurídica se presente con un carácter tal de unidad, que no puede existir frente a uno de los distintos sujetos sin tener que existir necesariamente frente a los otros, porque por su misma estructura se presenta como única e indivisble". En tal caso es evidente que no puede pedirse una providencia jurisdiccional con respecto a dicha relación, sino se presentan en juicio todos los sujetos de tal relación, puesto que la sentencia cuando haya sido emitida sólo teniendo en cuenta algunos de los sujetos, sería, como por primer vez lo dijo Chiovenda "Inutiliter data".

"Con esta frase se quiere aludir al hecho de que la sentencia, si no ha sido emitida en relación con todos y con la presencia de todos los sujetos de la relación jurídica sustancial, no tendrá ningún valor" (Tratado de Derecho Procesal Civil, T. II, parte general, pág. 120).

2. *Como se desprende de la lectura de los artículos referentes a la compraventa (arts. 1849 y ss., C. C.) son partes de este tipo de negocio el vendedor, que contrae la obligación de transferir el dominio de la cosa, y el comprador, que debe pagar el precio acordado. No pocas veces el vendedor otorga a éste un plazo a fin de que le cancele el saldo del precio del inmueble y por ello se constituye gravamen hipotecario a su favor con el propósito de asegurar el pago de la acreencia. Es frecuente, así mismo, que el comprador, para cumplir su prestación en dinero, solicite y obtenga préstamos de terceros y, a través de la misma escritura pública de compraventa, debidamente registrada, se establezca la respectiva garantía real con la obvia finalidad de asegurar la satisfacción del derecho. En este supuesto es preciso distinguir claramente dos relaciones jurídicas: Una, la existente entre comprador y vendedor, y la otra, que surge entre el titular del crédito y el deudor que por el hecho del contrato y del registro consiguiente se convierte en propietario del bien.*

3. *Es cierto que de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 2457 del Código Civil la hipoteca se extingue, entre otros motivos, "por la resolución del derecho del que la constituyó...", pero también lo es que este precepto no debe examinarse de manera aislada sino, por lo contrario, concatenándolo con otros que se relacionen con el tema a fin de desentrañar su verdadero alcance. Así, pues, según el artículo 1548* ibídem *"si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública". Fluye de esta disposición de manera espontánea que es indispensable, para que pueda sobrevenir la consecuencia pre-*

vista, o sea la terminación del gravamen, que de la condición o causa resolutiva se deje constancia en el documento que contiene los términos del negocio.

No puede afirmarse, por lo tanto, que la resolución de un contrato de compraventa por el no pago del precio conlleve la terminación de la garantía hipotecaria, pues si de modo expreso no se incluye la respectiva condición, el comprador deberá devolver el inmueble libre "de las hipotecas u otros derechos reales que haya constituido en ellos" (art. 1953, ibídem*), es decir a través del fallo judicial se le impondrá la obligación de efectuar ese comportamiento en la forma prevista en la ley, pero no sería acertado que el Juez declarase extinguida la hipoteca que pesaba sobre el bien. La Corte sobre el particular, en sentencia del 14 de marzo de 1977, en el proceso ordinario de Paul Bloch Porges contra Dora Rodríguez de Gutiérrez, hizo la siguiente consideración:*

"Es principio general que gobierna los efectos de la acción resolutoria en los contratos bilaterales el de que las cosas deben volver al mismo estado en que se hallaban antes de celebrarse el contrato resuelto.

"El Código Civil, al reglamentar la acción reivindicatoria, la resolución de los contratos bilaterales y en especial la resolución de la compraventa por falta de pago del precio, nada dispone expresamente sobre cómo deben restituirse los bienes raíces sobre los cuales el poseedor ha constituido hipoteca después de haber recibido la cosa que deba devolver como consecuencia de quedar resuelto el contrato que sirvió de título a la tradición. Pero el artículo 1953, que hace parte del capítulo XIII sobre rescisión de la venta por lesión enorme, dispone lo siguiente: 'El comprador que se halle en el caso de restituir la cosa, deberá previamente purificarla de las hipotecas u otros derechos reales que haya constituido en ella'.

"Como queda visto, los acreedores hipotecarios están protegidos en todos los casos en que la 'condición' resolutoria por incumplimiento no conste en el título de adquisición de quien constituyó la hipoteca. Mas en virtud de la declaración de quedar resuelto el contrato de compraventa, la cosa vendida debe restituirse por el comprador en el mismo estado en que se hallaba al tiempo de celebrarse dicho contrato. Por lo tanto, la disposición del artículo 1953, antes transcrita, debe ser aplicada analógicamente a los efectos de la declaración de quedar resuelta la compraventa, entre otras razones porque las consecuencias de la rescisión por lesión enorme son las mismas de la resolución por incumplimiento, aunque atenuadas aquellas por algunos aspectos".

4. Observa la Sala que en el presente caso las partes contratantes no estipularon causa resolutiva del negocio, razón por la cual, pese a la constitución del gravamen hipotecario y a que la representante de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda, Sucursal Ibagué, manifestó que aceptaba la "subrogación" parcial contenida en la escritura 3063 del 9 de octubre de 1980, se impone concluir, de acuerdo con lo expuesto, que *la demanda instaurada por INCICO LTDA., carece de fuerza para conducir a la extinción de la hipoteca constituida. Por lo tanto, la presencia del tercero acreedor dentro de la relación jurídico-procesal no era indispensable para que ésta se desenvolviese normalmente hasta concluir con fallo de fondo que dirimiera el conflicto de intereses surgido entre Ingenieros Civiles Contratistas "INCICO LTDA." y Manuel Guillermo Quintero y Amanda Gallo de Quintero.*

No prospera el cargo.

Cargo segundo

Dice el impugnante que acusa "la sentencia del Tribunal de haber infringido indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1544, 1546, 1613, 1614, 1615, 1617, 961, 962, 963, 964, 965, 966 y 970 del Código Civil y por inaplicación los artículos 89 de la Ley 153 de 1887; 2º de la Ley 50 de 1936; 1740 y 1741 del Código Civil, a causa de manifiestos yerros fácticos en que incidió en la apreciación de los medios de prueba que adelante señalo".

Al desarrollar la censura manifiesta el atacante que la no apreciación de la cláu-

sula sexta del contrato de promesa no permitió advertir la nulidad de que ésta adolecía ni tampoco que las obligaciones que se achacan a los demandados emanaban de tal negociación, que quedó incorporada a la venta con todos sus vicios. "Significa lo dicho —agrega— que las obligaciones cuyo incumplimiento se imputa a los demandados, por provenir de un contrato de promesa absolutamente nulo, no nacieron a la vida jurídica y, por ende, que los prometientes compradores no estaban en el deber de cumplirlas. No puede, por lo mismo, alegarse como fundamento de la pretensión resolutoria del contrato de compraventa el incumplimiento de obligaciones que no emanaron de él, sino de uno de promesa de venta absolutamente nulo. Ni podía el Tribunal declarar resuelto el de compraventa, por las mismas razones".

Sostiene el recurrente que si la subrogación se consumó tal como consta en la escritura pública de compraventa, "los demandados cumplieron cabalmente con la obligación que al respecto se estipuló en la promesa de venta, puesto que Granahorrar la aceptó expresamente como se vio, y constituyeron hipoteca sobre el inmueble materia de la compraventa a favor de dicha entidad para garantizar el cumplimiento de tal obligación. Y al no darse cuenta de que con la subrogación quedó cancelado el saldo del precio, de acuerdo con lo convenido en la cláusula séptima, y que, por lo mismo, no estaban obligados los compradores a pagar intereses sobre ese saldo a partir del 9 de octubre de 1980, ya que en la cláusula segunda, parágrafo primero de la promesa, se acordó que los compradores pagarían intereses hasta tanto no cancelaran el saldo del precio. Cláusula que pasó igualmente inadvertida al Tribunal.

Se considera

1. Toda la argumentación del censor se apoya en los siguientes fundamentos:

a) Que entre "INCICO LTDA." y los demandados se celebró inicialmente un contrato de promesa de compraventa viciado de nulidad absoluta por cuanto no contenía plazo o condición que fijase la época de su cumplimiento; que tal promesa, en esa forma, se incorporó a la venta que celebraron las mismas partes con todos sus defectos sin que pudiese generar obligaciones a causa de éstos y su nulidad debió decretarse de oficio por el Juez;

b) Que en el supuesto de que fuese válido dicho negocio, no es factible sostener, con base en la escritura de compraventa (cláusula séptima) y en el documento de promesa (cláusula segunda) que los demandados hayan incumplido, ya que, por una parte, se acordó que el saldo de $ 490.000.oo se cancelaría con la subrogación de la hipoteca abierta que se constituyó con la aceptación de Granahorrar; y por la otra, como consecuencia de ello, los compradores no tenían por qué pagarle intereses a la sociedad vendedora, ya que Granahorrar adquirió la calidad de acreedor en reemplazo de aquella.

2. *Los particulares, en ejercicio de la autonomía de que disponen para regular sus intereses, pueden obligarse de diversas maneras y también con propósitos variados. Una de ellas es la promesa de celebrar contrato, que es un vínculo que debe surgir a la vida jurídica con sujeción a ciertas formalidades o solemnidades indispensables para su validez o su existencia según el caso; constituye un medio para la celebración de un contrato fin cuando se cumpla un plazo o una condición determinada, contrato éste que por lo menos debe aparecer individualizado en sus elementos esenciales. Es por eso por lo que a tal tipo de relación jurídica se le denomina contrato preparatorio, ya que tiene un objeto bien definido, cual es la celebración de otro negocio jurídico.*

La ley señala ciertos mecanismos para que los particulares que se encuentren atados de la anterior manera, puedan lograr, frente al incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, que la jurisdicción declare la terminación del vínculo u ordene

el cumplimiento debido con las responsabilidades consiguientes, o ya, en fin, que se satisfaga el derecho por la vía ejecutiva prevista por la ley procesal (arts. 89, Ley 153/87; 1546, C. C. y 501, C. P. C.).

No deben confundirse, como al unísono lo enseñan tanto la jurisprudencia como la doctrina, el contrato preparatorio de promesa con el negocio prometido, ya que cada uno de ellos produce sus propios efectos, es decir, genera sus peculiares obligaciones. El uno persigue, en efecto, de manera principal, que se perfeccione el otro, por cuanto crea "un vínculo jurídico necesario y de seguridad, orientado directamente a la conclusión progresiva de un contrato futuro que hoy no se quiere o no se puede otorgar" (Fueyo Laneri, Fernando; Derecho Civil y demás fuentes. T. II, págs. 58/59), al paso que este último posee sus propios objetivos y por ende impone a cada uno de los sujetos los comportamientos adecuados o prestaciones encaminadas a su consecución.

3. Es indudable que se celebró el contrato de promesa a que alude el casacionista, el cual tenía por objeto la compraventa relacionada por la parte demandante en su libelo; pero no es menos evidente que con fecha 9 de octubre de 1980 se otorgó la escritura pública que debía perfeccionar dicha venta. Este hecho dejó sin sentido el primer acuerdo, bien sea que estuviese viciado o no, y causó su fenecimiento, ya que las mismas partes por medio de nuevo acto estaban logrando el resultado económico jurídico que con anterioridad no querían o no podían realizar en forma inmediata. Si las partes, pues, entrecruzaron sus voluntades y cumplieron las formalidades exigidas por la ley para perfeccionar la compraventa y a través del acuerdo contractual se obligó la una a entregar la cosa, a efectuar su tradición, a sanear en caso de vicios redhibitorios o de evicción, etc. y la otra a pagar el precio del modo convenido y a realizar las demás prestaciones pactadas, es decir, si directamente lograron el propósito que se habían forjado: celebrar el negocio de venta, resulta errado considerar que las obligaciones que ésta origina tienen su fuente en un negocio previo aunque haya podido constituir una etapa importante en la conducción al contrato definitivo y aunque algunas de sus estipulaciones quedaran incorporadas en el negocio fin. Por lo tanto, carece de asidero sostener que en el presente caso el juzgador ha debido pronunciarse sobre la nulidad de que pudo estar viciada la promesa de compraventa inicial.

4. En cuanto al segundo basamento de la censura es preciso distinguirle dos aspectos que se encuentran íntimamente conectados: El primero, consistente en que el Tribunal, por no haber apreciado la cláusula séptima de la escritura pública Nº 3063 de 1980 de la Notaría Segunda de Ibagué, no se percató del cumplimiento del pago que efectuaron los demandados con la subrogación y la constitución del gravamen hipotecario. Conforme al segundo, como fue Granahorrar la que quedó como acreedor con garantía real y no el vendedor, los intereses no tenían por qué pagársele a éste, y la base de la pretensión resolutoria, por lo que a este punto concierne, quedó carente de toda sustentación fáctica.

Se hacen las siguientes observaciones:

No es cierto que el *ad quem*, cuando profirió su decisión, no haya tenido en cuenta la cláusula séptima de la escritura Nº 3063 de octubre de 1980; con base en ella, por el contrario, pudo comprobar el pago a la vendedora de $ 310.000.oo en dinero efectivo, la voluntad de constituir la hipoteca a favor de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda y de la consiguiente sustitución del deudor hipotecario, pero no sólo apreció tal elemento probatorio sino también la declaración de parte rendida por Guillermo Quintero Benavides, con base en la cual dedujo, así mismo, el incumplimiento de los demandados, ya que INCICO LTDA. cumplió con lo suyo, que no estaba condicionado a ningún hecho, cuando otorgó el documento de venta y entregó el inmueble a satisfacción de los compradores. Dijo así el Tribunal:

"IV. Pues bien: El primero de los postulados o requisitos señalados para la prosperidad de la acción resolutoria ins-

taurada, es decir, la existencia del contrato bilateral, o mejor, de los contratos bilaterales que se afirma se celebraron entre las partes, se encuentra presente, y sobre ello no hay ninguna discrepancia entre los querellantes, pues a la demanda se acompañó tanto el documento privado que consigna la promesa de compraventa como una copia auténtica, debidamente registrada, de la escritura pública Nº 3063 de 9 de octubre de 1980, de la Notaría Segunda de Ibagué, en la cual la promesa de venta, sino que también se consigna la venta y la subrogación hipotecaria, en contra de los demandados y en favor de Granahorrar en Ibagué, hasta por la suma de $ 490.000.oo, moneda corriente. En la escritura pública de venta ya mencionada, los demandados manifiestan que tienen recibido el apartamento que adquieren a entera satisfacción, y allí también se expresa que la sociedad vendedora ha recibido, a cuenta del precio, la suma de $ 310.000.oo.

"No hay duda alguna de que está acreditada la existencia del contrato bilateral celebrado entre las partes aquí contendientes.

"En lo que hace relación al segundo requisito de la acción resolutoria incoada, o sea que, el demandado haya incumplido sus obligaciones total o parcialmente, particularmente las obligaciones que la demanda afirma se incumplieron por parte de los demandados, en autos existe el interrogatorio de parte absuelto, a folio 4 frente, a 6 vuelto del cuaderno Nº 2 del expediente, por el demandado o prometiente comprador Manuel Guillermo Quintero Benavides, quien al ser interrogado sobre el hecho de no haber pagado los intereses correspondientes al 9 de octubre de 1980 al 8 de noviembre del mismo año, responde lo siguiente: 'Sí es cierto. Pero quiere agregar que los intereses correspondientes no fueron pagados a su debido y oportunamente porque INCICO LTDA. no cumplió con la subrogación con la deuda con Granahorrar y de este hecho en el expediente hay certificados muy valederos'. Y al ser interrogado sobre la tramitación del saldo del precio mediante crédito con la ya mencionada Corporación, durante el plazo de sesenta días acordado entre prometiente vendedor y prometiente comprador, contestó lo siguiente: '...Muy claro he dicho de que las gestiones por mí adelantadas para el préstamo de Granahorrar, se hicieron a su debido tiempo como consta en papeles que figuran en el expediente y que por la demora en el incumplimiento de INCICO LTDA., la Compañía Granahorrar no tramitó el préstamo para la subrogación...'.

"Conforme a lo anterior, aparece evidente que, el mismo demandado Manuel Guillermo Quintero Benavides confiesa no haber pagado dos meses de intereses y confiesa igualmente que no obtuvo el crédito en Granahorrar, dentro del plazo de sesenta días a que se había obligado. Sin embargo, al confesar ese incumplimiento, pretende achacarlo a la culpa de la sociedad demandante, por no haber pagado oportunamente la cantidad de $ 165.000.oo, o sea el monto a que ascendía la subrogación de la deuda hipotecaria con la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda".

Encuentra la Sala que si se examina el escrito de contestación a la demanda y se relaciona y con el interrogatorio de Quintero Benavides, cuya apreciación por el sentenciador no fue atacada por el casacionista, y con la cláusula segunda de la promesa de venta que, como se dijo atrás, pasó a formar parte de la compraventa, es fácil formarse una idea clara acerca de la negociación que llevaron a cabo las partes y de la forma en que realmente debía efectuarse el pago, es decir, se logra conocer el verdadero sentido de lo que estipularon los contratantes. En efecto, dicen así los demandados:

"... si el prometiente comprador no tramitó dentro del plazo referido el crédito, se debió no a incumplimiento de su parte sino a que la firma demandante 'INCICO LTDA.' no había cancelado a 'Granahorrar' la suma de ciento sesenta y cinco mil pesos m/cte. ($ 165.000.oo) que adeudaban, y mientras esto no ocurriera dicha firma no perfeccionaba el crédito, o no lo subrogaba, y esta suma sólo vino a

cancelarse el día 4 de febrero de 1981, de conformidad con las documentaciones que anexaremos en el acápite de pruebas. De esta manera si la firma constructora (hoy demandante) no cumplió con sus obligaciones no puede ahora exigir que los demandados cumplan con las suyas" (fl. 60, C. 1º).

Y agrega:

"... mis representados siempre han estado listos a cumplir con sus obligaciones, de acuerdo con los documentos que presento y si dentro de los sesenta días siguientes a la entrega del inmueble no tramitaron el crédito, se debió como tantas veces se ha dicho al no cumplimiento de las obligaciones para con 'Granahorrar' por parte de la entidad vendedora, y como sólo hicieron el pago el día 4 de febrero de 1981, a los dos (2) días siguientes o sea el seis de febrero mis representados se subrogaron en dicha obligación y por lo tanto cumplieron con sus obligaciones dentro del tiempo y plazo debido" (fl. 60 vto., C. 1º).

Al responder el hecho undécimo de la demanda expresaron que si "la subrogación del crédito no se hizo en su tiempo debido a que la parte demandante no había cancelado como ya se dijo a la firma 'Granahorrar' la suma de ciento sesenta y cinco mil pesos m/cte. ($ 165.000.oo) oportunamente, lo que sólo se hizo el día 4 de febrero de 1981".

El aparte pertinente de la cláusula segunda de la promesa, dice así:

"El crédito de que trata la cláusula segunda lo tramitará el prometiente comprador dentro de los sesenta (60) días contados a partir de la fecha en que se haga entrega real del inmueble..." fl. 36, C. 1º).

Ahora bien, de conformidad con las pruebas aludidas, ¿qué sentido debe darse a la negociación celebrada por las partes?

a) Es preciso observar, ante todo, que el jurista, cuando procede al examen de cualquier situación litigiosa, no puede dejar de tener en cuenta que una de sus labores más importantes es la interpretativa, es decir, tiene que precisar tanto el alcance de los actos concretos que dieron lugar al conflicto de intereses como de las normas legales que regulan de modo abstracto la conducta de los coasociados o los hechos u ocurrencias que conciernen a éstos y que tienen trascendencia para el derecho. Ello es apenas una lógica consecuencia de ser el hombre una realidad que se desplaza, actúa, trabaja y se vincula con ciertos propósitos, generalmente para satisfacer sus necesidades, bien materiales, bien espirituales; es decir, por la naturaleza teleológica del ser humano. De ahí, así mismo, que el objeto de la ciencia del derecho, a diferencia del de otras áreas del saber científico, comó el de las ciencias físicas, sea eminentemente cultural y concierna a la actividad del hombre y a su vida. Este punto de vista no deja de conservar validez ni siquiera cuando circunscribimos la noción de derecho al conjunto de normas que en un determinado momento histórico y en un cierto lugar geográfico integran lo que se conoce con el nombre de derecho objetivo, normatividad u ordenamiento jurídico, ya que éste no es otra cosa, como lo anota el tratadista Luis Recasens Siches, sino vida humana cristalizada u objetivada; por lo cual el intérprete, al tratar de subsumir la ocurrencia concreta en la previsión legal, debe procurar percibir y comprender, en toda su dimensión, el comportamiento del individuo, saber qué fue, en verdad, lo que éste quiso cuando se obligó y cuáles fueron los efectos que tuvo en mente cuando celebró un determinado negocio;

b) En el caso *sub exámine* hay varios aspectos que merecen destacarse para llegar a una conclusión definitiva sobre el particular. En primer término, lo referente al contrato preparatorio de promesa de compraventa, en cuyo documento escrito se dejó constancia de las obligaciones que fueron estipuladas por las partes. De ellas sólo interesan, para los efectos del presente caso, las relativas al pago de los intereses que debían efectuar los compradores y a la gestión que éstos tenían que adelantar ante la Corporación Grancolom-

biana de Ahorro y Vivienda "Granahorrar" a fin de que se aprobase el crédito con que se pagaría el saldo del precio, cuyo monto, una vez amortizados los primeros $ 210.000.oo que recibió el vendedor el 4 de septiembre de 1980, es decir, cuando se suscribió el documento en que consta la promesa era de $ 590.000.oo. En segundo lugar, la escritura pública Nº 3063 de la Notaría Segunda de Ibagué, de fecha 9 de octubre de 1980, en la cual constan dos actos jurídicos bien claros y definidos: Uno, el negocio de compraventa que celebraron Ingenieros Civiles Contratistas —INCICO LTDA.— como vendedora y Manuel Guillermo Quintero Benavides y Amanda Gallo de Quintero como compradores, contrato al cual se incorporó, por voluntad de tales sujetos, el de promesa de compraventa. Otro, el negocio de hipoteca abierta o contrato hipotecario de Granahorrar con los compradores atrás mencionados, por virtud del cual estos últimos sustituirían parcialmente a Ingenieros Civiles Contratistas —INCICO LTDA.— en la relación hipotecaria que preexistía entre la firma vendedora y el referido organismo financiero. Se aclara que el día del otorgamiento de la escritura los compradores hicieron entrega de otros cien mil pesos ($ 100.000.oo) para amortizar al precio pactado, por lo que el saldo quedó reducido a ($ 490.000.oo), y por otra parte la representante de "Granahorrar" manifestó que aceptaba la "subrogación" contenida en la escritura N. 3063 a que se hizo referencia.

¿Podrá inferirse válidamente de conformidad con los elementos que preceden que el trámite para el perfeccionamiento del crédito que debía otorgar "Granahorrar" a los compradores concluyó cuando se extendió y otorgó la escritura pública 3063? Indudablemente, no, ya que las pruebas producidas dan plena luz sobre lo que los negocios quisieron significar. En efecto, si la cláusula relativa a la gestión encaminada a obtener el perfeccionamiento del crédito ante la Corporación señalada goza de pleno valor por cuanto fue incorporada al negocio de venta, y como se dijo antes no cabe hablar de la nulidad que alegó el censor, todo hace deducir que el deber de gestionar no culminaba el 9 de octubre de 1980, fecha de la solmenidad de la venta y de la entrega material del inmueble a los compradores, por cuanto el plazo para ello comenzaba a partir de la entrega material del bien y por un lapso de sesenta días; carecía por tanto de sentido práctico considera que los negociantes estipularon o convinieron un término para adelantar la actuación concerniente al perfeccionamiento de un crédito que otorgaría un tercero a los que compraron el bien y de otro lado ese plazo que fuese innecesario en vista de que . . . de inmediato dicho tercero manifestó que aceptaba lo que erróneamente denominó subrogación, es decir, la sustitución parcial de INCICO LTDA. por Guillermo Quintero y Amanda Quintero en la relación contractual hipotecaria que se constituyó por medio de la escritura pública Nº 333 del dieciocho de febrero de 1980 y su correspondiente registro el día 20 de ese mismo mes. Por lo contrario, todo indica que las partes, cuando autorregularon sus intereses, entendieron cabalmente que era indispensable, más adelante, presentar unos documentos y adelantar un trámite para que se perfeccionase un crédito, y fue esa precisamente una de las obligaciones contraídas por los compradores, o lo que es lo mismo, uno de los efectos del contrato de compraventa; no otra cosa puede colegirse cuando los demandados en su escrito de respuesta al libelo introductorio del proceso manifiestan que si no tramitaron el referido crédito se debió a hechos endilgables a la demandante como no haber pagado a Granahorrar la suma de $ 165.000.oo.

Obsérvase, de otro lado, que la hipoteca que otorgaron los compradores y la entidad financiera que habría de aprobar el crédito referido *era abierta*, lo que evidencia aún más que la actuación no finalizaba con la firma del documento escriturario sino que eran indispensables otros pasos posteriores tendientes a perfeccionar la relación crediticia como negocio hipotecario y como gravamen sobre el inmueble.

Todo, pues, no obstante la escritura pública Nº 3063 de 1980, hace ver con claridad

que la obligación de adelantar la gestión, lejos de concluir el 9 de octubre de 1980 se proyectaba inexorablemente hacia el futuro inmediato, es decir, a partir del instante en el cual se efectuó la entrega material del inmueble y durante sesenta días.

Ahora bien, si los demandados admiten que no cumplieron la prestación aludida por motivo achacable a la vendedora, la demostración de este último aspecto incumbía, durante las instancias, a quienes lo alegaron. Por lo tanto, Manuel Guillermo Quintero y Amanda Gallo de Quintero debían acreditar en su oportunidad que por el no pago de INCICO LTDA. de la suma de $ 165.000.oo a Granahorrar fue por lo que no se efectuó el trámite para que se perfeccionara el crédito. Cierto que al expediente se allegaron los documentos que obran a folios 58 y 59 del cuaderno 1º, pero es verdad también que éstos no fueron ratificados en el proceso por las personas que los suscribieron, o sea por el Gerente de Granahorrar, Tolima y el asistente administrativo de esa misma entidad, de conformidad con lo que se prevé en el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil. Tales papeles carecen de toda eficacia probatoria y sería erróneo, con base en ellos, analizar el problema en estudio otorgándole veracidad a ese nuevo hecho que alegaron los compradores y cuya prueba les incumbía a la luz de elementales principios de derecho probatorio.

c) Por otra parte, será acertado sostener, como lo hace el casacionista, que los compradores no tenían por qué pagarle intereses a los vendedores a partir del 9 de octubre de 1980, fecha en que la "subrogación" de la obligación hipotecaria quedó plenamente consumada cuando los compradores manifestaron que sustituían a los vendedores en la relación que tenían con "Granahorrar" por virtud de la escritura Nº 333 del 18 de febrero de 1980 de la Notaría Segunda de Ibagué, que se registró el 20 de ese mes? Para responder este interrogante hay que tener en cuenta el sentido del acto jurídico en el cual participó la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda y además qué fue lo que los negociantes entendieron respecto del pago de intereses cuando entrecruzaron sus voluntades y perfeccionaron la compraventa del inmueble.

Como se desprende del contexto de la cláusula sexta del contrato que consta en la escritura Nº 3063 de 1980 tantas veces mencionada, entre "INCICO LTDA." y "Granahorrar" existía un vínculo hipotecario respecto de la edificación en la cual se halla el apartamento a que se refiere el presente proceso. Los compradores Quintero y Gallo de Quintero manifestaron, erróneamente, que se subrogaban de modo parcial hasta por la suma de $ 490.000.oo en la obligación que pesaba sobre los vendedores. La Corporación expresó que aceptaba esa "subrogación" y enseguida los interesados consignaron los términos de la hipoteca abierta.

Sin duda alguna, lo que fluye espontáneamente del documento en mención es que se perseguía, a través de los dos actos referidos, que uno de los sujetos de la relación hipotecaria que se perfeccionó el 20 de febrero de 1980, fuese sustituido por los compradores para que éstos, más adelante, se convirtieran en deudores de una obligación hipotecaria a favor de "Granahorrar". Así, pues, lo enseñan las cláusulas del negocio de compraventa, ya que como se expresó en párrafos anteriores, los Quintero se obligaron a tramitar lo concerniente al perfeccionamiento del crédito a fin de que se consolidase y definiese su vínculo hipotecario con la Corporación financiera; así lo evidencian también las cláusulas de la hipoteca abierta que se constituiría con igual propósito, ya que la entidad financiera, no obstante el otorgamiento de la escritura, manifestó a través de ella que: "La garantía hipotecaria que aquí se constituye no implica que Granahorrar contraiga obligación alguna de hacerle préstamos al hipotecante...", lo que hace colegir que a pesar de la aceptación inicial de la "subrogación", existía, por lo menos a la luz de ese documento, la posibilidad de que a la postre Manuel Guillermo Quintero y Amanda Gallo de Quintero no se convirtieran en deudores hipotecarios. Por otra parte, son los demandados

los que afirman que sólo hasta el 4 de febrero de 1981 fue cuando se convirtió en una realidad la sustitución de INCICO LTDA. como deudora hipotecaria (fls. 59-61, C. 1º) de Granahorrar.

En fin, por si lo anterior fuese poco, no se puede sostener de manera concluyente, como lo hace el censor, que a partir del 9 de octubre de 1980 los compradores demandados sustituyeron a la vendedora en la obligación hipotecaria, pues inclusive en esa fecha ni eran propietarios del inmueble, por falta de la tradición, ni tampoco la hipoteca abierta había nacido para el derecho por faltarle aun el registro que exige la ley civil.

No sobra poner de presente que los demandados pagaron los intereses correspondientes al lapso comprendido entre el 9 de octubre y el 8 de noviembre de 1980, tal como lo declaró Manuel Guillermo Quintero cuando fue interrogado sobre el particular por el Juez de primera instancia.

No conduciría a la verdad de los hechos examinar de manera aislada las cláusulas que señala el casacionista para endilgar la falencia al sentenciador; es indispensable, en cambio, hacer un estudio de conjunto de todas ellas, considerando como un todo unitario tanto las que en principio integraron el negocio preparatorio como las del contrato fin, pues sólo de ese modo y sin dejar de apreciar los demás elementos aludidos, puede conocerse la verdadera voluntad de las partes.

Conclúyese de lo expuesto, por una parte, que el juzgador sí tuvo en cuenta las cláusulas en que se apoya el impugnante para formular el ataque; y por la otra, que esos elementos probatorios estudiados en armonía con los restantes a que se acaba de aludir, dejan sin piso las conclusiones del censor, ya que ponen de presente que cuando se suscribió la escritura Nº 3063 del 9 de octubre de 1980, no se había en realidad aprobado el crédito sino que ello dependía de actuaciones y diligencias posteriores a cargo de los compradores. Podía INCICO LTDA., por consiguiente, en el entretanto, exigir a éstos el pago de los intereses y apoyarse en su no cancelación para demandar la resolución del vínculo, ya que éstos se comprometieron a ello tal como consta en el parágrafo primero del documento del 4 de septiembre de 1980, que quedó formando parte de la referida escritura pública Nº 3063 de 1980 de la Notaría Segunda de Ibagué (fls. 36 *bis* y 37, C. 1º).

Sí, pues, el conjunto de las pruebas examinadas sirven de base para colegir, sin que con ello se contraríen las reglas de la lógica ni el sentido común, que los compradores tenían a su cargo la obligación de adelantar las gestiones encaminadas a que "Granahorrar" les aprobase definitivamente el crédito y los considerase como sus deudores hipotecarios, la cual no cumplieron, y si además hay elementos que permiten también inferir que Manuel Guillermo Quintero B. y Amanda Gallo de Quintero, debiendo pagar intereses a la firma vendedora hasta cuando quedara perfeccionado el crédito, no lo hicieron, se impone afirmar que no existe el error de hecho manifiesto o evidente que la censura achaca al sentenciador.

No sobra anotar, por último, que uno de los soportes fundamentales del fallo fue la manifestación hecha por el demandado Manuel Guillermo Quintero Benavides cuando fue interrogado durante el curso del proceso sobre el pago de los intereses y la obtención del crédito de Granahorrar, lo cual era indispensable que se atacase por el recurrente a fin de que su censura quedase bien estructurada y fuese capaz de desvirtuar la presunción de legalidad y acierto del fallo de instancia a través del recurso extraordinario.

Se desecha, pues, el cargo.

Cargo cuarto

Sostiene el casacionista que se violaron indirectamente los artículos 1544, 1546, 1613, 1614, 1615, 1617, 961, 962, 963, 964, 965, 966 y 970 del Código Civil, por aplicación indebida, y los artículos 1º de la Ley 95 de 1890 y 1604 y 1609 del Código Civil por falta de aplicación a causa de la violación medio del artículo 306 del Código de

Procedimiento Civil y de los manifiestos yerros fácticos en que incurrió el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

Hace el censor las siguientes puntualizaciones sobre el particular:

"a) No percató el Tribunal que la contestación dada por los demandados al hecho 4º del libelo implicaba la alegación de que la demandante no cumplió con la obligación de cancelar la cantidad de $ 165.000.oo a Granahorrar, sin los cuales no se podía perfeccionar la subrogación. O la de que por tal motivo estuvo en imposibilidad absoluta de concluir las gestiones para la subrogación mencionada;

"b) No vio la carta y la certificación que obran a los folios 58 y 59 del cuaderno primero, en los cuales se dice que mientras los constructores INCICO LTDA. no cancelen a Granahorrar la cantidad de $ 165.000.oo, no se puede perfeccionar la subrogación del crédito; que la cancelación de esa suma la llevó a cabo INCICO LTDA. el 4 de febrero de 1981; y que dos días después, el 6 de ese mes, se realizó la subrogación;

"c) No se dio cuenta de que por ser ese hecho constitutivo de una excepción —contrato no cumplido o si se quiere fuerza mayor—, era su deber reconocerla oficiosamente en el fallo;

"d) No percató la temeridad y mala fe de la sociedad demandante al solicitar, el libelo presentado el 23 de enero de 1981, se declarasen nulos los contratos de promesa de venta y de compraventa, alegando que los demandados no cumplieron con las obligaciones referentes a la subrogación y a sabiendas de que había colocado a los demandados en imposibilidad de obtener la subrogación mientras no cancelara INCICO LTDA. la cantidad de $ 165.000.oo a Granahorrar, cancelación que sólo llevó a cabo dicha sociedad el 4 de febrero de 1981 o sea *doce días después de instaurada la demanda*. Por la misma razón, no estaban obligados a pagar intereses".

Se considera

Sostiene el casacionista, en síntesis, que por no haberse percatado el Tribunal de la contestación dada por Manuel Guillermo Quintero y Amanda Gallo de Quintero al hecho cuarto del libelo que contra ellos se formuló ni de los documentos que obran a folios 58 y 59 del cuaderno principal del expediente llegó a una conclusión errada en su fallo, ya que INCICO LTDA. tenía la obligación de cancelar la suma de $ 165.000.oo a Granahorrar para que pudiera perfeccionarse la subrogación.

Observa la Sala, en primer término, que la obligación a que se refiere el censor no aparece estipulada en el contrato de compraventa que celebraron las partes; además, aunque es evidente que el *ad quem* no menciona en su sentencia los documentos suscritos el 27 de enero de 1981 por el Gerente de Granahorrar, Tolima y por el Asistente administrativo de Cartera de esta misma entidad el 13 del siguiente mes de febrero, también es cierto que dichas piezas, por carecer de eficacia probatoria, hacen aún más intrascendente la censura, ya que se trata de documentos privados emanados de terceros, de naturaleza declarativa, que no fueron reconocidos por sus autores en la forma que exige el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, la sola afirmación de los demandados en el sentido de atribuir a la parte demandante una obligación que debía cumplirse con anterioridad a la suya de adelantar las gestiones tendientes a conseguir el préstamo de $ 490.000.oo, por sí sola carece de fuerza para que se quiebre la decisión impugnada, por cuanto ello constituye, precisamente, uno de los hechos en que se apoyó la excepción de contrato no cumplido y que debió acreditarse a través de medios con suficiente eficacia probatoria.

No prospera la censura.

Cargo quinto

Con fundamento en la causal primera de casación, acuso la sentencia de segunda instancia de quebrantar indirectamente los artículos 8 y 48 de la Ley 153 de 1887; 1544, 1602 y 1746 del Código Civil, y 831 del Código de Comercio, por no haberlos aplicado al caso litigado en lo tocante con la obligación impuesta a la sociedad de-

mandante de restituir el precio recibido, a causa de no haber tenido en cuenta "que el poder adquisitivo de esa suma de dinero se ha ido deteriorando con el transcurso del tiempo, y que cuando la demandante lleve a cabo la entrega de la misma a los compradores han transcurrido más de dos años de estarse desvalorizando". No se percató el fallador de que "para lograr la restitución de las cosas al estado anterior, era menester que la sociedad vendedora entregara a los compradores una suma de dinero que hoy día representaba el poder adquisitivo que en octubre de 1980 tenía la cantidad de $ 310.000.oo; y en no haberse dado cuenta de que al disponer que a los demandados se les entregara la misma cantidad en moneda que éstos entregaron como parte del precio, se les estaría dando un dinero que, como bien lo dice la Corte, apenas en mínima parte vendría a reemplazar el que cumplidamente entregaron a su vendedor dos años atrás".

Se considera

El asunto que se plantea en la censura lo ha estudiado la Corte en varias oportunidades, admitiendo que el pago de obligaciones dinerarias, en época de depreciación monetaria, debe hacerlo el deudor de acuerdo con el correspondiente ajuste o corrección monetaria a fin de que no se produzca el rompimiento del equilibrio de las relaciones contractuales, no se enriquezca de manera injusta una de las partes de la relación sustancial a costa de la otra, ni tampoco se solucione la deuda de manera incompleta so pretexto de atender postulados nominalistas de la moneda con desconocimiento de fenómenos que tienen alcance mundial sobre todo a partir de las dos grandes conflagraciones del presente siglo.

No cabe la menor duda, por ser un hecho permanente, público y evidente, acerca de la continua depreciación de la moneda o pérdida de su poder adquisitivo, pues cada vez se requiere una mayor cantidad de ésta para la consecución de los bienes que a diario se negocian a fin de satisfacer las distintas necesidades. Por lo tanto, si un sujeto devuelve a otro la misma suma de dinero que recibió cierto tiempo atrás, tal valor nominal, es verdad, lo estaría recibiendo el acreedor disminuido en algún porcentaje según la mayor o menor fluctuación del medio circulante, es decir, recibiría un valor real inferior al que entregó en la época que se convino cuando se celebró el negocio respectivo. Es por eso por lo que la jurisdicción, cuando ordena tal tipo de restituciones, no puede desconocer dicha evidencia, pues de lo contrario el pago no sería íntegro o total como lo exige la ley.

En sentencia del 24 de marzo de 1983, en el proceso ordinario de Clara Ortiz Barreto y otras contra Gustavo Caicedo, esta Corporación manifestó:

"3. La jurisprudencia de la Corte, en fallos de 24 de abril y 9 de julio de 1979, acudiendo a los principios generales del derecho y a una más actualizada hermenéutica de la ley, se inclinó por aceptar la corrección monetaria de determinadas obligaciones y, por ende, afirmó la crisis del nominalismo, que hasta entonces aparecía como un principio rector en el Código Civil colombiano y como una valla infranqueable en cumplimiento de las obligaciones dinerarias.

"4. La inflación y depreciación de la moneda, por su reiteración o cronicidad, entró, según la doctrina más real y aceptable, al campo de los hechos públicos y notorios, con lo cual se está afirmando que el damnificado se encuentra relevado de su demostración, máxime cuando el mismo Estado lo viene aceptando con la expedición de normas de reconocimiento implícito de tales fenómenos, como ocurre con los ajustes salariales al sector público y privado que se hacen cada año, con las pensiones, con las obligaciones tributarias, con la reglamentación y funcionamiento de las Unidades de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), etc.".

Si el Tribunal ordenó la restitución al comprador de la suma de trescientos diez mil pesos m/cte. ($ 310.000.oo) sin corrección monetaria, es lógico que haya violado las normas señaladas por el casacionista

en el cargo que se estudia, ya que es un hecho notorio el continuo proceso de depreciación de la moneda colombiana.

Por lo tanto, fueron violadas las normas señaladas en la censura, razón suficiente para quebrar la sentencia del *ad quem*.

Sentencia sustitutiva

La Corte se remite a las consideraciones que se expusieron para despachar la censura últimamente estudiada, observando que como el cargo que prosperó se circunscribió al aspecto relativo a la devolución de la suma de $ 310.000.oo con la consiguiente corrección monetaria, deben mantenerse las restantes decisiones del Tribunal ajenas a este punto. Además, para contabilizar el ajuste monetario es indispensable tomar en cuenta el índice anual del costo de la vida a partir del 9 de octubre de 1980, fecha del otorgamiento de la escritura pública Nº 3063.

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 materia del recurso y actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve:

1º Declarar no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada.

2º *Declárase resuelto, por incumplimiento de los contratantes demandados, el contrato de compraventa* consignado o contenido en la escritura pública N. 3063 de 9 de octubre de 1980, de la Notaría Segunda de Ibagué, suscrito entre la sociedad INCICO LTDA. —Ingenieros Civiles Contratistas—, domiciliada en Ibagué, de una parte, y Manuel Guillermo Quintero Benavides y Amanda Gallo de Quintero, de la otra.

3º En consecuencia, condénase a la parte demandada a pagar a la parte demandante, el valor de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato de compraventa a que se alude en el numeral 2º de esta parte resolutiva, siendo entendido que tales perjuicios quedan apreciados en la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.oo) moneda corriente, según el avalúo dado por los peritos que intervinieron en este proceso, y conforme a lo anotado en la parte motiva del presente fallo.

4º Por cuanto, a consecuencia de la resolución aquí decretada, las cosas deben volver al estado anterior se *dispone*:

a) Condénase a la parte demandada a restituir a la parte demandante, el bien raíz urbano materia del contrato de compraventa aludido en el numeral 2º de la parte resolutiva de este fallo, junto con el valor de los frutos civiles y naturales que dicho inmueble hubiera podido producir, con mediana inteligencia y cuidado, a partir del día de la contestación de la demanda y hasta cuando se verifique la restitución, salvo el derecho a expensas o mejoras como poseedor de buena fe, siendo entendido que tales expensas o mejoras quedan apreciadas en la suma de tres mil quinientos pesos ($ 3.500.oo) moneda corriente, según el avalúo dado por peritos en este proceso;

b) Es entendido que para que tenga lugar la restitución a que se alude anteriormente, la parte demandante debe a su vez restituir a la parte demandada, una vez en firme este fallo, la cantidad de trescientos diez mil pesos ($ 310.000.oo) moneda corriente, junto con los intereses legales de dicha suma, a partir de la ejecutoria de esta sentencia y hasta cuando se verifique esta restitución se hará con la consiguiente corrección monetaria, la que se liquidará mediante el procedimiento indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Ordénase al señor Notario Segundo del Círculo de Ibagué, la cancelación de la escritura pública Nº 3063 de 9 de octubre de 1980, y al señor Registrador de Instrumentos Públicos y privados también de Ibagué, la cancelación del registro de la mentada escritura, con los datos que sean pertinentes. En la oportunidad debida,

líbrense a tales funcionarios los oficios del caso.

5º Para la determinación en cantidad líquida del valor de los frutos civiles y naturales que la parte demandada debe pagar a la parte demandante, y a que se refiere el aparte a) del numeral 4º de esta parte resolutiva, sígase el procedimiento previsto en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, una vez en firme este fallo, pues dicha condena se decreta *in género*.

6º Las prestaciones recíprocas entre las partes son compensables, una vez quede en firme y en cantidad líquida el valor de los frutos civiles y naturales que la parte demandada debe pagar a la parte demandante.

Las costas de primera instancia a cargo de los demandados.

Sin costas la casación y la segunda instancia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Horacio Montoya Gil, José María Esguerra Samper - Con Salvamento de Voto, *Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura* - Con Salvamento de Voto.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER

Deploro no estar de acuerdo con la decisión mayoritaria de la Sala, pero a mi juicio los demandados cumplieron sus obligaciones contractuales derivadas del negocio que celebraron con la sociedad actora, por las razones que brevemente expongo enseguida.

En el hecho 12 de la demanda se afirma que los demandados ni se subrogaron en la obligación hipotecaria por $ 490.000.oo a cargo de la sociedad vendedora y a favor de Granahorrar ni la pagaron dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que recibieron materialmente el apartamento objeto del contrato y, además, que no cancelaron los intereses sobre dicho saldo dentro del plazo previsto en el parágrafo 1º de la cláusula 2ª del contrato de promesa.

Sin embargo, las pruebas que obran en el expediente dicen otra cosa. Basta con leer la escritura Nº 3063 otorgada en la Notaría 2ª de Ibagué el 9 de octubre de 1980 adjunta a la demanda, mediante la cual "INCICO LTDA." enajenó en favor de los demandados el apartamento objeto de la promesa de venta, para llegar a las siguientes conclusiones: a) que en ese mismo instrumento se produjo la llamada subrogación de la obligación a favor de Granahorrar con garantía hipotecaria sobre el apartamento vendido; b) que en esa fecha los compradores declararon haber recibido materialmente el inmueble materia del negocio. Esta declaración está corroborada con una constancia en ese sentido suscrita ese mismo día por el Gerente de INCICO LTDA., el comprador y un delegado de la Superintendencia Bancaria (C. Nº 1, fl. 56).

En cuanto a los intereses mencionados en el parágrafo 1º de la cláusula 2ª arriba citada, en ella se pactó que debían ser pagados a partir del recibo del apartamento y hasta que los demandados cancelaran a "INCICO LTDA." los $ 590.000.oo parte del precio de venta que quedaron debiendo al suscribir el contrato de promesa. En la escritura de venta, como se dijo, los compradores pagaron $ 100.000.oo más el precio de venta estipulado y se hicieron cargo de pagar a Granahorrar $ 490.000.oo de la obligación hipotecaria o mejor, "se subrogaron" en ese crédito hipotecario, para emplear la terminología allí utilizada. De esta suerte, satisficieron todas las obligaciones a su cargo y por tanto ni tenían por qué pagar más intereses a favor de "INCICO LTDA." al menos aún dieron pie a que esta sociedad pudiera legítimamente promover la acción resolutoria de que trata este proceso.

En estas condiciones, no puedo considerar justo ni legal que se haya decretado la resolución del contrato sobre el cual versa esta controversia. Desde luego, reitero mi respeto a lo que decidió la mayoría.

Fecha *ut supra.*

José María Esguerra Samper.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA

De cómo cuando el comprador se hace cargo de una deuda anterior del vendedor, con la anuencia del acreedor, la obligación de pagar el precio queda extinguida, y, por tanto, montar sobre ese supuesto incumplimiento la resolución del contrato es una gran injusticia

Referencia: Ordinario de Sociedad INCICO LTDA. contra Manuel Guillermo Quintero Benavides y otra.

Durante el intenso debate que se suscitó en el seno de la Sala en la discusión de este caso, dejé una constancia que ahora transcribo, y que en gran parte explica mi pensamiento. Tal documento dice así:

La circunstancia de que desde hace mucho tiempo, por razones que ignoro, no asiste el Secretario de la Sala Civil a las sesiones de la Sala y, por consiguiente, no queda constancia en acta de lo que en ella ocurre, me ha movido a hacer la presente síntesis de mi exposición, la cual quedará en el proceso a manera de constancia, todo con el preciso y exclusivo objeto de que la mayoría de la Sala tenga la oportunidad de refutar en la sentencia las opiniones que formulé verbalmente. Ya, en el Salvamento de Voto, tendré oportunidad de referirme a esas razones, si es que optan por darlas, pues la sentencia debe contener los puntos de vista que los llevaron a separarse de los claros y contundentes argumentos que expuse en el seno de la Sala.

Para sostener la sentencia de resolución del contrato de compraventa se dieron por dos Magistrados razones diferentes, a saber: a) El Magistrado Giraldo sostuvo que el demandado comprador había incumplido el contrato porque no había hecho las gestiones encaminadas a perfeccionar la subrogación del crédito, incumplimiento que justificaba la resolución; b) El Magistrado Murcia argumentó que por la interpretación dada a los contratos por los contratantes, el comprador había devenido deudor de unos intereses a los vendedores y que como había confesado no haberlos pagado, este incumplimiento justificaba sostener el fallo acusado. Me referí en debate a los dos argumentos por separado y así lo haré en este resumen constancia.

El incumplimiento de la obligación de gestionar la autorización para subrogar el crédito. Dado el auge de los créditos dados por entidades financieras a los constructores, particularmente de edificios destinados a ser constituidos en propiedad horizontal, la gran mayoría de las nuevas viviendas de ese tipo tienen financiación preconstituida, es decir, que el comprador simplemente sustituye al vendedor como deudor ante la entidad crediticia en la parte del crédito que corresponde a negociada. El crédito ya existe; el deudor es el constructor; el acreedor es la entidad que financia; en tales condiciones lo que debe hacerse es simplemente una sustitución de deudor. En la medida en que así se pacte entre comprador y vendedor y lo acepte el acreedor, la parte del precio correspondiente a ese valor queda pagada por aquél a éste. Basta simplemente con que el acreedor acepte la sustitución del deudor. Tal fue lo que ocurrió en el caso de autos.

Desde luego para que el nuevo deudor sea aceptado como tal por el acreedor, éste suele exigir una serie de requisitos. Por eso es que el comprador se obliga a cumplir con los trámites que le exija el acreedor, la entidad financiadora, en orden a que ésta lo acepte como nuevo deudor. Pero una vez expresado el consentimiento del acreedor, el deudor antiguo queda liberado de la parte de su deuda que tomó a su cargo el nuevo deudor. Pues bien, en el caso de autos el vendedor expresó en la escritura de venta que el inmueble vendido estaba afectado con garantía hipotecaria por un valor superior a $ 490.000.oo. Que el comprador se "subrogaba" ante el acreedor en esa cuantía. Cuando en la misma escritura de venta compareció el acreedor y manifestó que aceptaba la subrogación, *ipso facto* en esa cantidad de $ 490.000.oo el vendedor dejó de ser acreedor como parte del precio y se tornó acreedor exclusivo la entidad crediticia. La manifestación dada por ésta ante Notario perfecciona plenamente el fenómeno jurídico del cambio o sustitución del deudor, impropiamente denominada en la práctica comercial "subrogación", expresión que debe aplicarse al cambio de acreedor. No comparto, no puedo compartir, la tesis del Magistrado Giraldo en el sentido de que la obligación del comprador de gestionar la "subrogación" está incumplida. No. Por el contrario, la obligación, que es de resultado, se cumplió. Y prueba de ello es que en la propia escritura de compraventa el acreedor aceptó expresamente el cambio de deudor. Montar, entonces, una resolución del contrato por el supuesto incumplimiento de la obligación de gestionar la autorización para la "subrogación", o, mejor, la sustitución de deudor, es obrar contra la más evidente realidad procesal. Entonces espero que en la nueva ponencia (porque en la que se discutió nada se dice sobre este enfoque) se exprese cuáles son las razones que movieron a la Corte a aceptar los planteamientos del citado Magistrado, para posteriormente en el salvamento tener oportunidad de refutarlos.

El incumplimiento de la obligación del comprador de pagar al vendedor unos intereses. Ciertamente en el contrato de promesa se estipularon intereses sobre saldos a partir del momento de la entrega. Pero ocurre que la forma de pago pactada inicialmente se modificó, y es así como una suma de $ 100.000.oo (independiente de la subrogación que operó sobre los $ 490.000.oo) que el comprador iba a quedar a deber al vendedor, quedó también pagada al celebrarse el contrato de compraventa, tal como lo reza la escritura. En tales condiciones, sumado lo pagado al momento de la promesa, más lo pagado al momento de la compraventa, más el pago por sustitución de deudor (aceptado por el acreedor), la totalidad del precio quedó pagado. El comprador extinguió su obligación de pagar el precio y así lo deduce cualquier persona, sin necesidad de ser jurista, leyendo la escritura. Sin embargo el Magistrado Murcia sostiene que la sentencia acusada debe mantenerse porque el comprador incumplió su obligación de pagar un mes de intereses al vendedor. ¿Cuáles intereses? Si no debía capital, ¿cómo puede deber intereses? Ese es el punto que espero se explique en la nueva ponencia. Ahora bien, así una persona haya confesado deber algo que no debe, sobre esa confesión no se puede edificar la resolución de un contrato por incumplimiento. Tanto más cuanto que es fácil entender la confesión del comprador en el sentido de que no pagó los intereses del mes subsiguiente al del contrato de compraventa por cuanto el vendedor era el que estaba en mora de pagar intereses de la deuda hipotecaria causados antes del contrato de compraventa; pago de los intereses atrasados que en efecto hicieron los vendedores meses después.

Si la falta de pago de los intereses causados antes de la escritura es la única causal por la cual la entidad acreedora consideró por sí y ante sí que la "subrogación" no se había perfeccionado, olvidándose que la aceptó expresamente ante Notario, ese es problema de dicha entidad, que en manera alguna puede incidir en la resolución por incumplimiento de un contrato en que el comprador pagó todo el precio de venta. ¿Por qué aceptó la "subrogación" si la

deuda total respecto de la cual se hizo una sustitución parcial de deudor estaba en mora de intereses en el momento en que se aceptó ante Notario?

En fin, habiendo quedado demostrado el pago total del precio en la escritura de venta, es imposible interpretarlo claro como un cristal para inferir de allí un hipotético incumplimiento de una obligación que no existe. Espero que en la nueva ponencia quede claro este punto para poder refutarlo en el Salvamento de Voto.

Como consecuencia de la anterior constancia se trataron en la sentencia los puntos en discusión y, por consiguiente, ahora sí hay materia para estar de acuerdo con ellos o discrepar. Sostiene en síntesis la Corte: Indudablemente no puede inferirse válidamente que el trámite para el otorgamiento del crédito que debía otorgar "Granahorrar" a los compradores concluyó cuando se extendió y otorgó la escritura Nº 3063, contentiva del contrato de compraventa. ¿Por qué? Dijo la Corte: "En efecto, si la cláusula relativa a la gestión encaminada a obtener el perfeccionamiento del crédito ante la Corporación señalada goza de pleno valor por cuanto fue incorporada al negocio de venta, y como se dijo antes no cabe hablar de la nulidad que alegó el censor, todo hace deducir que el deber de gestionar no culminaba el 9 de octubre de 1980, fecha de la solemnidad de la venta y de la entrega material del inmueble a los compradores, por cuanto el plazo para ello comenzaba a partir de la entrega material del bien y por un lapso de sesenta días; carecía por tanto de sentido práctico considerar que los negociantes estipularon o convinieron un término para adelantar la actuación concerniente al perfeccionamiento de un crédito que otorgaría un tercero a los que compraron el bien y de otro lado ese plazo fuese innecesario en vista de que de inmediato dicho tercero manifestó que aceptaba lo que erróneamente denominó subrogación, es decir, la sustitución parcial de INCICO LTDA. por Guillermo Quintero y Amanda de Quintero en la relación contractual hipotecaria que se constituyó por medio de la escritura pública Nº 333 de 18 de febrero de 1980 y su correspondiente registro el día 20 de ese mismo mes". En otras palabras dice la Corte que el comprador no gestionó el perfeccionamiento del crédito porque el día en que firmó la escritura de compraventa y el tercero acreedor aceptó la sustitución parcial del deudor comenzaba apenas el término para obtener ese consentimiento, luego mal podía obtenerlo antes. La tesis de la Corte para cimentar sobre ella la resolución del contrato es simplemente absurda. Es afirmar que las obligaciones a plazo no se pueden cumplir sino una vez vencido el plazo. El pago hecho antes de vencido el plazo es válido (art. 1552 del C. C.) y el deudor puede renunciarlo (art. 1554 *ibídem*). Decir entonces que no cumplió con la gestión de perfeccionar el trámite del crédito porque el día en que la Corporación compareció a aceptar, apenas empezaba a correr un plazo, es desconocer la realidad de las cosas y partir de un supuesto absolutamente ilegal, que por serlo se torna en una fuente de injusticia.

De si se cumplió o no por el comprador con la obligación de gestionar la sustitución de deudor debe responder el resultado, jamás el tiempo en que ese resultado se produjo, en la medida en que haya sido antes del vencimiento del plazo. Entonces, ¿gestionó, sí o no, el comprador el perfeccionamiento de la sustitución del deudor? Veamos lo que reza la escritura de compraventa: "*Sexto*: El vendedor garantiza que el inmueble se encuentra libre de embargos, pleitos pendientes, arrendamientos por escritura pública, patrimonio inembargable de familia y en general limitaciones de dominio, pero sí afectada por hipoteca a favor de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda, constituida por escritura pública Nº 333 de dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta (1980) de la Notaría Segunda de Ibagué, registrada el día 20 de febrero de 1980, *obligación de la cual se subroga parcialmente el comprador* hasta por la suma de cuatrocientos noventa mil pesos ($ 490.000.oo) moneda corriente, el vendedor se obliga al saneamiento de esta evicción y vicios redhibitorios según la ley

sustantiva. *Séptimo:* Que el precio de la venta es la suma de ochocientos mil pesos ($ 800.000.oo) moneda corriente, que el comprador se obliga a pagar así: a) la suma de doscientos diez mil pesos ($ 210.000.oo) moneda corriente, en dinero efectivo y los cuales declara recibidos la sociedad vendedora de manos de los compradores a entera satisfacción; b) La suma de cuatrocientos noventa mil pesos ($ 490.000.oo) moneda corriente, *por subrogación hasta por dicha suma de la obligación hipotecaria* a que se refiere el numeral 6º de esta minuta; c) La suma de cien mil pesos ($ 100.000.oo) moneda corriente, a la firma de la presente escritura. *Octavo:* La sociedad vendedora hace entrega real y material del inmueble materia de esta venta al comprador quien lo declara recibido a su entera satisfacción. *Noveno:* El contrato promesa de venta del inmueble forma parte de esta escritura. Presente Manuel Guillermo Quintero Benavides y Amanda Gallo de Quintero, mayores de edad, vecinos de Ibagué, identificados con las cédulas de ciudadanía números 2.213.927 y 28.509.265 ambas de Ibagué, y el varón sin exhibir libreta de servicio militar por ser mayor de cincuenta años, a quienes el suscrito Notario conoce personalmente de lo cual doy fe y expusieron: a) Que tienen recibido el apartamento que adquieren a plena satisfacción; b) Que aceptan la presente escritura y la venta que en ella contiene; c) Que conocen y aceptan el régimen de propiedad horizontal constituido por escritura pública número mil setecientos cuarenta y uno (1741) de julio siete (7) de mil novecientos ochenta (1980) de la Notaría 2ª de Ibagué y asume las obligaciones que de él se derivan especialmente de las establecidas en el reglamento de copropiedad. Presente la doctora Luz Angela Jaramillo de Alvarez, mayor de edad, domiciliada en Ibagué, identificada con la cédula de ciudadanía Nº 28.536.690 expedida en Ibagué, quien obra en nombre y representación de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda, sociedad domiciliada en Bogotá D. E., con permiso de funcionamiento concedido por Resolución Nº 2373 de 1972 del Superintendente Bancario, protocolizada mediante escritura Nº 4701 de septiembre de 1972 de la Notaría Cuarta del Círculo de Bogotá, en su calidad de Gerente de la Sucursal de Ibagué, como se acredita con el certificado de la S.B. que se protocoliza, manifestó: Que acepta la subrogación contenida en la presente escritura". Visto lo anterior, ¿será posible afirmar que no se gestionó ante "Granahorrar" lo relacionado con la aceptación de la sustitución parcial de deudor? Evidentemente no. ¿Qué hace falta para que el comprador quede constituido como nuevo deudor, en la suma expresada, en reemplazo del vendedor? Nada. Obsérvese, de otra parte, que el crédito ya existía, ya el dinero lo había recibido la sociedad vendedora, desde febrero. Para que opere el cambio de deudor no se requiere ningún otro requisito que el acreedor lo acepte, como lo aceptó. Afirmar, entonces, que no se había perfeccionado el cambio de deudor porque para gestionarlo había un plazo es un argumento absolutamente inaceptable. Me atengo al texto de la escritura que dejo transcrito.

¿Por qué "Granahorrar" aceptó al nuevo deudor en reemplazo del antiguo? Allá ella. ¿Qué garantía le exigió? La obvia. Que el nuevo dueño, una vez constituida la propiedad horizontal, cosa que ocurrió el 7 de julio inmediatamente anterior, hipotecara el apartamento recién adquirido, como en efecto hipotecó. Si la hipoteca era abierta o por suma fija y cualquier otra circunstancia entre el nuevo deudor y el acreedor, son cosas que para nada modifican las relaciones entre vendedor y comprador, son cuestiones que atañen exclusivamente a deudor y acreedor.

¿Qué ocurrió con posterioridad a la aceptación del cambio de deudor? Que la entidad acreedora no le quiso recibir al nuevo deudor los intereses del mes subsiguiente a la escritura. ¿Ello influye de alguna manera en las relaciones entre vendedor y comprador? En modo alguno. Si le pagó o no intereses al acreedor, que era "Granahorrar", ello puede incidir en el desarrollo del contrato de mutuo, pero para nada afecta el de compraventa, que en materia de precio presenta una situación según la cual la obligación del com-

prador quedó totalmente extinguida. Por tanto, si nada debía de precio, mucho menos podía deber el comprador intereses al vendedor. ¿Intereses por qué concepto? Con tanto mayor razón se debe predicar lo anterior si se observa que el motivo por el cual la entidad acreedora no le recibió intereses al nuevo deudor, fue porque la obligación, cuando era de cargo del vendedor ya antiguo deudor por suma mayor, estaba en mora de pagar intereses. Desde luego que la Gerente de "Granahorrar" hubiese podido negar la aceptación del nuevo deudor mientras el antiguo no hubiese estado al día en el pago de la deuda respecto de la cual hubo una sustitución parcial de deudor. Pero si pese a ello lo aceptó, estaba en su pleno derecho, y esa situación anterior en nada puede modificar las relaciones que surgieron de la compraventa, que quedaron extinguidas totalmente por pago del precio.

Si uno se detiene a examinar por qué razón el Tribunal decretó la resolución, si por falta de pago del precio o por falta de pago de intereses, concluye que fue por ambas razones. En efecto, dijo el Tribunal: "... aparece evidente que, el mismo demandado Manuel Guillermo Quintero Benavides confiesa no haber pagado dos meses de intereses y confiesa igualmente que no obtuvo el crédito en Granahorrar, dentro del plazo de sesenta días a que se había obligado". Tamaño error del Tribunal. Afirmar que el comprador no obtuvo el crédito, cuando de la simple lectura de la escritura se advierte que hubo sustitución de deudor aceptada por el acreedor, es pretermitir totalmente ese instrumento como prueba. Si el fallador de segundo grado hubiese leído esa escritura habría advertido que el precio de la venta quedó totalmente pagado cuando el comprador sustituyó el vendedor en una deuda que éste tenía con un tercero, con su expresa aceptación. Y siendo ello así, si el precio se pagó en tal forma, ¿de dónde salía a deberle intereses al vendedor? Tales yerros, ostensibles, graves, han debido determinar el quiebre de la sentencia, porque en las circunstancias descritas la resolución surge como un remedio a todas luces injusto. Lamento sinceramente no haber tenido el poder de convicción suficiente para haber movido a los colegas de la Sala en tal sentido. Puedo decir con el Apostol: He librado la buena batalla, he conservado la fe.

Bogotá, 16 de febrero de 1984.

Jorge Salcedo Segura.

NULIDAD PROCESAL

a) Omisión del término para pedir pruebas: El término adicional del artículo 399 del Código de Procedimiento Civil se refiere al demandante

b) Indebida representación: configura causal de nulidad y no inepta demanda

La nulidad sólo puede ser alegada por el afectado con ella

TESTIGOS SOSPECHOSOS

El solo parentesco no es suficiente para desatender el testimonio. La tacha debe formularse oportunamente. Apreciación razonada y científica del juzgador en cada caso concreto

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., febrero veintidós de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 10 de marzo de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este proceso ordinario instaurado por Elvia Rosa Dioselina López de Eraso contra Marcos Augusto Cabrera Ravelo, como heredero de Luis Antonio Cabrera Pantoja.

I
El litigio

1. Mediante escrito de 28 de marzo de 1980 la citada López de Eraso demandó al mentado Cabrera Ravelo, en su calidad de heredero de Luis Antonio Cabrera Pantoja, ante el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres a fin de que, previos los trámites del proceso ordinario de *mayor cuantía,* se hiciesen las siguientes o similares declaraciones y condenas:

Que la demandante, *hija natural* de Luz Angélica López Paredes y nacida el 22 de agosto de 1941, lo es también de Luis Antonio Cabrera Pantoja; que como tal tiene derecho a la herencia de éste, en su calidad de legitimaria y por ende a intervenir en la *sucesión* de su padre; que, en consecuencia, se condene al demandado a *restituir* a la demandante, junto con los frutos naturales y civiles producidos, la mitad de los bienes que forman el acervo herencial del mentado Cabrera Pantoja; que se disponga que la partición y adjudicación de la herencia, lo mismo que la correspondiente sentencia aprobatoria si ya se hubiere dictado, "son inoponibles o no afectan a la demandante"; que se tome nota del reconocimiento de paternidad suplicado, en el acta de nacimiento de la demandante; y, por último, que se condene al demandado en las costas procesales.

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

Que los citados Luis Antonio Cabrera Pantoja y Luz Angélica López Paredes, que a la sazón era soltera, mantuvieron rela-

ciones sexuales estables y permanentes en la región de Albán, del municipio nariñense de Túquerres; que fruto de dicha convivencia fue la procreación de Elvia Rosa Dioselina López, cuyo nacimiento ocurrió en esa misma ciudad el 22 de agosto de 1941; que desde cuando ésta nació y hasta la muerte de Luis Antonio, ocurrida en esa ciudad el 3 de marzo de 1980, éste trató a aquélla como hija suya, atendió a su subsistencia y la presentó en esa calidad a amigos, parientes y relacionados; que ocurrido el óbito de Cabrera Pantoja, quien murió célibe, el Juzgado Civil del Circuito de allí declaró abierto y radicado su proceso sucesorio por auto de 13 de marzo de 1980; y que en dicha mortuoria se reconoció al demandado como heredero del causante, en su calidad civil de hijo natural suyo.

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a todas las súplicas de su demandante; y en cuanto a los hechos, salvo los atinentes a la muerte del causante y al trámite de su sucesorio, los cuales sí aceptó como ciertos, negó los demás, particularmente los referentes a las relaciones sexuales y a la posesión notoria alegadas en la demanda.

En esa misma oportunidad el demandado, aunque sin fundarlas en hechos concretos, propuso como de mérito las excepciones que denominó "inexistencia total del derecho demandado", "incapacidad de la demandante para reclamar otro estado civil diferente al que haya aceptado o había aceptado anteriormente", y la "ignominada" (sic).

4. Replicada en tales términos la demanda, se continuó luego la ritualidad de la primera instancia del proceso con la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes y las que el juzgado oficiosamente decretó.

Más tarde el juzgado del conocimiento, que como está dicho lo fue el Civil del Circuito de Túquerres, dictó su sentencia de 18 de noviembre de 1982, mediante la cual declaró a la demandante como hija natural del finado Luis Antonio Cabrera Pantoja; dispuso, como consecuencia, que tiene derecho a la herencia de su padre en concurrencia con el demandado y en la cuota correspondiente; condenó por tanto al demandado a restituirle los respectivos bienes, junto con los frutos producidos a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda; ordenó inscribir en el registro del estado civil el reconocimiento de paternidad natural hecho; resolvió que son inoponibles a la demandante "la adjudicación de la herencia hecha en favor de Marcos Cabrera, la sentencia aprobatoria y el registro de la misma, en lo que a su cuota hereditaria se refiere"; y, por último, impuso al demandado las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por el demandado contra lo así resuelto el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el que, luego de haber rituado el trámite de la instancia, profirió su sentencia de 10 de marzo del pasado año por la cual confirmó la apelada e impuso las costas al apelante.

II

Los fundamentos del fallo de segunda instancia

1. Luego de observar que no advierte reparo qué formular a los presupuestos del proceso ni motivo de nulidad que invalide la actuación, en el proemio de las consideraciones de su sentencia de mérito el Tribunal de Pasto precisa el alcance que, según el Código de Procedimiento Civil hoy vigente, tiene la facultad del Juez para decretar pruebas de oficio, amplia iniciativa que debe ejercer, dice, para "evitar sentencias inhibitorias, precaver que se produzcan nulidades y controlar, a todo trance, cualquier tentativa de fraude procesal".

Considera el *ad quem* que con este razonamiento deja "sin piso la extrañeza que le causa al apoderado del demandado el hecho de que el Juez *a quo* hubiese traído al plenario una prueba no pedida por la demandante, esto es, su partida civil de nacimiento, para acreditar que su madre, cuando la concibió y dio a luz, era mujer soltera, por cuya razón la demandante está

legitimada para impetrar la filiación extramatrimonial pretendida".

2. Acomete en seguida el Tribunal el análisis de la pretensión de paternidad natural, que es la que encuentra deducida principalmente en la demanda inicial del proceso; estima que al efecto la demandante invocó dos 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 la peticionante, por la época de la concepción de ésta; y la posesión notoria del estado de hijo.

Con cita de los pertinentes artículos de la Ley 75 de 1968 y de doctrinas de la Corte al punto, precisa la naturaleza, fines y requisitos de tales dos presunciones de paternidad, y determina los modos o maneras de demostrar en juicio los hechos sobre que ellas se edifican.

3. Amparado en la prueba testimonial practicada, de la cual hace alusión expresa a las declaraciones juradas rendidas por Campo Elías Betancur, José Eusebio Pantoja, Gema Portilla López, José Carlos Maya, Servio Tulio Ordóñez Viteri, Vicente Portilla, Peregrino Pantoja, Segundo Florentino Leyton y María Isabel Basante, transcribiendo de ellas sus pasos trascendentes, el sentenciador de segundo grado, prohijando el criterio que al respecto expuso el Juez de la primera instancia, da por establecida en este caso la posesión notoria del estado de hija natural que con relación al causante tiene Elvia Rosa Dioselina López.

Para reforzar su conclusión que en el punto saca, el *ad quem* cita los testimonios, haciendo énfasis en su contenido, rendidos por los hermanos del causante Luis Antonio Cabrera, o sea Juan, Alberto, Segundo, Mercedes, María Adela, Victoria, José Carlos y Anselmo Cabrera, quienes, dice el sentenciador, "dan testimonio detallado de la manera como Luis Antonio no sólo trataba como hija a Elvia Rosa Dioselina López, sin disimulo, sino que la apoyaba económicamente, hasta el punto de que le ayudó a construir una casa de habitación".

Analizando globalmente esta prueba testifical el Tribunal de Pasto la encuentra digna de credibilidad, puesto que, asevera, "a la luz de la sana crítica resulta convincente, por cuanto que no existe prueba que demuestre el torvo interés en faltar a la verdad, como hubo de insinuarlo el apoderado del demandado, cuyas pruebas, de tipo testimonial, se endilgaron curiosamente à demostrar que no les constan los hechos que sirven de sustento à la filiación reclamada, como si esto fuera relievante en un debate judicial, en el que al demandado sólo le incumbe acreditar los hechos constitutivos de las excepciones de mérito, tendientes a enervar las pretensiones del actor, que, como se sabe, en esta clase de controversias son taxativas, por mandato expreso de la Ley 75 de 1968, es decir, o probando la *exceptio plurium constupratorum* al tiempo de la concepción, o acreditando que el presunto padre estuvo en imposibilidad de tener acceso a la mujer madre del hijo que reclama la filiación extramatrimonial, o en incapacidad de engendrar".

4. Deducida pues por él la prosperidad de la acción de estado, estima el Tribunal que también debe tener acogida la pretensión hereditaria ya que, añade, frente a ella no ha operado el fenómeno de la caducidad de tal derecho, puesto que el fallecimiento del padre ocurrió el 3 de marzo de 1980 y la notificación del auto admisorio de la demanda se cumplió el 28 de mayo de ese mismo año.

III

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación el demandado. En la correspondiente demanda el recurrente formula contra dicho fallo tres cargos: el primero y el último con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y el segundo dentro de la órbita de la quinta, que la Corte procede a examinar y despachar en el orden que impone la lógica.

Cargo segundo

1. Mediante éste el impugnador acusa la sentencia del Tribunal de Pasto de haber sido pronunciada en un proceso viciado de *nulidad,* por haberse pretermitido un término para pedir pruebas, al tenor del numeral 6 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil. Solicita en consecuencia que la Corte, luego de quebrar la sentencia recurrida en casación, *declare la nulidad* de este proceso "desde que se profirieron las providencias o decretamientos de pruebas...".

2. Desenvolviendo esta censura, expresa el casacionista que en el presente proceso el Juez de la primera instancia no procedió como se lo indica el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil, según el cual cuando el demandado en el proceso ordinario de mayor cuantía propone excepciones que no tengan el carácter de previas, "el escrito se mantendrá en la secretaría por cinco días a disposición del demandante, para que éste pueda pedir pruebas sobre los hechos en que ellas se fundan".

Dice el impugnante que tal omisión implica la violación del derecho de defensa "de ambas partes litigantes", pues que no se les dio oportunidad "para pedir pruebas, tendientes a la demostración o desvirtuamiento de los hechos..., atinentes a la discusión planteada con la formulación de la excepción de 'inexistencia total del derecho demandado'; e 'incapacidad de la demandada para reclamar otro estado civil'...".

Considera el recurrente, y así lo expresa en su demanda de sustentación del cargo, que se incurrió pues en este caso en la nulidad prevista por el numeral 6 del artículo 152 de la codificación antecitada, nulidad "que no puede considerarse saneada, por no haber ocurrido en el proceso los supuestos de que trata el artículo 156 *ibídem,* porque dado este vicio procesal, de todas maneras queda violado el derecho de defensa, ya que la falta de traslado de las excepciones de mérito referidas, impedía el cumplimiento de la finalidad con que ellas se propusieron, si, por otro lado, no se daba oportunidad para pedir pruebas para acreditar o desvirtuar su fundamento".

Se considera:

1. *Siguiendo el pensamiento de reglamentar con mayor amplitud los motivos de* nulidad procesal, *pero siempre orientado por el criterio taxativo o de la especificidad, el legislador de 1970, mediante el numeral 6 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, elevó a la categoría de nulidad general en el proceso la omisión de "los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión", que es justamente el motivo de nulidad procesal aquí invocado, y cuyo fundamento estriba en verdad en la violación del derecho de defensa que como garantía fundamental establece la Constitución Nacional.*

En razón de su fundamento jurídico este motivo de nulidad, como todos los demás, subordina su procedencia en casación a que lo proponga la parte legitimada para ello, o sea la que resulte perjudicada con la omisión. Así se infiere de la preceptiva contenida en los artículos 155 y 156 ibídem, *pues solamente la parte a la que se le ha vulnerado su derecho de defensa con la omisión del término de prueba puede invocarla en su favor, y si siéndole posible no lo hace, la irregularidad se considera saneada y no constituye, por ello, causal de casación.*

2. *El término adicional para pedir pruebas a que alude el artículo 399* ibídem, *o sea cuando el demandado en el proceso ordinario propone oportunamente excepciones de mérito, es, como parece obvio pensarlo, en favor "del demandante" y no del demandado, pues su finalidad específica es dar a aquél la oportunidad de contraprobar los hechos exceptivos alegados; éste, el demandado, ha gozado de esa oportunidad al presentar el escrito de contestación a la demanda, en el que debe pedir los elementos de prueba de tales hechos.*

Como en el caso presente es el demandado excepcionante, que no el demandante, quien reclama la aplicación del artículo 399 citado, para que se de a su contraparte

un término adicional para que ésta "pueda pedir pruebas sobre los hechos" en que las excepciones se fundan, la preceptiva legal apuntada indica que el recurrente en casación carece de interés para alegar esa presunta irregularidad.

Se desestima pues esta censura.

Cargo primero

1. Con él se acusa la sentencia de segundo grado de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1º, 4º y 6º de la Ley 45 de 1936, tal cual quedó ésta con la reforma de 1968, 8º de la "Ley 45 de 1932" (sic) y 1321 del Código Civil, como consecuencia del error de hecho evidente en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de la demanda con la cual se inició el proceso.

Asevera el censor que como dicha demanda no está en forma, lo que no vio el sentenciador *ad quem*, éste "decidió el fondo de la cuestión debatida, o pronunció fallo de mérito, cuando lo que debió hacer era proferir sentencia inhibitoria".

2. A intento de demostrar el cargo que formula el impugnador, luego de recordar que en la demanda la demandante solicita la declaración de que es hija de *Luis Antonio Cabrera Pantoja*, expresa que no se acompañó a dicho libelo "como anexo poder para que su artífice instaurara la acción... que se depreca...", puesto que el que se acompañó "es un poder que se da para que se pida que 'soy hija natural del señor Luis Alfredo Cabrera Pantoja...'".

Considera el impugnador de la sentencia, y así lo asevera en sustento de esta censura, que no se puede tomar a Luis Antonio por Luis Alfredo, para deducir que sí existe poder suficiente; y que ver, "con el poder que milita al folio 14 del cuaderno principal, el anexo que debió acompañarse a la demanda, es cometer el sentenciador un error de hecho protuberante, que incide en su conclusión de que aparecen en el proceso cumplidos los requisitos de validez para configurarse la relación jurídico procesal, indispensable para emitir un fallo de fondo".

Se considera

1. *Apoyado como viene este cargo en la causal primera de casación, al leer la sustentación que de él hace el censor aparece con nítida evidencia la falta de correspondencia entre ésta y aquélla; porque tomando como base para la censura una causal consagrada para corregir un yerro* in judicando, *cual es la violación de la norma jurídica sustancial, el ataque se desarrolla acusando un error* in procedendo, *consistente en la indebida representación de una de las partes.*

Para calificar de inepta la demanda no dice el casacionista que ésta no cumpla los requisitos de forma exigidos por los artículos 75 y 76 del Código de Procedimiento Civil, o que traiga acumuladas indebidamente pretensiones, que son las hipótesis en que se da la ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma, sino que a la presentada no se acompañó el poder para iniciar el proceso, omisión que, en caso de existir, configuraría la causal de nulidad prevista en el numeral 7 del artículo 152 ibídem, *o sea, "indebida representación de las partes". Se trataría, en esa hipótesis, de un error de actividad procesal y no de un yerro de juzgamiento.*

La resultante de esa extraña manera de impugnar la sentencia es un hibridismo que choca con el elemental postulado de la técnica de este recurso extraordinario, conforme al cual se atribuye autonomía e individualidad propia a cada una de las causales de casación, por lo que, como consecuencia, no puede quedar a voluntad del recurrente alcanzar que el cargo que sería indemostrable por la causal que en derecho le sería propia, venga a ser próspero con sólo cambiar la nomenclatura del motivo invocado.

2. No aparece demostrado que los nombres Luis Alfredo Cabrera Pantoja, como se expresa en el poder con que se inició el proceso; Luis Antonio Cabrera Pantoja, como se dice en la demanda; y Luis A. Cabrera Pantoja, como se denomina al causante en la mayoría de los actos procesales surtidos, correspondan a personas diferentes. Antes bien, como lo dio por aceptado

el propio demandado durante toda la tramitación del incidente de excepciones previas por él propuestas, tales tres nominaciones corresponden a una sola persona, o sea a su padre.

Siendo ello así no puede decirse, como lo asevera el impugnador, que es indebida la representación de la demandante, pues que, *como lo establece el numeral 7 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, tal causal de nulidad solamente se configura cuando, tratándose de apoderados judiciales, hay "carencia total de poder para el respectivo proceso", circunstancia que no se da en el presente caso* por existir en él el mandato que la demandante confiere para que un abogado por ella elegido actúe en su nombre.

3. Y si por vía de hipótesis se pudiera decir que el anterior argumento no es válido y que por ende sí se da la indebida representación alegada, *para rechazar el cargo habría que recordar que desde vieja data viene sosteniendo esta Sala que tal irregularidad procesal, como nulidad de la actuación, no puede ser invocada en casación sino por el litigante que no estuvo debidamente representado. Y esta doctrina no sólo no ha perdido vigencia, sino que cobra mayor vigor ante los claros términos del artículo 155* ejúsdem, *conforme al cual "la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada".*

Como el aquí recurrente en casación no es la persona que en su demanda dice estuvo mal representada en el proceso, el ordenamiento legal a que corresponde la doctrina antes citada proporciona fundamento suficiente para rechazar el cargo.

Cargo tercero

1. Por él, el recurrente acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria, también por aplicación indebida, de los mismos preceptos legales sustanciales señalados en el cargo anterior, pero indicando aquí como causa de dicha infracción el error de hecho evidente en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de la prueba testimonial que tomó en apoyo de su decisión.

2. En su análisis crítico que a la apreciación por el Tribunal de las declaraciones de Campo Elías Betancur, José Eusebio Pantoja, Gema Portilla López, José Carlos Maya, Servio Tulio Ordóñez, Vicente Portilla, Peregrino Pantoja, Segundo Florentino Leyton y María Isabel Basante, lo mismo que a la de los hermanos del causante, asevera el casacionista que es equivocado su juicio cardinal consistente en que con tales testimonios se demuestra la posesión notoria "de la demandante, ostentada por la misma y conferida por el pretenso padre natural, por un lapso de tiempo continuado de cinco años".

Concretando los yerros de facto que enrostra a la sentencia que combate, dice que ellos consistieron en:

a) No haber visto que en el "proceso existe prueba en contrario", o sea la que infirma la posesión notoria inferida, y cita como tal "la tarjeta de felicitación en su onomástico; que dirigió la demandante a Luis Antonio Cabrera, diciéndole al final: 'le deseo mis más sinceras felicitaciones con motivo de su onomástico con todo cariño de parte de Elvia Rosa', sin decirle pues, como era lógico, si entre los dos había un trato de padre a hija y viceversa... que le deseaba sinceras felicitaciones con todo cariño de parte de su hija"; y las declaraciones de renta de Luis Antonio Cabrera, en las cuales éste confiesa que el aquí demandado es hijo natural suyo, pero no hace lo mismo en relación con la demandante. Si la afirmación de la demandante fuese cierta, dice el recurrente, "el presunto padre natural también hubiera declarado como hija a Rosa Elvia en sus mentadas declaraciones, quien para entonces, por haber sido soltera, y si su padre la trataba como tal, debía hallarse a su cargo, años de 1977 y 1978";

b) Haber apreciado erróneamente los testimonios primeramente citados, o sea los de Betancur, José Eusebio Pantoja, Gema Portilla, Carlos Maya, Hernando Pantoja, Vicente Portilla y Servio Tulio

Ordóñez, puesto que estos testimonios, "en sí mismos, son contradictorios, vagos e incompletos, y en forma alguna demuestran los presupuestos legales configurativos de la posesión notoria de estado civil de hijo extramatrimonial, y además no merecen, entonces, credibilidad"; y

c) Haber apreciado también indebidamente las declaraciones juradas rendidas en el proceso por los hermanos del causante, o sea por Juan Bautista, Alberto, José Carlos, Segundo, Mercedes, María Victoria, María Adela y Anselmo Cabrera Pantoja, lo mismo que la de María Isabel Leonor Basantes, porque el Tribunal "los considera testigos que merecen credibilidad existiendo un grave error de hecho, en esta conclusión. Sería injusto pensar, expresa el censor, que los deponentes que bajo juramento manifiestan tener parentesco de hermanos y sobrinos del presunto padre, estén rindiendo testimonio bajo circunstancias ajenas a toda sospecha. Y en vista de la sospecha que surge *prima facie*, para declarar en dichas personas según el parentesco que aparece comprobado, por confesión de las mismas, su testimonio está afecto de parcialidad, con relación a la demandante que pretende reconocimiento de ser hija natural de Luis Antonio Cabrera Pantoja".

3. Rematando la formulación de este cargo, dice el impugnador que la sentencia por él combatida, debido a "los errores de hecho cometidos por el Tribunal al apreciar la prueba testimonial de que se sirvió para despachar favorablemente la demanda, le da a ésta un valor demostrativo de que carece. Y, por haber dádole tal valor, y así, reconocer a la demandante como hija natural de Luis Antonio Cabrera Pantoja, violó las disposiciones sustanciales precisadas, porque no era del caso hacerlas jugar en la solución del litigio...".

Se considera

1. Además de otros que también tomó en apoyo de su decisión, el Tribunal de Pasto encontró responsivos, exactos y completos los testimonios que, afirmando ser hermanos del causante, rindieron Juan Bautista, Alberto, Segundo, Mercedes, María Adela, Victoria, José Carlos y Anselmo Cabrera P. y por consiguiente, con base en sus dichos, dio por demostrada la posesión notoria del estado de hija natural que relativamente a Luis Antonio Cabrera Pantoja invocó la demandante como fundamento de su paternidad reclamada. Dijo además el sentenciador que tales declaraciones le merecían credibilidad "por cuanto no existe prueba que demuestre el torvo interés en faltar a la verdad".

En verdad que, como lo preceptúa el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, la ley considera como sospechosas para declarar, entre otras personas, a las que "en concepto del Juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco", motivo de sospecha que obedece a un interés en faltar a la verdad que se supone existente en el declarante. Pero como es evidente que la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de un litigante no conduce necesariamente a deducir que ellos irremediablemente falten a la verdad, esa misma ley otorga al Juez un poder amplio de apreciación de tales testimonios, "de acuerdo con las circunstancias de cada caso".

Por consiguiente, inspirándose en los principios científicos de la apreciación racional de la prueba y atendiendo a los caracteres relevantes del pleito, lo mismo que a la conducta observada por las partes, puede el Juez formar libremente su convencimiento en torno a los hechos que juzga con el dicho de testigos parientes de las partes; porque aceptar o rechazar el testimonio de quien es pariente de uno de los litigantes es, al fin y al cabo, decisión que corresponde al ámbito de apreciación razonada y científica del juzgador, y como tal resulta inatacable en casación mientras no se demuestre que tal apreciación es contraria ostensiblemente a la evidencia de los hechos o notoriamente ilógica, infundada u opuesta a la verdad de los mismos. En todo caso, la sola consideración del parentesco no es suficiente para desatender el testimonio.

2. Que es lo que ocurre justamente en el presente caso, pues que si bien es cierto que los declarantes afirmaron ser hermanos de Luis Antonio Cabrera Pantoja, padre natural de la demandante, no lo es menos que el juicio del sentenciador en punto a estos testimonios, para terminar dándoles credibilidad, no aparece contraevidente a la verdad que los hechos demuestran, ni puede seriamente decirse que es ilógico u opuesto a la realidad procesal surtida.

No puede olvidarse que los declarantes, que en sus deposiciones afirmaron ser hermanos de Luis Antonio Cabrera Pantoja, resultan por esto ser simultáneamente parientes y en el mismo grado de demandante y demandado, desde luego que a Marcos Augusto Cabrera Revelo se le ha llamado a este proceso en su calidad civil de hijo natural de aquél. Y si el parentesco existe tanto con demandante como con demandado no se ve, en esta especial circunstancia, la razón para que pueda afirmarse, como lo hace el recurrente, que el interés de tales testimonios está del lado de la demandante.

3. *Establece el artículo 213 de la codificación antecitada que, relativamente a los testigos sospechosos, cada parte puede tachar los citados por la otra; y que "la tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a éstos, que se practicarán en la misma audiencia", facultad ésta que en verdad no ejercitó el demandado en la oportunidad que la ley indica al efecto.*

Y si la tacha de testigos por sospecha no se formula a su debido tiempo por el litigante en cuyo perjuicio colige la ley que se sentiría inclinado a declarar el testigo afectado por ella, ya no será procedente alegar en casación los motivos de sospecha testimonial, desde luego que, según la preceptiva contenida en los precitados artículos 217 y 218, sin presentar la tacha el Juez no puede declararla de oficio, así la encuentre probada.

4. Habiendo salido incólumes las apreciaciones que el Tribunal *ad quem* hizo de las declaraciones juradas de los hermanos Cabrera P., la Corte se considera relevada del deber de estudiar el cargo formulado contra los demás testimonios rendidos en el proceso, puesto que aun en el evento de que las censuras frente a éstos salieran victoriosas, la sentencia impugnada no podría casarse por encontrar fundamento suficiente en aquéllos.

Pero si fuere menester hacer el análisis objetivo de las declaraciones testimoniales de Campo Elías Betancur, Gema Portilla, Servio Tulio Ordóñez, María Isabel Basante, Vicente Portilla, José Carlos Maya y Segundo Florentino Leyton, habría que decir que con ellos, por ser exactos, responsivos y completos, también queda acreditada la posesión notoria de hija natural que con relación a Luis Antonio Cabrera Pantoja alega tener la demandante; y que, por lo consiguiente, tampoco existe el error de hecho que en la apreciación de tales testimonios le enrostra el casacionista a la sentencia que combate.

5. Cabe observar, finalmente, que del hecho de que el causante Cabrera Pantoja no haya denunciado en sus declaraciones de renta de los años de 1977 y 1978 a la demandante como hija suya, no puede seguirse necesariamente que ésta no tenga ciertamente esa filiación. El silencio al respecto del autor de esos documentos no puede, ni por asomo, constituirse en prueba que infirme los hechos plenamente demostrados en el proceso; precisamente, por no haber sido reconocida como hija suya por su padre, la demandante ha tenido que acudir a que se investigue judicialmente su paternidad y esa es la razón de ser de este proceso.

Como tampoco puede ser prueba en contrario la circunstancia que el casacionista apunta frente a la "tarjeta de felicitación de onomástico", visible al folio 21 del cuaderno Nº 1, pues de que de su contexto no

aparezca frase alguna que haga verosímil la existencia de relación paterno-filial entre el destinatario y la remitente de dicha misiva, no puede inferirse inequívocamente que tal relación de parentesco no existió.

6. Corolario obligado de lo expuesto es, entonces, que el cargo, por ninguno de los aspectos en que viene formulado, está llamado a prosperar.

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 diez de marzo de mil novecientos ochenta y tres, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este proceso ordinario.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente.

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

Horacio Montoya Gil, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

PRESCRIPCION EXTINTIVA

Interrupción y renuncia. La renuncia efectuada antes del plazo establecido para que la prescripción produzca efectos, equivale a la interrupción

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., febrero veintiocho de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

I

El proceso

La sociedad Alfredo Steckerl e Hijos Ltda. celebró con la Flota Mercante Grancolombiana un contrato de transporte marítimo por virtud del cual ésta se obligó *a transportar* por cuenta de aquélla 109 canales de hierro en "U" desde Puerto Kobe, Japón, hasta Barranquilla. En los respectivos sobordos expedidos por la Flota consta que la carga fue recibida y embarcada en el buque "Star of Kuwait" el 10 de junio de 1974.

La mercancía tuvo un costo de 5.752,15 dólares.

En el reverso del sobordo expedido por la Flota, en letra muy pequeña, se estipuló que el término de prescripción sería de un año, en vez del que establece el artículo 933 del Código de Comercio (cláusula 13).

El 23 de octubre siguiente, la Transportadora Grancolombiana, agente de la Flota, expidió el certificado definitivo de pérdida de la mercancía. Esta certificación fue corroborada por Puertos de Colombia el 7 de enero de 1975.

El 28 de noviembre siguiente, o sea, transcurrido más de un año de cuando ha debido entregarlas, la Flota ofreció como indemnización por las mercancías la cantidad de $ 91.487,94.

Con fundamento en los hechos anteriores de los que hay adecuada prueba en el expediente, la sociedad remitente demandó a la transportadora el 30 de junio de 1978. El auto admisorio del libelo se notificó el 9 de agosto de ese año. Es decir, a grandes rasgos, tres años después de vencido el término de prescripción contractual y dos años del legal.

En la demanda se solicita la indemnización por pérdida de la mercancía transportada, por su valor en dólares, o su equivalente en moneda colombiana en la fecha del pago, según el artículo 248 del Decreto 444 de 1967, con sus intereses, el valor de los fletes, más el 25% del valor de uno y otro, según el artículo 1031 del Código de Comercio.

Al contestar la demanda la Flota propuso, entre otras, la excepción de prescripción que el juzgado de primera instancia declaró probada. Apelada que fue esta sentencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la revocó y en su lugar condenó a la Flota a las indemnizaciones solicitadas, advirtiendo que la liquidación de las partidas en dólares se haría al cambio vigente cuando se debió entregar la mercancía.

II

Motivación del fallo recurrido

El Tribunal comienza por narrar los antecedentes del proceso y luego de analizar los elementos de juicio allegados a los autos, expresa que está plenamente

acreditada la obligación indemnizatoria de orden contractual que la sociedad demandante pretende deducir a la Flota Mercante Grancolombiana.

Acomete enseguida el estudio de las excepciones de fondo propuestas por la Flota y llega a la conclusión de que ninguna de ellas está demostrada. En cuanto a la de prescripción, que es la que interesa para decidir el caso *sub júdice*, observa que la que establece el artículo 993 del Código de Comercio para el contrato de transporte es de dos años, pero que en el conocimiento de embarque se ve que las partes estipularon en este caso que dicho término sería apenas de un año, lo cual considera que válidamente podían hacerlo. Que en cambio, lo que no puede hacerse, es renunciar anticipadamente a la prescripción o alargar el término que haya establecido la ley para que élla se produzca.

Sobre este último tema el sentenciador hace diversas consideraciones de orden jurídico, con citas de autores nacionales y franceses. "Se trata entonces —se lee en el fallo impugnado— de establecer si la cláusula contenida en el conocimiento de embarque Nº KBF30, de junio 10 de 1974, en el que son parte el embarcador, la consignataria, la porteadora y el capitán del buque, y que reduce el plazo legal de dos años a un año, puede ser declarado subsistente y por tanto generadora de las consecuencias pertinentes o no".

"Según el mismo convenio —dice más adelante—, este término se cuenta a partir del momento en que la mercancía se entregó o debió entregarse, el que para el caso es el 23 de julio de 1974, fecha en la cual el vapor Star of Kuwait realizó el descargue de los artículos que aparecen relacionados en el registro Nº 475 del libro de relación de descargue de la Empresa Puertos de Colombia, terminal marítimo y fluvial de Barranquilla..., artículos que traía en el mismo viaje en que transportó o debió transportar y entregar los que se relacionan como faltantes en el mismo registro, pertenecientes a la demandante".

Partiendo de la base de que la reducción del término de la prescripción que pactaron las partes es plenamente válida, el sentenciador afirma que ella se produjo el 23 de julio de 1975, y que la demanda sólo se presentó el 30 de junio de 1978, cuando ya la prescripción estaba consumada con creces. Agrega que, sin embargo, debe tenerse presente que el artículo 2514 del Código Civil permite que la parte favorecida con la prescripción renuncie a ella, expresa o tácitamente, sobre la base de que ésta se haya consumado.

Sobre esta premisa, el Tribunal analiza enseguida el oficio Nº 428217 de fecha 28 de noviembre de 1975, dirigido por la Flota a la sociedad demandante, en el que le ofrece pagarle $ 91.487,94 por concepto del valor de la mercancía perdida, y asevera que ese oficio contiene inequívocamente una renuncia tácita a la prescripción, porque "la excepcionante renunció a esa liberación, cuando ofreció pagar una indemnización por su cumplimiento y en consecuencia reconoció expresamente el derecho de la acreedora en su contra".

Más adelante agrega, que "podría alegarse que habiendo pasado un tiempo considerable desde cuando se prescindió de los beneficios de la prescripción hasta cuando se propuso como excepción, los efectos de dicha renuncia no existen, porque lo contrario conduciría a establecer obligaciones irredimibles. Pues bien —dice—, precisamente es en esto en lo que se diferencia la renuncia de la interrupción. La primera consiste en una enajenación del derecho adquirido y la segunda en un acto mediante el cual el deudor da una nueva oportunidad al acreedor para que cobre su crédito... la dimisión a la prescripción puede considerarse como un acto de liberalidad que ejecuta el deudor, equiparable al pago después de extinguida la obligación".

De lo expuesto, el Tribunal concluye que no prospera la excepción de prescripción propuesta por la Flota, por cuanto ella misma, haciendo uso de la facultad que le otorgaba el artículo 2514 del Código Civil, renunció tácita pero válidamente a dicho medio defensivo.

III

El recurso de casación

Contra esa sentencia se ha interpuesto por ambas partes el recurso extraordinario de casación que ahora se decide. Se estudiará primeramente el de la parte demandada, ya que cuestiona la totalidad del pronunciamiento del *ad quem* y sólo en el evento de que fracase, permitiría entrar al examen del recurso de la parte actora, que versa apenas sobre el aspecto relacionado con el tipo de cambio al cual debe hacerse la liquidación de las condenas.

La parte demandada en el proceso, en su muy extensa demanda, formula tres cargos contra la sentencia del Tribunal que acaba de reseñarse, todos dentro del campo de la causal primera, de los cuales la Corte limita su estudio al segundo que está llamado a prosperar.

Segundo cargo

Se acusa la violación indirecta por falta de aplicación de los artículos 1602, 1603, 2512, 2515, 16, 1458, 1470, 1471, 1519, 1567 y 2147 del Código Civil; 106, 822, 164, 833 numeral 2º, 196, 440, 993, 1263 y 1266 del Código de Comercio y 2º de la Ley 50 de 1936; y por aplicación indebida de los artículos 2514, 2527, 15, 1443, 1444, 1446, 1450, 1454, 1505, 2142 y 2186 del Código primeramente mencionado y 1030, 1031, 981, 982, 1024, 1035, 1008, 1262, 832, 833 numeral 1º, 840, 841 y 842 del Código de Comercio.

El recurrente achaca al Tribunal diversos errores de hecho que a su juicio lo llevaron a quebrantar las normas que se dejan mencionadas a saber:

a) Apreciación errónea del numeral 13 *in fine* del conocimiento de embarque, que consagra la prescripción de un año desde la fecha en que ha debido entregarse la mercancía objeto del transporte, "sin que se hubiera pactado que circunstancias como la tenida en cuenta por el Tribunal, es decir, un comunicado dirigido por un empleado que carece de autorización de la Flota... suprimiera la eficacia de esta cláusula expresa";

b) Apreciación errónea de la nota 425217 del 28 de noviembre de 1975, firmada por un empleado de la Flota que no tenía la representación de la misma, en la que se hizo "una evaluación acerca de la cuantía de los daños que podrían reconocerse a la sociedad demandante", al haberle hecho producir los efectos de una renuncia a la prescripción;

c) Apreciación errónea también de "todos los demás documentos" presentados con la demanda y relativos al contrato de transporte "al considerarlos independientemente del fenómeno de la prescripción"; y

d) Erró el Tribunal al haber estimado que el certificado de constitución y gerencia de la Flota adjunto a la demanda demostraba que quien firmó la citada nota Nº 428217 era representante de dicha sociedad y tenía capacidad para la "enajenación del derecho adquirido" de la prescripción.

Largas consideraciones dedica el recurrente a destacar los errores de hecho que le atribuye al sentenciador y a demostrar la influencia de los mismos en el quebranto de las numerosas normas legales que considera infringidas en la sentencia objeto del recurso.

"Esos ostensibles yerros fácticos del Tribunal —asevera la censura— lo llevaron a descartar la prescripción, que indudablemente se realizó en beneficio de la Flota Mercante Grancolombiana, tanto la prescripción reducida de origen contractual como también la prescripción legal establecida por el artículo 993 del Código de Comercio. El Tribunal infirió que la nota del folio 24, firmada por el señor Carlos Arturo Torres, complementada con el certificado de la Cámara de Comercio que habla de los representantes legales de la Flota, demuestra objetivamente una renuncia a la prescripción..." lo que no corresponde a la realidad.

El recurrente se extiende enseguida en explicaciones sobre la representación y sus causas, con cita de expositores extranjeros, para insistir en que el firmante de

la nota en cuestión no podía obligar a la Flota, porque no era su representante legal ni convencional. Pero aun suponiendo que la citada nota si hubiera interrumpido la prescripción de que se trata —agrega—, "tal interrupción sólo había producido este efecto: *Interrumpir* los términos que, como se sabe, corren inexorablemente. Pero a partir de tal interrupción, si se acepta lo dicho en gracia de discusión, la prescripción *volvió a configurarse* (subraya el texto), tanto la convencional de un año como la legal de dos años".

Cita enseguida las fechas en que tienen incidencia en la cuestión debatida y concluye que de ellas "resulta que la prescripción convencional operó *cuatro veces* y la prescripción legal de dos años se operó *dos veces*. Y que entre la fecha de la presunta interrupción civil de la prescripción, 28 de noviembre de 1975, y la notificación de la demanda, 9 de agosto de 1978, transcurrieron dos años, más ocho meses, más diecisiete días".

"Una *interrupción* (subraya el casacionista) de la prescripción no tiene la virtud de consolidar un derecho para una parte y extinguir la correspondiente excepción para la otra, como equivocadamente lo creyó el Tribunal. Todo lo contrario, da lugar a la consecuencia por lo demás lógica de poner en movimiento nuevamente, puesto que si hay algo inexorable es el transcurso del tiempo". Y respalda su aserto de que una vez surtida la interrupción de la prescripción ésta comienza de nuevo a correr, con transcripción de Planiol, Ripert y Boulanger, y agrega que la misma opinión sostiene René Savatier.

IV

Consideraciones de la Corte

Es sabido que la prescripción es uno de los modos de extinguirse las obligaciones que enumera el artículo 1652 del Código Civil. Mejor aún, es un modo de adquirir las acciones, puesto que las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción se convierten en naturales, "las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas" (art. 1527 ibídem*). Para que ese efecto liberatorio se produzca, como lo dispone el artículo 2535, basta con el simple transcurso del tiempo, sobre la base de que el deudor lo haga valer explícita y oportunamente, proponiendo la excepción correspondiente, porque al Juez no le es dado declararla de oficio, como puede hacerlo con otras excepciones de fondo (art. 306 del C. de P. C.).*

La prescripción extintiva puede interrumpirse civil o naturalmente, según lo dispone el artículo 2539 del Código Civil. Ocurre lo segundo cuando el deudor reconoce la obligación, expresa o tácitamente, y lo primero, es decir, la interrupción, por regla general, cuando se admite la demanda promovida por el acreedor para hacer efectiva la obligación (art. 90 del C. de P. C.) y en otros casos cuando se notifica al deudor el auto admisorio correspondiente.

La ley permite que se renuncie a la prescripción expresa o tácitamente, "pero sólo después de cumplida" (art. 2514 del C. C.), o sea, cuando ya haya vencido el plazo establecido para que produzca sus efectos. La renuncia efectuada antes de ese vencimiento en realidad equivale a una interrupción: vale para el término transcurrido pero carece de valor para el que aún falta por correr.

Tómese esa nota como renuncia o como interrupción de la prescripción, lo cierto es que el término requerido para que ésta se consumara volvió a correr desde esa fecha y que al cumplirse, la parte deudora quedaba nuevamente en capacidad de invocarla en su favor, como oportunamente lo hizo en la contestación de la demanda. Es un imposible lógico y jurídico que si una prescripción extintiva ha sido renunciada o interrumpida, de ahí en adelante la obligación se convierta en irredimible, con clara transgresión del mandato constitucional (art. 37, C. N.).

La carga fue recibida y embarcada el 1º de junio de 1974. La demanda que dio origen a este proceso se presentó el 30 de junio de 1978, y en su contestación la demandada propuso la excepción de pres-

cripción extintiva, tanto la que pudiera derivarse de las estipulaciones del contrato de transporte, como la contemplada en el artículo 993 del Código de Comercio. El juzgado consideró prescrita la acción y en consecuencia denegó las súplicas de la demanda. El Tribunal, por su parte, aceptando la posibilidad de que las partes reduzcan convencionalmente el término de prescripción de ciertos actos y contratos, a la vez que teniendo en cuenta el ofrecimiento hecho por la Flota a la sociedad remitente de reconocer una determinada cantidad de dinero a título de indemnización de las mercancías perdidas, en la citada nota 428217 del 28 de noviembre de 1975, consideró que si bien para esta fecha se había consumado la prescripción extintiva de un año, establecida en el sobordo para la formulación de reclamos, no había lugar a acoger la consiguiente excepción aquí alegada, porque esa manifestación suya contenida en la nota mencionada constituida una renuncia en los términos del artículo 2514 del Código Civil y, en consecuencia, la condenó a la indemnización pedida en la demanda.

La recurrente anota que del 28 de noviembre de 1975, fecha en que hizo aquel ofrecimiento y que el Tribunal tuvo como renuncia a la prescripción consumada, al día en que se presentó la demanda, transcurrieron dos años y siete meses, tiempo en todo caso superior tanto al año señalado en el contrato, como a los dos años de la prescripción legal, y que, por lo tanto se había vuelto a producir el fenómeno de la prescripción.

Es evidente que el Tribunal dejó de observar el hecho de que entre el acto que él califica de renuncia a la prescripción contractual ya cumplida y la demanda, transcurrieron más de dos años sin reconocimiento del derecho por parte de la transportadora ni ejercicio del mismo por la remitente.

Y también es cierto que el paso de ese tiempo en tales condiciones permitió que se consumara la prescripción extintiva propuesta por la demandada, independientemente de si se reconoce, como lo hizo el Tribunal, la posibilidad de que las partes reduzcan por estipulación a propósito el término de prescripción a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos (art. 2545 del C. C.) o se estima que el término de prescripción no es en esos casos variable por estipulación contractual. E independientemente también, de si se considera la comunicación de la Flota como un acto idóneo e inequívoco de reconocimiento del crédito, con efectos ora de renuncia, ya de interrupción de la prescripción, o se le niegan esos efectos.

O sea, que sin necesidad de calificar la eficacia de la estipulación contractual respecto del término de prescripción, ni la idoneidad de la declaración del funcionario de la Flota a propósito de la reclamación de la remitente, y aún tomándola como un reconocimiento del derecho de ésta, con cualquiera de los efectos mencionados (arts. 2514 y 2539 del C. C.), el hecho es que entre ese acto y la demanda transcurrió con exceso el tiempo legal de prescripción (art. 993 del C. de Co.) y que ésta fue alegada en oportunidad (arts. 2513 del C. C. y 306 del C. de P. C.), por lo cual debe ser declarada.

La renuncia a la prescripción puede darse sólo después de cumplido el término respectivo, mientras que la interrupción presupone que ese tiempo está aún corriendo. La renuncia se produce por declaración del prescribiente o por medio de una conducta concluyente u omisiva (arts. 2514 y 2513 del C. C.). La interrupción consiste en un acto del obligado, que reconoce inequívocamente el crédito de su contendor (interrupción natural) o en la demanda judicial de éste (interrupción civil), en la oportunidad y con las modalidades consagradas en los artículos 90 a 91 del Código de Procedimiento Civil. Por lo demás el resultado de la renuncia, igual que la interrupción, es la prescindencia de todo el tiempo de inercia corrido hasta entonces, de modo que el cómputo se reinicia, con posibilidad prácticamente indefinida de que se repitan los fenómenos, hasta que el término respectivo transcurra íntegro nuevamente. Término que en el caso de "las

prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales, que nacen de ciertos actos o contratos, que se mencionan en los títulos respectivos" es ese mismo lapso.

Por lo tanto, reanudada la cuenta y cumplido el término de prescripción en el lapso transcurrido entre la renuncia o la interrupción y el ejercicio del derecho, e invocado ese modo de extinción por el deudor demandado, no hay duda de su ocurrencia con los efectos extintivos que le son propios.

Aunque ante la Corte no se ha planteado el problema de si el término de la prescripción extintiva que establece la ley es susceptible de ser modificado por acuerdo de las partes, no sobra observar que respecto de ese tema la doctrina no tiene un criterio uniforme.

Es verdad que casi todos los expositores estiman que las normas de la prescripción son de orden público, pero no todos coinciden en cuanto a las consecuencias de esa conclusión, salvo la relativa a que el plazo que establece la ley para que se produzca ese fenómeno no puede ser ampliado por las partes.

Alessandri y Somarriva (Derecho Civil. Edit. Nascimiento, Santiago 1941, Tomo III, Nº 730 y Nº 738; Ospina Fernández (Régimen General de las Obligaciones. Edit. Temis, Bogotá 1976, N. 790); y Fernando Vélez (Estudios sobre el Derecho Civil Colombiano, Segunda ed., Impr. París América, Tomo IX, Nº 428) aceptan que las partes pueden restringir convencionalmente el término legal de la prescripción extintiva. Josserand (Cours de Droit Civil Positif Francais, Tomo II, Segunda ed., Nº 976); y Planiol - Ripert - Esmein (Traité Pratique de Droit Civil Francais, Tomo VII, Nº 1325) aceptan también que según la jurisprudencia dicho plazo es reducible por acuerdo de la partes, pero la critican porque estiman que el acreedor puede aprovecharse de la situación de inferioridad en que se encuentre el deudor al contratar.

En cambio, Von Tuhr (Tratado de las Obligaciones, Primera ed., Madrid 1934, Tomo II, pág. 179) y José J. Gómez (Derecho Civil, Conferencia de Clases, Externado de Colombia, Bogotá 1962, pág. 331) coinciden en afirmar que el plazo legal de la prescripción extintiva no puede ser modificado por las partes, ni para ampliarlo ni para recortarlo. En el mismo sentido se pronunció la Corte en cuanto al término que establece el artículo 993 del Código de Comercio para las acciones que provienen del contrato de transporte, en sentencia del 18 de noviembre de 1982 (*Gaceta Judicial* CLXV, 323 - Proceso de Inversiones Pirineos Ltda. y otra contra la Flota Mercante Grancolombiana).

Como se ve el tema en cuestión es discutible, pero no habiendo sido planteado por ninguna de las partes en el recurso de casación, la Corte está relevada de considerarlo en esta oportunidad.

En vista de lo expuesto, es indudable que el recurso está llamado a prosperar y por tanto debe casarse la sentencia impugnada y, en sede de instancia, proferirse la que haya de reemplazarla.

V

Sentencia de instancia

Se trata de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 5 de octubre de 1979 dictada por el Juez Veintidós Civil del Círculo de Bogotá. A ello se procede por estar libre de vicios y debidamente surtida la actuación de primera instancia, y porque además no existe motivo legal alguno que impida proferir fallo de mérito.

La parte demandante pretende deducir la responsabilidad civil de la Flota Mercante Grancolombiana por la pérdida de una mercancía que le confió para su transporte desde el Japón. Sobra cualquier consideración a este respecto, porque la demandante y la demandada aceptan que se celebró el contrato de transporte mencionado en el libelo, que aquélla cumplió con las obligaciones que el mismo le imponía y que ésta incumplió la suya de entregar la mercancía transportada en puerto colombiano.

Se discute si entre las muchas excepciones de fondo que la Flota propuso al contestar la demanda, si está probada la de prescripción, como lo declaró el sentenciador de primer grado, o si no lo está, porque la nota Nº 428217 que el jefe de la Sección de Reclamos de la misma le dirigió a la demandante con fecha 29 de noviembre de 1975, constituye una renuncia de la prescripción.

Las razones que se expusieron al despachar el cargo bastan para concluir que cuando se promovió este proceso la acción de la sociedad demandante ya estaba prescrita.

La nota en cuestión, para esos efectos, habría borrado desde luego el tiempo transcurrido desde cuando la obligación de entregar la mercancía transportada ha debido ser entregada en puerto colombiano, pero el término de prescripción comenzó a correr de nuevo y alcanzó a cumplirse con creces cuando la sociedad demandante intentó su acción.

Basta lo dicho para concluir que la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada debe prosperar.

Como así lo declaró el Juez de primer grado en la sentencia apelada, ésta debe confirmarse.

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 objeto del recurso y actuando en instancia, *confirma* la de primer grado.

Las costas en ambas instancias son a cargo de la parte demandante.

Sin costas ante la Corte.

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

José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Fernando Hinestrosa Forero - Conjuez, *Alberto Ospina Botero, Horacio Montoya Gil, Jorge Salcedo Segura* - Salvamento de Voto.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.



SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA

Prescripción, renuncia y los efectos de ésta

Referencia: Ordinario de Alfredo Steckerl e hijos Ltda. contra Flota Mercante Grancolombiana.

El suscrito Magistrado presentó a la consideración de la Sala un proyecto de sentencia que no contó con el respaldo de la mayoría, motivo por el cual lo incluyo como Salvedad de Voto. En lo pertinente dice así:

"El recurso de casación de la Flota

Se duele el casacionista del enfoque hecho por el Tribunal respecto a la renuncia que según éste hizo la Flota de la prescripción, una vez cumplida. Para llegar a esta conclusión estimó el *ad quem* que la cláusula contractual según la cual el término legal de prescripción de dos años se rebaja a uno, es válida, que, en consecuencia, la prescripción en el caso de autos se cumplió el 23 de julio de 1975 y que, cuando se presentó la demanda, el 30 de junio de 1978, ya estaba prescrita la acción. Pero, concluye el fallador de segunda instancia, "La Flota Mercante Grancolombiana S. A., deudora beneficiaria con la prescripción de la obligación a su cargo, renunció tácitamente a las consecuencias de la misma, cuando después de cumplida, o sea posteriormente al 23 de julio de 1975, declaró: 'después de un cuidadoso estudio de este caso, el comité de reclamos ha decidido pagar la suma de $ 91.487,94 como indemnización a esta reclamación' ... manifestación que se encuentra contenida en el Oficio Nº 428217, fechado el 28 de noviembre de 1975".

El anterior enfoque del Tribunal lo combate el casacionista a través del *primer cargo,* formulado por la causal primera, en el cual le imputa al sentenciador haber infringido las siguientes normas: artículos 1602, 1603, 2512, 2515, 16, 1458, 1470, 1741, 1519, 1507 y 2147 del Código Civil; 993, 822, 164, 833, numeral segundo, 196, 440, 1263, 1265 del Código de Comercio; y artículo segundo de la Ley 50 de 1936 por falta de aplicación; y artículos 2514, 2527, 15, 1443, 1444, 1446, 1450, 1454, 1505, 2142 y 2186 del Código Civil y 1030, 1031, 981, 982, 1024, 1035, 1008, 1262, 832, 833, numeral 1º, 840, 841 y 842 del Código de Comercio por aplicación indebida. Cita además algunos artículos del Código de Procedimiento Civil, pero con notoria falta de técnica no expresa si tales normas las estima sustanciales y en tal caso cuál sería el concepto de la violación.

En el desenvolvimiento del cargo resultan realmente tres, por cuanto plantea otras tantas clases diferentes de argumentos destinados a refutar los planteamientos del *ad quem* sobre: a) Cuál fue la prescripción que se configuró, si la legal o la contractual; b) La falta de representación en quien renunció a la prescripción, según el Tribunal y c) La falta de insinuación en la renuncia. Nada tiene que ver ninguno de los tres enfoques entre sí, porque ciertamente si se configuró la prescripción legal o contractual es algo aparte de si quien lo hizo tenía poder para renunciar a la prescripción y a la falta de insinuación para la renuncia. La censura ha debido formularse separando los cargos, como lo manda el artículo 374, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil. Empero, tal defecto ha debido ser examinado al calificar la demanda; como en esa oportunidad la Sala estimó que el libelo de casación se ajustaba en su forma a la ley, debe ahora ser examinada en el fondo.

Prescripción no puede haber sino una. Para el Tribunal se configuró la prescripción contractual de un año, que entró a reemplazar la legal de dos años. La Corte advierte que en materia de la posibilidad de modificar mediante un contrato el término de una prescripción legal, en la sentencia de 18 de noviembre de 1982, en el proceso de Inversiones Pirineos contra la Flota demandada en éste, sentó la siguiente doctrina: "Y las de prescripción o caducidad tampoco son de recibo, pues la primera se rige por el término legal y no por el contractual que, recortando aquél, haya sido prefijado por una de las partes en el formato del conocimiento de embarque, lo que implica no aceptar como término de prescripción el de un año estipulado al dorso de dicho conocimiento sino de dos años contados a partir de la entrega de las mercancías, previsto en el Código de Comercio". Empero, como el censor no entra a cuestionar en manera alguna la validez de la modificación del término por vía contractual, tal criterio del juzgador es inmodificable en casación y sobre lo resuelto por el Tribunal en el sentido de que en el proceso rigió únicamente el término contractual de un año se hará el examen del asunto.

El censor plantea la tesis de que en el caso de autos operaron las dos prescripciones. Dijo en la demanda: "En el caso *sub lite* se configuró no sólo prescripción reducida de *un año*, de origen convencional en virtud de cláusula expresa, sino también la prescripción legal de *dos años*" (fl. 40 del cuaderno de la Corte). No se ve, ciertamente, cómo frente a un mismo fenómeno operen simultáneamente dos términos diferentes de prescripción. Prescripción no puede haber sino una. La legal. O, en el caso concreto de autos, por virtud de la interpretación no cuestionada del Tribunal, la contractual. Pero una sola.

Desde la contestación de la demanda, en la cual se planteó la excepción de prescripción que el Juzgado encontró probada, lo mismo que el Tribunal, el apoderado de la demandada planteó la tesis de que la única que operaba era la prescripción contractual de un año. En esa pieza procesal dio argumentos para que el fallador estimase como único término el convencional. Es así que ese fue el criterio acogido por el Tribunal. ¿A qué, entonces, el cargo en cuanto que no debe haber una prescripción sino dos? Y ¿cuál sería, en últimas, la consecuencia de ese planteamiento frente a la solución del litigio que, se hace hincapié, tuvo como fundamento que la prescripción se cumplió pero, cosa muy distinta, que con posterioridad a su cumplimiento la Flota beneficiada con la prescripción renunció a ella? No se ve en modo alguno. Desde el punto de vista de la doble prescripción el cargo no tiene asidero alguno y debe ser rechazado.

La renuncia de la prescripción. Este es el tema central del debate. El fenómeno está contemplado en el artículo 2514 del Código Civil, que dice: "La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida". El censor acepta que el Tribunal aplicó este artículo pero estima que lo fue indebidamente porque quien suscribió la comunicación de 28 de noviembre, el jefe de la Sección de Reclamos de la Flota, carecía de poder para renunciar la prescripción.

Dos razones hay para desestimar el cargo, a saber: a) Que cuando se contestó la demanda, al referirse al hecho de haber aceptado la Flota la reclamación, con alusión a la comunicación citada, el hoy casacionista expresó ser cierto, sin cuestionar entonces la facultad para hacer el reconocimiento. Ahora en casación trae un planteamiento diferente, nuevo en el proceso y contradictorio con la postura inicial, según el cual se aceptó el reclamo pero quien lo hizo carecía de poder. Posiblemente si tal posición hubiese sido adoptada desde la contestación de la demanda el actor hubiese tenido oportunidad de ejercer una actividad probatoria sobre el particular, que tal como se contestó la demanda resultaba inoficiosa. Por ser hecho nuevo y contradictorio con la posición asumida en el plenario el argumento no es de recibo en casación, porque entre otros aspectos, su aceptación violaría el derecho de defensa. De otra parte, siendo así que el Tribunal estimó renunciada la prescrip-

ción con fundamento en la comunicación citada y en la contestación de la demanda, al rompe se advierte que el cargo, para ser próspero, debería ser formulado por la vía indirecta, como realmente lo hizo el censor en el segundo, en el cual se volverá sobre el tema; y b) Existe un conjunto de normas que reglamentan la institución de la preposición en el Código de Comercio, según las cuales el factor está implícitamente autorizado para realizar los actos que corresponden al giro ordinario de los negocios. El empleado, vinculado a una empresa por contrato laboral, se presume que es un factor facultado para realizar todos aquellos actos de comercio que son consustanciales con su cargo. El jefe de personal puede comprometer a la empresa en ese tema. El jefe de la Sección de Reclamos puede, pues, comprometer también sobre el particular. Quien al aceptar la reclamación renunció a la prescripción no fue cualquier funcionario, sino precisamente el jefe de la Sección de Reclamos, y oído el respectivo Comité. No hay, pues, seriedad en el planteamiento de la Flota según el cual tal persona carece de facultad para resolver sobre reclamos. ¿Quién, en el futuro, si prospera la tesis, se detendría a conversar con tal jefe si según la propia Flota carece de poder para decidir? Las normas que regulan la institución del factor a que la Corte se refiere no fueron citadas entre las numerosísimas que el censor estimó como violadas. El cargo no puede prosperar.

Falta de insinuación en la renuncia de la prescripción.

Plantea el casacionista como tercer argumento dentro del primer cargo que si realmente hubiese existido la renuncia, aspecto que combatió en el segundo argumento, sería nula, de nulidad absoluta, por falta de insinuación. Ningún reparo inicial merecería el planteamiento si se hubiese presentado por separado, pero formulado conjuntamente con el de que el renunciante carecía de poder, resulta francamente contradictorio, porque la falta de poder conduce a que el acto de falso apoderado es inoponible al supuesto poderdante; la falta de insinuación conduce a la nulidad. Entonces, ¿el acto es inoponible o nulo? La inoponibilidad supone la validez y la nulidad la invalidez. Plantear los dos conceptos, contradictorios y excluyentes entre sí, en un solo cargo, es falta evidente de técnica como antes se expresó. Pero también allí se dijo porque, no obstante, se entraba al examen de la censura, a lo cual se procede.

Analizada "la prescripción como medio de extinguir las acciones judicales", de que trata el Capítulo III del Título 41 del Libro Cuarto del Código Civil, es menester en primer lugar concatenar el artículo 2535 con el 1625, numeral 10, y estos dos con el numeral 2º del 1527, hecho lo cual fuerza es concluir que la prescripción extingue las acciones judiciales y transforma las obligaciones, sin extinguirlas, de civiles en naturales. La obligación natural tiene existencia, así sea menguada por falta del "derecho para exigir su cumplimiento", o sea su acción. La realidad ontológica de la obligación natural tiene como corolario el "que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas". Es decir, su pago es válido. Confundir entonces el pago de una obligación que aunque carece de acción existe, con un acto de mera liberalidad, con una donación, es un error. La causa en el negocio jurídico donación es la liberalidad. En el pago de una obligación natural es la existencia de la obligación y como tal, la necesidad jurídica de cumplirla. El pago no puede jamás equiparse a la donación. Por tanto es injurídico pretender que se aplique al pago el requisito de la insinuación como supuesto indispensable para su validez. Obsérvese, finalmente, que una cosa es el pago de lo no debido, a sabiendas, que según voces de la parte final del artículo 1454 constituye donación, y otra el pago de una obligación natural. El obligado naturalmente debe, y por eso el pago de lo así debido vale, sin que se pueda repetir lo pagado, como lo expresa el artículo 2314. En cambio el pago de lo no debido por lo general da derecho al que ha pagado por error a repetir lo pagado, según lo establece el artículo 2313.

De todas las normas citadas en este acápite el censor no mencionó, entre las numerosísimas que estimó violadas, ni la que define la prescripción extintiva, ni la que consagra la prescripción como modo de extinguir las obligaciones, ni la que consagra la conversión en naturales de las obligaciones civiles prescritas ni, en general, ninguna de las aplicables al caso que fueron referenciadas por la Corte, con excepción del 1454, que estimó violado por aplicación indebida. En modo alguno ha podido violar el Tribunal esta norma sustancial toda vez que regula un fenómeno totalmente diferente del analizado, que si la Corte mencionó fue precisamente para establecer la diferencia entre pago de lo no debido y renuncia de la prescripción. De todo lo cual se infiere que no basta con enumerar un listado enorme de disposiciones, sino precisa pero necesariamente las que regulan la materia. Es que en casación también se pierde por carta de más o carta de menos, como reza el adagio.

Los aspectos de fondo que se dejan tratados y el relacionado con la técnica de casación son más que suficientes para denegar la casación impetrada en el primer cargo y en cada uno de los tres en que lo subdividió el recurrente.

Ahora bien, si la prescripción extintiva extingue la acción y trueca la obligación civil en natural, y ésta, según lo antedicho puede ser pagada válidamente, ¿qué fenómeno jurídico ocurre si en vez de pagar, se ofrece pagar todo o parte de la obligación prescrita? Tal parece fue lo ocurrido en el caso de autos, porque ciertamente pago de la obligación prescrita no hubo, ni siquiera un reconocimiento total, apenas un reconocimiento parcial. Ese reconocimiento ¿revive la obligación prescrita? ¿Torna la obligación natural a convertirse en civil? En tal caso, al resucitar, por así decirlo, la obligación que estuvo prescrita, ¿tiene la calidad de irredimible o puede volver a extinguirse por una prescripción nueva? Y si tal, ¿cuál sería el nuevo término? ¿El mismo que se cumplió ya una vez? ¿El contractual de un año? ¿El legal de dos años? ¿El ordinario de 20 años? Artículo 2542 del Código Civil. Ninguno de los anteriores interrogantes ni otros que pueden suscitarse sobre el tema se lo planteó el *ad quem*, ni el casacionista y, bueno es advertirlo, tampoco los resuelve la ley. Se enfrenta el intérprete ante un vacío o laguna de la ley, que el Juez está en la imperiosa necesidad de llenar. Cuando no lo ha hecho y ha debido hacerlo, el cargo por la causal primera de casación debe formularse sobre la base de la infracción del artículo 48 de la Ley 153 de 1887 que consagra la teoría del hermetismo jurídico, según la cual ningún problema sometido a consideración de un juzgador puede dejar de ser decidido pretextando vacío u oscuridad de la ley. No lo hizo así el censor, luego la Corte no puede oficiosamente, al decidir la casación, entrar al examen de estos temas que el fallador ha debido estudiar para dictar sentencia.

Segundo cargo. Lo formula el recurrente también por la causal primera, con la cita de la misma muchedumbre de artículos que se reseñó al estudiar el primer cargo y por los mismos conceptos, pero ahora por la vía indirecta, pues estima que el Tribunal erró de hecho en la apreciación de las siguientes pruebas: a) El sobordo o conocimiento de embarque; b) La nota de 28 de noviembre de 1975; c) "Todos los demás documentos" y d) El certificado de la Cámara de Comercio.

Se responde:

a) No se ve cómo pudo el Tribunal errar al apreciar el sobordo si el *ad quem*, lo mismo que el *a quo*, no hizo cosa distinta de acoger el planteamiento del hoy casacionista sobre que ese documento contenía un término de prescripción más corto que el legal. Se hace hincapié que el Tribunal estimó cumplida la prescripción;

b) Estima el censor que el Tribunal erró al apreciar esta nota, en la cual está contenido el acto que tipifica la renuncia de la prescripción, según el fallador de segunda instancia, porque en parte alguna consta allí el poder o facultad de quien hizo la

renuncia. Ya se dijo al analizar este argumento que también se planteó en el primer cargo que es punto nuevo y contradictorio, toda vez que el recurrente no lo mencionó en las instancias y, por el contrario, al contestar la demanda aceptó ser cierto el hecho en que se mencionaba. Además, se repite, todo empleado de una empresa que desempeña determinadas funciones propias de su cargo debe considerarse como un factor de comercio en los términos del Código de Comercio, libro cuarto (4º), título trece (13), capítulo 6;

c) Es pecado contra la técnica referenciar las pruebas supuestamente mal apreciadas por el fallador con expresiones como "todos los demás documentos" que empleó el casacionista. El inciso segundo del numeral 3 del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil ordena que "deberá determinarse cuáles son estas", cosa que no encaja con la locución que se dejó transcrita;

d) Ciertamente en el certificado de la Cámara de Comercio no aparece facultad alguna para el jefe de la Sección de Reclamos que suscribió la nota que el Tribunal estimó como contentiva de la renuncia a la prescripción. Empero, el *ad quem* en parte alguna ha afirmado que tal poder se infiere o deduce del referido certificado, en lo que hubiese consistido el error. Por lo demás, la Corte se remite a lo dicho sobre este tema en el primer cargo y en el ordinal b) del presente.

No estando, pues probados los errores de hecho el cargo resulta inane.

Tercer cargo. Con fundamento en la misma causal primera y también por la vía indirecta, como consecuencia de errores de derecho, el censor acusa la sentencia por ser violatoria de las mismas normas y por los mismos conceptos que se citaron en los dos cargos anteriores, y como consecuencia de yerros jurídicos en la apreciación de las mismas pruebas antes referenciadas. Se trata, pues, de la repetición de los mismos argumentos, respecto de los cuales también se declaran aquí reproducidas las diferentes y múltiples razones dadas para despachar desfavorablemente los dos primeros cargos. Agregando ahora que no se precisó con claridad en qué consisten los supuestos errores de derecho, toda vez que, como en los cargos anteriores, se citan en la censura una serie de normas de procedimiento civil, supuestamente violadas, con categoría de violación medio, que llevaría a la infracción fin de normas sustanciales, pero respecto de ellas no se precisa si el *ad quem* dejó de aplicarlas, las aplicó mal o las malinterpretó. Es que cuando se escoge la vía indirecta por error de derecho en la primera causal, también se debe precisar cómo y por qué se violaron las normas procesales, del mismo modo que deben señalarse las normas sustanciales, es decir, precisando el concepto de la violación, que en uno y otro caso son idénticos, a saber, falta de aplicación o aplicación indebida. El cargo, pues, no prospera.

El recurso de casación de la demandante

Un solo cargo formula el apoderado de la sociedad actora, con fundamento en la causal primera, por ser violatoria por falta de aplicación de los artículos 874 del Código de Comercio y 248 del Decreto-ley 444 de 1967, por indebida aplicación del 249 del citado Decreto y por interpretación errónea de los 883 y 884 del Código de Comercio, infracciones procedentes de error trascendente de hecho al apreciar como prueba el sobordo.

Se considera

Pecado contra la técnica es acusar una norma por interpretación errónea por la vía indirecta. Tal clase de violación solamente puede invocarse por la vía directa, por cuanto el fenómeno de la buena o mala interpretación que se haga de una norma dada es siempre cuestión de puro derecho.

De otra parte, y esto es lo fundamental, no se entra a estudiar a fondo la censura por considerar que es intrascendente en relación con la parte resolutiva. En efecto, si se casase la sentencia la Corte tendría que entrar a dictar la de reemplazo, obrando como Tribunal de instancia. Y enton-

ces, a título de tal, tendría que examinar todos aquellos fenómenos que se presentarían como consecuencia de la renuncia de la prescripción. La obligación prescrita, que se tornó en natural. ¿Recupera su calidad de civil? ¿Está sujeta a nueva prescripción? En caso afirmativo, ¿cuál? ¿La contractual? ¿La legal? ¿La ordinaria? ¿O es que cuando la obligación prescrita se paga, que sería la renuncia a la prescripción por antonomasía, sino simplemente se ofrece a pagar, se produce un fenómeno similar al de la oferta, sujeta también a un término dentro del cual el destinatario debe aceptar (caso en el cual la oferta, de univoluntario, se torna en negocio jurídico plurivoluntario obligacional, es decir, contrato) o no aceptar la oferta (caso en el cual el oferente queda libre)? Salvo el punto relacionado con la prescripción ordinaria, que carece de asidero, cualquiera que sea el enfoque o solución a que haya de llegarse conduce necesariamente a que la obligación de indemnizar que prescribió, indudablemente, que luego revivió como consecuencia de la renuncia de la prescripción y que, finalmente, vino a ser reclamada judicialmente dos años largos después de revivida, volvió a prescribir. Y finalmente, si se toma la nota de noviembre de 1975 no como un negocio o manifestación de voluntad que reviva la prescrita obligación, tal cual fue antes de prescribir, sino como la oferta de una nueva, también estaría sujeta a un término dentro del cual el destinatario debería aceptar o no, vencido el cual el oferente quedaría libre. Y cualquiera de estas soluciones, que la Corte debería examinar ahora oficiosamente y que como Tribunal de casación no pudo tocar, por no haberlo planteado el censor demandado, conduciría a hacer más perjudicial la situación de quien formuló el recurso que ahora se examina, lo cual le está vedado a la Corte. Por lo expuesto, la Sala no entra al estudio del cargo por estimar que aún próspero sería intrascendente, toda vez que por lo expuesto no habría lugar a modificar lo decidido en el fallo acusado".

* * *

Como puede observarse de la lectura de la sentencia y del proyecto del suscrito Magistrado que fue derrotado, la diferencia fundamental consiste en que en ambos se acepta que la obligación prescribió pero que se renunció a la prescripción después de cumplida. La sentencia sostiene que a partir del momento de la renuncia vuelve a contarse el mismo término de prescripción y que éste se cumplió nuevamente con exceso antes de suscitarse el pleito. Mi punto de vista es que la obligación prescrita se torna en natural y que, renunciada la prescripción existe un vacío de la ley sobre qué fenómeno opera, si es nuevamente prescriptible dentro del breve término legal, si opera la prescripción ordinaria o la extraordinaria. Ante tal vacío de la ley es obligación del Juez llenar la laguna legal. Y solamente el criterio que se adopte se torna acusable en casación por la causal primera como violación por falta de aplicación de los artículos 48 y 8º de la Ley 153 de 1887, el primero de los cuales consagra la tesis del hermetismo jurídico, vale decir la imposibilidad de que ante un vacío legal se pueda dejar de decidir un proceso, y el segundo los mecanismos que el juzgador debe aplicar para llenar las lagunas. Por tanto, para casar la sentencia era imperioso que el casacionista hubiese citado tales normas como violadas, cuestión que no hizo. Lo que a mi juicio ha debido determinar el fracaso del recurso. Queda en los anteriores términos consignado mi criterio disidente.

Bogotá, febrero 29 de 1984.

Jorge Salcedo Segura.

APELACION

Requisitos para conceder este recurso. El auto que decreta la ejecución de la sentencia de nulidad de matrimonio canónico, no es apelable

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., febrero veintinueve de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Horacio Montoya Gil).

Mediante Decreto de 26 de agosto de 1983, el Tribunal Eclesiástico Regional de Bogotá, declaró ejecutoriado el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Colombia el 27 de septiembre de 1982, por el cual confirmó la sentencia que decretó la nulidad del matrimonio celebrado el 19 de agosto de 1979 por Jorge Hernán Villamizar Jáuregui con Helena Arévalo Uribe.

Para los efectos establecidos por el artículo VIII del Concordato aprobado por Ley 20 de 1974, el mismo Tribunal ordenó enviar al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y efectivamente así lo hizo, copias del decreto ejecutorio y de la parte resolutiva del referido fallo.

Repartidas las mencionadas copias, se presentó al Tribunal el apoderado judicial de Jorge Hernán Villamizar Jáuregui con el propósito de solicitarle: de una parte, el reconocimiento de los "efectos civiles a la sentencia eclesiástica "en cuanto se refiere a la rescisión del vínculo matrimonial", y, de otra, que negase el reconocimiento de "efectos civiles a la parte de la sentencia que reza: "Ratifícase la cláusula relativa al menor ('El hijo de la pareja es legítimo según derecho y su tenencia y educación se confirman en poder de la madre')".

El Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Unitaria, por auto de 5 de octubre del año anterior, ordenó cumplir lo ordenado por el Tribunal Eclesiástico en la sentencia que decidió la causa matrimonial y negó, al mismo tiempo, la petición hecha por el mandatario judicial de Jorge Hernán Villamizar Jáuregui. Por tal razón éste interpuso contra tal pronunciamiento el recurso de apelación. Como le fuese negada recurrió en queja ante la Corte.

Se considera para resolver

1. *Como se sabe, el recurso de queja tiene por objeto que el Superior, a instancia de parte legítima, conceda el recurso de apelación o el de casación que hubiere denegado el Juez* a quo *o el Tribunal, según el caso; o, también, que se varíe el efecto en que se hubiere concedido la alzada.*

2. *En armonía con lo anterior, en tratándose del primer evento, el Superior habrá de concretar su examen a la procedibilidad de la apelación interpuesta contra la providencia cuya revisión se pretende en última instancia. Y, para ello, deberá confrontar si en el caso se dan o no los requisitos que la ley procesal exige para la concesión de este medio de impugnación y que son, a saber:*

a) *Que la providencia impugnada sea susceptible de apelación, en términos del artículo 351 del Código de Procedimiento Civil;*

b) *Se exige también legitimación en el recurrente, esto es, que la apelación denegada la hubiere interpuesto la parte prin-*

cipal o incidental que tenga algún interés para intervenir procesalmente;

c) *Que la providencia cuya impugnación se persigue, cause algún perjuicio o agravio al apelante; perjuicio éste que, al decir de los doctrinantes "debe ser actual y no futuro, ya que éste aún no existe"; y*

d) *Finalmente, que el recurso se hubiere interpuesto en tiempo y en debida forma o sea, de manera general, dentro de los tres días siguientes a la notificación o en el acto de ésta si fuere personal, o que si la providencia se dictó en audiencia o diligencia se hubiere formulado allí mismo (art. 352 del C. de P. C.).*

3. Como se observó, el recurrente pretende impugnar por la vía del recurso de apelación la providencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en acato a lo dispuesto por el artículo VIII del Concordato vigente; norma según la cual, las decisiones y sentencias dictadas por los Tribunales Eclesiásticos y Congregaciones de la Sede Apostólica, relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos, "cuando sean firmes y ejecutivas, conforme al derecho canónico, serán transmitidas al Tribunal Superior del Distrito Judicial territorialmente competente, el cual decretará su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará su inscripción en el registro civil".

El Tribunal, al negar la apelación consideró que a la Corte no se le atribuyó por la ley la función de conocer de la segunda instancia de las resoluciones que tomen los Tribunales Superiores de Distrito con base en el citado artículo VIII del Concordato aprobado mediante la Ley 20 de 1974.

4. Primero, al solicitar reposición y, luego, al sustentar el de queja, el recurrente, con fundamento en la regla general consagrada en el artículo 3º del Código de Procedimiento Civil en el sentido de que los procesos tendrán dos instancias, a menos que la ley establezca una sola, sostiene que como ni en el Concordato ni en ninguna otra ley se indica que el asunto de que se trata sea de una sola instancia, ha de seguirse la regla sentada por el Código.

De otra parte, dice, aun cuando es verdad que el artículo 25 del ordenamiento ritual que determina la competencia funcional de la Corte Suprema de Justicia, no incluye el conocimiento por apelación de las providencias proferidas por los Tribunales, en razón de la aplicación del artículo VIII del Concordato, ello tiene su explicación en el hecho de que cuando se expidió el Código de tales asuntos no conocían los Tribunales Superiores de Distrito. Mas, al atribuir el Concordato dicha competencia a éstos, se entiende que la apelación corresponde a la Corte por ser esta la entidad jerárquicamente superior a los Tribunales.

Finalmente, arguye el recurrente, que no le queda ninguna duda de que procede la apelación contra la providencia del Tribunal que rechazó su petición de negarle parcialmente efectos civiles a la sentencia eclesiástica que decretó la nulidad del matrimonio, por cuanto ella equivale a la decisión que contempla el numeral 7º del artículo 351 del Código de Procedimiento Civil, o sea que pone término al proceso, y tal decisión es apelable incuestionablemente.

5. *En orden a decidir, es del caso advertir que el actual Código de Procedimiento Civil introdujo, en materia de apelaciones, un cambio fundamental respecto del sistema consagrado por la Ley 105 de 1931.*

Así, en tanto en el anterior Código, en tratándose de autos, la regla general era la apelabilidad, *es decir, que todo auto de carácter interlocutorio, por el hecho de serlo, admitía apelación; en el actual, en cambio, se consagró un principio diametralmente opuesto, o sea el de* inapelabilidad, *puesto que, por regla general, los autos son inapelables, la apelación de ellos es excepcional; de tal suerte que hoy únicamente son susceptibles de apelación aquellos autos* expresamente *señalados en el Código, como claramente se infiere de lo dispuesto por el artículo 351. En tales condiciones, como la apelación de autos es excepcional, la apelación no puede concederse por interpretación extensiva o por analogía.*

De allí que si respecto de determinada providencia la ley no dice que procede contra ella apelación, ha de entenderse que no es recurrible por esa vía, así se le dé la importancia que se quiera y se hubiere sentado como principio de técnica procesal el de las dos instancias.

El argumento de que la providencia en virtud de la cual el Tribunal le reconoció plenos efectos civiles a la sentencia eclesiástica, equivale a la que le pone término al proceso, no resulta de recibo; de un lado, por cuanto la expresión proceso *empleada por el Código tiene un significado técnico y definido por la doctrina y, de otro, resulta muy dudoso que esa decisión, por más que se la pueda asimilar a una especie de* exequatur *pueda considerarse que ponga término a un proceso en la misma forma que el desistimiento, transacción o perención, que son los casos citados por el numeral 7º del citado artículo 351.*

Ahora, la circunstancia de que el asunto de que se trata no aparezca contemplado dentro de las normas que regulan la competencia funcional de la Corte, se explica por razones históricas, primero se expidió el Código y luego vino el Concordato. Empero, de ningún modo tal circunstancia permite concluir que proceda apelación como lo propone el recurrente. Si tal hubiese sido el querer de quienes pactaron el Concordato lo habrían dicho así expresamente, de la misma forma como lo hicieron para los procesos de separación de cuerpos de los matrimonios católicos, cuando en el artículo IX de tal convenio se estableció que de ellos conocerían en primera instancia los Tribunales Superiores y en segunda la Corte Suprema de Justicia.

6. Las consideraciones que preceden indican que el recurso de queja no ha de prosperar y que de ello se ha de dar noticia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en donde se hallan las diligencias que lo motivaron.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, por su Sala de Casación Civil, *estima bien denegado* el recurso de apelación propuesto contra el auto de 5 de octubre del año anterior a que se ha hecho referencia.

Dése cumplimiento a lo dispuesto por la segunda parte del inciso 9º del artículo 378 del Código de Procedimiento Civil.

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

Horacio Montoya Gil, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

PATERNIDAD NATURAL

No es indicio necesario el hecho de que el demandante lleve el mismo nombre de pila del presunto padre

Posesión notoria del estado de hijo: la prueba indiciaria no es eficaz. El legislador exige "un conjunto de testimonios que la establezcan de modo irrefragable"

INDICIOS

Soberanía del fallador en su apreciación. Las calidades de pluralidad, gravedad, precisión y conexidad son aspectos de hecho que se refieren a la objetividad de la prueba, no a su valoración

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., marzo tres de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 27 de octubre de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por Roberto Guzmán en frente de los herederos de Roberto Sierra Cadavid.

I

El litigio

1. Mediante escrito que en repartimiento del 4 de marzo de 1977 le correspondió al Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín, el citado Roberto Guzmán demandó a Ana Josefa de las Mercedes Sierra de Sierra, como cónyuge sobreviviente del finado Roberto Sierra Cadavid y a la vez como socia gestora de la sociedad comandita por acciones "Inversiones Sierra de Sierra y Cía", y a los hijos del causante, María Ligia, Francisco Guillermo, Fabio de Jesús, Francisco Gustavo, María Elvia de Jesús, Martha Eugenia de las Mercedes, Mario Augusto, Roberto Ignacio, Ana Cecilia, Gabriel de la Dolorosa, Jorge Hernando y Celina Sierra Sierra a fin de que, previos los trámites del proceso *ordinario de mayor cuantía*, se hiciesen los siguientes o similares pronunciamientos:

Que el demandante, *hijo natural* de Ana de Jesús Guzmán, lo es también de Roberto Sierra Cadavid; que como tal tiene derecho a la herencia de éste, en su calidad de legitimario y en la proporción que legalmente le corresponda; que, en consecuencia, los demandados están obligados a restituir al demandante los bienes hereditarios o la cuota de éstos a que tiene derecho, junto con los frutos civiles y naturales que hubieren producido; y, por último, que se los condene además en las costas procesales.

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

Que desde 1925 "y por espacio de unos cinco años" Ana de Jesús Guzmán, que a la sazón era soltera, estuvo prestando ser-

vicios domésticos a Enrique Sierra en su finca "La Montera", situada en el paraje "Popalito", del Municipio de Barbosa, lugar en donde entonces también vivía Roberto Sierra Cadavid; que allí, durante ese quinquenio, éste y Ana de Jesús Guzmán mantuvieron relaciones sexuales estables y permanentes; que fruto de dicha convivencia fue la procreación de Roberto Guzmán, cuyo nacimiento ocurrió en Girardota el 9 de junio de 1927, habiendo sido bautizado en la Iglesia Parroquial de allí el 11 siguiente; que durante el embarazo y el parto Sierra Cadavid atendió a Ana de Jesús enviándole "dinero, drogas y demás"; que desde cuando el demandante nació y hasta la muerte del mentado Sierra Cadavid, ocurrida en Medellín el 22 de junio de 1976, éste dio a aquél el trato de hijo suyo, atendió a su subsistencia y establecimiento y en esa calidad lo presentaba a "sus deudos y extraños", a tal punto que, como a la vez recibía el trato paternal que el demandante le daba, "en todo el municipio de Girardota" se ha tenido por cierta esa relación paterno-filial, creencia popular que refuerza "el gran parecido físico y de modales entre padre e hijo".

Agrega el demandante que antes del óbito de Sierra Cadavid, quien había contraído matrimonio católico con Ana Josefa de las Mercedes Sierra, unión en la cual procrearon a los demandados, constituyó con su esposa e hijos legítimos, mediante la escritura pública Nº 928 de 28 de mayo de 1976, una sociedad comandita por acciones de la cual es socia gestora la precitada señora Sierra de Sierra.

3. En su oportuna contestación a la demanda los demandados se opusieron a todas las súplicas de su demandante; y en cuanto a los hechos, salvo los atinentes a la muerte del causante y al nacimiento de los demandados, los cuales sí aceptaron como ciertos, negaron los demás.

Concretamente, en relación con los hechos invocados como fundamentos de la paternidad reclamada los demandados aseveraron que "... la señora Ana de Jesús Guzmán, vivió hasta finales de 1925 en casa de Lola Londoño de Palacio, en el Municipio de Girardota, en el área urbana. Luego de finales de 1925 se trasladó a vivir a una casa que poseía la señora Guzmán en la vereda 'Juan Cojo' de Girardota. La finca era de propiedad de Rafael Sierra Sierra"; y que Roberto Sierra Cadavid, padre legítimo de los demandados, "nunca llegó a vivir en la finca 'La Montera', en esta finca vivió el señor Enrique Sierra C. y José Jesús Sierra C., hermanos del señor Roberto Sierra C.".

4. Replicada en tales términos la demanda, se continuó luego en la ritualidad de la primera instancia del proceso con la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes.

Y surtido que fue todo el trámite del grado, el Juzgado del conocimiento dictó su sentencia de 18 de septiembre de 1981: mediante ella declaró a Roberto Guzmán hijo natural del finado Roberto Sierra Cadavid; dispuso, como consecuencia, que tiene derecho a la herencia de su padre en la proporción correspondiente, pero solamente frente a los herederos Mario Augusto, Ana Cecilia, Roberto Ignacio y Fabio de Jesús Sierra Sierra, y Ana Josefa vda. de Sierra; declaró caducada la pretensión patrimonial frente a los demandados María Ligia, Francisco Guillermo, Francisco Gustavo, María Elvia, Martha Eugenia, Celina, Gabriel y Jorge Hernando Sierra Sierra; y, por último, impuso las costas procesales "a la parte demandada".

5. No conformes con lo así resuelto, tanto demandante como demandados interpusieron apelación, recurso que, concedido, llevó el proceso al conocimiento del Tribunal Superior de Medellín, el que, luego de rituar el trámite de la instancia, incluso el decreto y práctica oficiosos de pruebas, profirió su fallo de 27 de octubre de 1982, con el cual decidió el litigio así:

a) Infirmó la sentencia apelada; b) en su lugar, denegó las peticiones deducidas en la demanda inicial del proceso; c) condenó al demandante en las costas causadas en las dos instancias del proceso; d) se inhibió a resolver en el fondo la pretensión deducida por el demandante frente a la

sociedad "Inversiones Sierra de Sierra y Cía., por falta de legitimación en la causa por pasiva"; y e) finalmente ordenó investigar penalmente la conducta de una de las personas que rindieron declaración jurada en el proceso, por estimar que es posible que se haya cometido un delito de falso testimonio.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Tras relatar los antecedentes del litigio y de compendiar el trámite del proceso, capítulo en el cual determina las fechas del fallecimiento de Sierra Cadavid y de notificación del auto admisorio de la demanda a cada uno de los demandados, en el proemio de las consideraciones de su sentencia el Tribunal, analizando la legitimación en la causa dice que ésta, por pasiva, la tienen en esta clase de procesos los herederos y el cónyuge del presunto padre natural.

Consecuente con tal postulado, dice el sentenciador *ad quem* para fundamentar la resolución inhibitoria a que en su fallo llega: "ni la pretensión declarativa-constitutiva de filiación natural, ni la consecuencial que se enuncia como de petición de herencia pueden ser resistidas por una sociedad que el de *cujus*, presunto padre natural hubiera constituido en familia con cónyuge e hijos, antes de su fallecimiento. Por lo mismo y por falta de legitimación por pasiva, la demanda no afectará a la sociedad comandita 'Inversiones Sierra de Sierra y Cía',... en relación con la cual la sentencia será apenas formal".

2. Luego de expresar que aunque la fundamentación jurídica que la demanda trae "es páupera, ni siquiera hace referencia legal a las causales invocadas", el Tribunal afirma que "una muy generosa interpretación" le permite inferir que la pretensión de paternidad deducida en ese libelo, la finca el demandante en 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 del peticionante, por la época de la concepción de éste; la posesión notoria del estado de hijo que Sierra Cadavid le dio al demandante; y, por último, el trato personal y social que el presunto padre le habría dado a Ana de Jesús Guzmán, durante el embarazo y parto.

Y después de pormenorizado estudio de toda la prueba testifical practicada en el proceso, el sentenciador *ad quem* descarta, pues no la encuentra demostrada, la presunción de relaciones sexuales. Amparado en ese mismo análisis probativo, a igual conclusión llega en relación con el motivo de paternidad fundado en el trato personal y social, "porque ninguno de los testigos depone acerca de tales hechos, y la alusión única e irrelevante probatoriamente que se yergue es la de la madre natural, quien así alega haber recibido ayuda de Roberto Sierra...".

3. Desechadas pues por él estas dos primeras causales de paternidad natural, el Tribunal de Medellín acomete el análisis de la restante de las tres invocadas, o sea la atinente a la posesión notoria. Dice al punto en qué consiste ésta, cuáles son sus presupuestos axiológicos y cómo se demuestra judicialmente, todo esto con cita de los pertinentes preceptos legales.

Analiza separadamente, transcribiendo de ellos los que estima sus pasos más relevantes, los testimonios de José Luis Restrepo Londoño, Jesús Antonio Gómez García, Juan Evangelista Puerta Múnera, Mario Sierra, Fabio Sierra Sierra y la propia versión del demandante Roberto Guzmán para afirmar, frente a tales declaraciones, que de ellas "no puede inferirse un tratamiento especial siquiera como el que corresponde a un hijo natural habido en una empleada doméstica, como que apenas resultan indicios leves: que aun aunados no logran producir convicción. Los indicios leves, por variados y plurales nunca logran constituir prueba suficiente".

4. En su crítica global que hace a tales testimonios, dice el *ad quem* que con ellos se puede aseverar que nunca el demandante usó el apellido de Sierra Cadavid: "Que le decían Sierrita, que le decían Gavilán... son apodos, hasta significativos de ha-

bladurías, de rumores, pero desprovistos de la idea de posesión del estado de hijo natural"; que si Sierra Cadavid recibió en su finca "El Diluvio" a Roberto Guzmán por un período de dos a siete años, sin embargo "lo empleó como jornalero raso", lo cual sería también apenas "un indicio leve"; y que si aquél suministró a éste en 1960 la suma de $ 8.000.oo "para que termine una carrocería", hecho "probado débilmente", eso sería "posible indicio grave pero aislado en el tiempo".

Considera el juzgador de segundo grado, y así lo expresa en su sentencia, que en el caso *sub júdice* tampoco se da el elemento *fama,* integrante de la posesión notoria, pues que los declarantes aluden a la creencia popular de Girardota, lo que exponen porque lo han oído decir, "pero como habladurías, como rumor sin causa en el trato ni en el nombre". Que todo eso, de otra parte, constituye "indicios leves que no alcanzan la categoría de la gravedad".

Añade que, de otra parte, esos testimonios "no resisten ninguna exigencia crítica; aluden a vaguedades: que se ha oído decir, que le dio la cuota o le completó la cuota para el primer bus..., que le dijo gracias padre, cuando el mismo Guzmán alude a Roberto Sierra Cadavid como a don Roberto".

5. Conclusión de su estudio de la prueba testificial es pues, para el Tribunal, la de que "pese a esos indicios que evidencian un trato insular, no se dan las condiciones de la ley para decir que Roberto Guzmán gozó del estado de hijo natural de Roberto Sierra porque éste lo hubiera tratado como a hijo natural, ni siquiera como a hijo natural de la sirvienta... como normalmente acaecería en nuestro medio... porque no proveyó a su subsitencia, ni a su educación ni a su estado... como que no puede tener el carácter de tal esa ayuda probable que le concediera...".

Y añade que como Sierra Cadavid no sostuvo ni mantuvo al demandante, no puede entonces "hablarse de un reconocimiento continuo, perseverante, de todos los días y de todos los instantes por cinco años".

III

El recurso extraordinario

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante. En la correspondiente demanda el recurrente formula contra dicho fallo dos cargos, ambos dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y que la Corte procede a analizar y despachar en conjunto por venir los dos fundados en razones sustancialmente semejantes.

Cargo primero

1. Por éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por inaplicación, los artículos 1º, 8º y 18 de la Ley 45 de 1936; 6º, numeral 6º de la 75 de 1968; 399, 1321, 1322, 1323 y 1324 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 174, 175, 183, 187, 195, 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil.

2. Concretando el yerro de *jure* que denuncia, dice el censor que tal falencia consiste en que no obstante deducirse "de varias declaraciones de testigos la existencia de *indicios graves,* que infieren la paternidad de Roberto Sierra Cadavid, en relación a su hijo, Roberto Guzmán o Roberto Antonio Guzmán, por haber ocurrido la posesión notoria de hijo por tiempo superior a cinco años, equivocadamente el Tribunal de Medellín consideró que las indicaciones eran leves, además que los indicios solamente evidenciaban un trato insular de hijo frente al padre...".

3. En su intento de demostrar el cargo que formula el casacionista, después de precisar los requisitos que doctrinaria y jurisprudencialmente deben tener los indicios para que alcancen eficacia probatoria, emprende la tarea de analizar, transcribiendo algunos de sus pasos, los testimonios de José Fernando Jaramillo, José Luis Restrepo Londoño, Juan de Jesús Cadavid,

Juan Bautista Gómez, Vitalino Tamayo Martínez, Vicente Zuleta Londoño y la declaración del propio demandante, para concluir que de todos ellos aparecen demostrados los hechos indicadores, que concreta y precisa así:

"a) Que varios amigos del pretenso padre Roberto Sierra Cadavid, y el vecindario en general del Municipio de Girardota, tiene como verdadero y cierto que Roberto o Roberto Antonio Guzmán, es hijo natural de Roberto Sierra Cadavid;

"b) Que Roberto Sierra Cadavid, ayudó económicamente a Roberto Guzmán para el arreglo de su carro, para la construcción de su vivienda y para cubrir las demás necesidades;

"c) Que el pretenso hijo ha llevado ante la ciudadanía desde su bautismo el nombre de su padre Roberto..., como también se le ha apellidado *Sierra* o *Sierrita*, o sea, el mismo apellido de su pretenso padre;

"d) Que el tratamiento y la fama de hijo que le prodigara Roberto Sierra Cadavid a su hijo Roberto o Roberto Antonio ha sido por espacio de más de cinco años".

4. En remate de esta censura, dice el impugnador que los apartes de las declaraciones testimoniales que él transcribe en su demanda, "nos ponen de presente que no se trata solamente de un solo indicio como el que se puede inferir de la fama de hijo de Roberto Guzmán en relación a su padre Roberto Sierra Cadavid, sino que también se origina otro diverso de las ayudas económicas hechas por el padre al hijo, para construir casa, arreglo de carrocería, o de la asignación en el bautismo del mismo nombre que su padre y la utilización y el conocimiento como de apellido Sierra o Sierrita que usaba Roberto Guzmán y con el que lo conocían sus allegados y el vecindario, etc., de tal suerte que los hechos indicadores dan fundamento analítico para inferir la existencia inequívoca de varios indicos demostrativos de la paternidad investigada".

Cargo segundo

1. Mediante éste el recurrente acusa la sentencia de segundo grado de ser indirectamente violatoria, también por falta de aplicación, de los mismos preceptos legales sustanciales señalados en el cargo anterior, pero indicando aquí como causa de dicha infracción el error de hecho evidente en que habría incurrido el Tribunal por falta de apreciación de algunas pruebas.

Expresa la censura que la sentencia combatida, "en especial cuando estudió la causal de reconocimiento de hijo natural *de posesión notoria*", omitió considerar las declaraciones juradas de Juan Bautista Gómez, Vitaliano Tamayo Martínez y Juan de Jesús Cadavid; los interrogatorios que en el proceso absolvieron el demandante Roberto o Roberto Antonio Guzmán y su madre Ana de Jesús Guzmán Zuleta; y, además, que "no tuvo en cuenta la copia de la partida de nacimiento de Roberto Antonio Guzmán".

2. Concretando el yerro de *facto* que denuncia, el casacionista dice que consistió en que el *ad quem* "no tuvo en cuenta las declaraciones, interrogatorios y partida de bautizo del pretenso hijo, de los cuales se subsumen los indicios, con los que se acredita plenamente la existencia de la paternidad natural de Roberto Sierra Cadavid frente a su hijo Roberto Antonio Guzmán".

Y luego de transcribir parte del contenido de los citados testimonios e interrogatorios, y de observar que en la partida de origen eclesiástico del bautismo del demandante a éste se le puso "el nombre de Roberto Antonio, hijo de Ana Guzmán... padrino José Joaquín Sierra", con el propósito de demostrar el cargo asevera el censor: "De tales declaraciones, interrogatorio y partida, dimana que existen demostrados hechos indicadores de los cuales se infieren indicios graves, convergentes y concurrentes, que conducen a dejar como establecido probatoriamente que el señor Roberto o Roberto Antonio Guzmán es hijo de Roberto Sierra Cadavid, consecuencialmente el Tribunal al emitir el fallo cuestionado no tuvo en cuenta la prueba indiciaria edificada en las declaraciones, interrogatorios y partida de bautismo, cuya aparición en el proceso se ajusta a los requisitos que tradicionalmente se han edificado para tal prueba".

3. Considera el impugnante de la sentencia, y así lo asevera en la fundamentación de este cargo, que del análisis de la prueba referida "se deduce la existencia de los siguientes hechos indicadores:

"a) Que varios amigos del pretenso padre Roberto Sierra Cadavid, y el vecindario en general del Municipio de Girardota, tiene como establecido que Roberto o Roberto Antonio Guzmán, es hijo natural de Roberto Sierra Cadavid;

"b) Que Roberto Sierra Cadavid, ayudó económicamente a Roberto Guzmán para el arreglo de su vehículo, la construcción de su vivienda y para cubrir las demás necesidades;

"c) Que el pretenso hijo ha llevado ante la ciudadanía desde su bautismo el nombre de su padre Roberto, como también se le ha apellidado Sierra o Sierrita o sea el mismo apellido de su pretenso padre; y

"d) Que el tratamiento y la fama de hijo que le prodigara Roberto Sierra Cadavid a su hijo Roberto o Roberto Antonio fue por espacio de más de 5 años".

4. Estima el casacionista, y así lo expresa al rematar este cargo, que los pasos trascendentes de las declaraciones, interrogatorios de parte y acta de nacimiento, que el Tribunal no vio, "nos ponen de presente que no se trata solamente de un solo indicio como el que se pruebe inferir de la fama de hijo de Roberto Guzmán en relación con su padre Roberto Sierra C., sino que también se origina otro diverso de las ayudas económicas hechas del padre al hijo, para construir casa, arreglo carrocería o la de asignación en el bautismo del mismo nombre que su padre y la utilización y el conocimiento de apellido de Sierra o Sierrita que usaba Roberto Guzmán, o que lo conocían sus amistades y vecindario de tal suerte que los hechos indicadores dan fundamento a la litis para inferir la existencia ineqívoca de varios indicios demostrativos de la paternidad investigada".

IV

Consideraciones de la Corte

1ª Háse dicho, en el campo del recurso de casación, que la función de analizar las pruebas para aplicarlas a los hechos litigados corresponde ordinaria y normalmente a los juzgadores de instancia; que es en las instancias del proceso en donde generalmente se debaten, y deben debatirse, todas las cuestiones fácticas del pleito, sobre las cuales sólo excepcionalmente puede volverse en casación. Esa misión que la ley defiere a aquellos agentes de la jurisdicción, esa confianza que les hace, es lo que la doctrina ha llamado *soberanía del fallador en la apreciación de las pruebas.*

Y como en la prueba por indicios se trata fundamentalmente de que el sentenciador, partiendo de un hecho conocido y a través de una inferencia lógica o un juicio deductivo descubra la existencia del hecho que se controvierte en el pleito, esa denominada soberanía del juzgador sube de punto desde luego que su convicción no rebasa el campo de su inteligencia. Por lo consiguiente, no puede existir duda alguna acerca de que por regla general el debate sobre el mérito de los indicios queda cerrado definitivamente en las instancias, y que la crítica en la Corte a dicha apreciación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o por uno de derecho estuvieron admitidos, como probados o como no probados, los hechos indicativos de la inferencia.

Porque, *a juicio de esta Sala, no es posible en el rigor de la casación descartar la ocurrencia del yerro de* jure *en la apreciación de los indicios: en verdad que, por tratarse en tales hipótesis de la ponderación jurídica de la prueba y no de su contemplación objetiva, en esa especie de error puede incurrir el sentenciador cuando, muy a pesar de estar prohibido directa o indirectamente tal medio de prueba para ese específico supuesto de hecho, con apoyo en él lo da por demostrado; o cuando no tiene por acreditado un hecho, por considerar equivocadamente que la ley excluye el indicio como medio para su cabal demostración.*

2ª *Con el propósito de buscar seguridad y acierto en las deducciones o inferencias del Juez, el artículo 249 del Código de Pro-*

cedimiento Civil, en armonía con la ciencia de las pruebas, establece que para atribuir eficacia probatoria a los indicios éstos deben apreciarse "en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso". La gravedad *es el requisito que mira al efecto serio y ponderado que los indicios produzcan en el ánimo del juzgador; la* precisión *dice relación al carácter del indicio que conduce a algo inequívoco como consecuencia; y la* conexidad o concordancia, *a que lleven a una misma conclusión o inferencia todos los hechos indicativos.*

Como las calidades de pluralidad, gravedad, precisión y conexidad de los indicios son aspectos de hecho que se refieren a la objetividad misma de la prueba y no a la valoración de ésta, su apreciación tiene que quedar bajo el poder discrecional de que goza el juzgador de instancia y cuyo desacierto al enjuiciar esas calidades entraña un error de hecho y no de derecho. La calificación que de los indicios haga el sentenciador, vale decir, si en su concepto son plurales, graves, precisos y conexos, o, por el contrario, único, leves y no concordantes entre sí, es por ello función que se guarece en la autonomía del fallador de instancia, cuyo criterio tiene que permanecer inmutable en casación mientras no se demuestre que adolece de error fáctico evidente, porque contradice ostensiblemente los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza.

De ahí que, como en el punto lo ha dicho reiteradamente la Corte, "...si en el proceso mental realizado por el juzgador, éste no resulta convicto de contraevidencia, ni en la contemplación de los hechos constitutivos de los indicios, ni en la tarea dialéctica de discriminar, sopesar y relacionar éstos, en razón de lo cual llegó a las conclusiones de hecho en que cristaliza la prueba, entonces, aunque sobre el elenco indiciario se pueda ensayar por el crítico interesado un análisis diverso al verificado por el sentenciador, para sacar consecuencias contrarias a las obtenidas por éste, tiénese que en esa contraposición de razonamientos forzosamente ha de prevalecer el del Tribunal, cuyas decisiones, como emanadas de quien es el agente de la justicia, revestidas están de la presunción de acierto" (Cas. Civ. 22 de noviembre de 1965).

3ª En el caso de este proceso el Tribunal de Medellín, después que analizó los testimonios recibidos, dijo que no encontraba probada la posesión notoria del estado de hijo que el demandante invocó en apoyo de su pretensión, porque de tales declaraciones testificales "no puede inferirse un tratamiento especial siquiera como el que corresponde a un hijo natural habido en una empleada doméstica, como que apenas resultan indicios leves: que aún aunados no logran producir convicción".

El ataque a la sentencia contenido en el primer cargo de la demanda de casación que aquí se considera, lo formula el impugnante sobre la afirmación de que, al contrario de lo que al respecto afirma el *ad quem*, de varias declaraciones de testigos se deduce "la existencia de *indicios graves*, que infieren la paternidad de Roberto Sierra Cadavid, en relación a su hijo, Roberto Guzmán o Roberto Antonio Guzmán...".

Un leve cotejo o parangón del contenido de la sentencia y del fundamento del ataque le permite a la Corte afirmar, sin asomo de duda, que el camino elegido por el casacionista para formular este primer cargo está equivocado, pues *siendo el calificativo de leves o graves que se atribuye a los indicios cuestión fáctica, no podía basarse la impugnación en error de derecho como aquí se hace.* Por ello, esta primera censura no puede prosperar.

4ª De acuerdo con lo que preceptúa el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, la posesión notoria del estado civil de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo

a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento. Y para que dicha posesión autorice una declaración judicial de paternidad tiene que haber durado cinco años continuos por lo menos (art. 9º, Ley 75 de 1968).

Tres son pues, según doctrina jurisprudencial reiterada, los elementos que tipifican la posesión notoria del estado civil de hijo natural: el trato, la fama y el tiempo.

Pero el tratamiento de que habla la norma en referencia no consiste únicamente en que el padre y el hijo se den mutuamente el calificativo de tales, sino además en que el primero haya atendido a la subsistencia, educación y establecimiento del segundo. Ese calificativo puede en verdad ser una circunstancia que confirme las relaciones familiares entre las personas que se lo dan, pero no constituye, por sí solo, el tratamiento que configura la posesión notoria del estado de hijo natural. La fama, como elemento integrante de dicha posesión, consiste en que los actos del padre relativos a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo deben ser públicos o notorios, de modo que los deudos y amigos, o el vecindario en general, puedan darse cuenta de ellos y deducir de los mismos las calidades de padre e hijo de dichas dos personas. Tanto el tratamiento como la fama deben tener una duración de cinco años continuos por lo menos.

5ª *Como el tiempo se encarga de sacar el balance consolidado de los hechos sociales, la posesión de estado de hijo natural es prueba excepcionalmente idónea de tal estado, desde luego que entraña una confesión espontánea, reflexiva e insistentemente reiterada de la paternidad. Mas, por la gravedad misma que el estado civil de las personas encierra, el legislador colombiano se ha preocupado siempre porque la demostración de la posesión notoria esté presidida por un criterio, no de simple probabilidad, sino de firme certidumbre. Por eso el artículo 399 del Código Civil preceptúa que se pruebe "por un conjunto de testimonios fidedignos,* que la establezcan de un modo irrefragable; *particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida, o la pérdida o extravío del libro o registro en que debiera encontrarse" (subraya la Sala).*

Lo cual significa que la prueba indiciaria, que tradicionalmente ha sido vista como una probabilidad; que es indirecta desde luego que de un hecho conocido se infiere la posible existencia de otro, no es por lo tanto por sí sola medio probatorio eficaz para demostrar la posesión notoria de un estado civil. Fue claro propósito del legislador que ésta se acredite por un "conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable" con todas sus características peculiares (LXXVI, 635 y LXXX, 298).

6ª En verdad que, como lo dice el impugnador en el segundo cargo de su demanda, al estudiar la causal de posesión notoria el Tribunal no hizo alusión expresa a los testimonios rendidos por Juan Bautista Gómez, Vitaliano Tamayo Martínez y Juan de Jesús Cadavid. Sin embargo, tal pretermisión no constituye error de hecho trascendente en casación, pues el contenido de tales declaraciones es inane para dar por demostrados los elementos de la posesión notoria. En efecto:

El primero de los declarantes dichos afirma que conoce al demandante desde "cuando el mismo padre me dijo que era hijo de él"; "cuando él pasaba frente del papá Roberto Sierra lo saludaba", pero que las entrevistas entre estos dos sujetos "no eran frecuentes"; que ha "oído comentar que Roberto es el papá de Roberto Guzmán, muchas personas que me encuentro me han comentado", pero que "no sabe de relaciones entre Roberto Guzmán y los hijos de Roberto Sierra"; que no sabe, "tampoco he oído comentar", si los hijos de éste reconocen a aquél como su hermano; que "hace muchos años, no recuerdo los años ni las fechas", Sierra Cadavid le dijo que Roberto Guzmán "era su hijo", "reservadamente me lo dijo a mí, aquí en las escalas del atrio". Y en cuanto a ayudas

económicas de aquél a éste, el testigo asevera que lo sabe porque "él me lo comunicaba, pero no porque yo haya visto"; y que sabe que "Roberto le pasaba, le ayudaba, pero no sé en la niñez, yo conocí a Roberto de veinte o treinta años a Roberto Guzmán".

En su declaración jurada Vitaliano Tamayo asevera, al preguntársele en torno a relaciones amorosas de Roberto Sierra y Ana de Jesús Guzmán, que "en ese asunto, eso se dijo que este señor era hijo de Roberto Sierra, yo lo conocí cuando estaba chiquito..., eso se decía"; que, en cuanto ayudas económicas de Sierra Cadavid a Roberto Guzmán, sólo "oí comentarios...; de esas ayudas sé porque el mismo Roberto el hijo me dijo que le ayudó y le ayudaba y lo reconocía como hijo de él, él estaba haciendo una casita y le ayudó también me dijo Roberto Guzmán"; que en punto de relaciones del demandante con los familiares del presunto padre, "eso si no me consta"; que Roberto Guzmán le comentaba al deponente que a Roberto Sierra "lo reconocía como a su padre porque le había también ayudado a hacer su casita cuando la estaba construyendo". En cuanto a ayudas de carácter económico para la reparación del carro y construcción de la casa, el testigo dice que "oí decir que le había ayudado...; que por los comentarios sabe que le ayudó cuando él estaba construyendo la casa y cuando consiguió el carro...".

Juan de Jesús Cadavid asevera que "yo sé algo" sobre la ayuda que Sierra dio a Guzmán para la reparación del carro, porque, dice el testigo, "mi papá por varias veces llamó a Roberto Guzmán y le dijo hombre Roberto por qué no va a donde su papá, y le dice que le ayude para la terminada de esa carrocería... y a los dos o tres días llegó don Roberto Sierra y le hizo una ayuda de $ 8.000.oo..."; que ese día el demandante dijo a Sierra Cadavid: "Mi Dios se lo pague, papá"; que por comentarios que se hacen en el poblado de Girardota, "yo oigo decir, de que Roberto Guzmán es hijo de don Roberto Sierra...".

7ª Palmar resulta, en verdad, que con tales testimonios ni por asomo puede aseverarse la existencia de la posesión notoria que el demandante invoca como fundamento de su pretensión. Ninguno de tales declarantes depone concreta y precisamente sobre hecho o acto alguno percibido directamente por ellos, tocante con la subsistencia, educación y establecimiento del citado Roberto Guzmán; siendo fiel al contenido de tales testimonios la Corte tiene que decir que en ellos sus autores no se refieren, por conocimiento directo, pues todos dicen que lo oyeron decir, a actos concretos y reiterados entre Guzmán y Sierra Cadavid que estructuren el tratamiento; tampoco a los que pudiesen ser sustento serio de la fama; ni menos a la prolongación de esos posibles actos o hechos por un período de más de cinco años.

Y siendo ello así, como en rigor de verdad lo es, no resultaría posible deducir con fundamento serio de esas declaraciones testimoniales los elementos estructurales de la posesión notoria del estado civil de hijo natural que, relativamente a Roberto Sierra Cadavid reclama Roberto Guzmán. Dichos testimonios, como tales, son ineficaces al efecto pretendido; y lo son también como prueba indiciaria, pues de su contenido no puede extractarse indicio alguno con calidad de grave.

8ª De que el sentenciador de segundo grado, al analizar la causal de posesión notoria, no hubiere apreciado expresamente los interrogatorios absueltos en el proceso por el propio demandante y su madre, Ana de Jesús Guzmán, no puede seguirse que incurrió en error de hecho manifiesto y trascendente, pues es inaceptable pretender que la *paternidad natural pueda probarse* con los dichos claramente interesados de quien la demanda y su propia madre. Las afirmaciones del primero es obvio que no pueden constituir confesión, pues no se trata del reconocimiento de un hecho para él perjudicial; y las de la segunda, apenas si serían un testimonio sujeto a severa crítica, que no la resistiría el íntimo vínculo de parentesco que la une con el demandante.

Ni es aceptable decir que como al demandante, al ser bautizado católicamente

se le puso el nombre de Roberto, que es también el nombre del presunto padre, tal hecho es indicativo de la paternidad natural reclamada. Como entre ese acontecer y el hecho aquí controvertido no hay relación íntima de causa a efecto, conexidad ni gravedad algunas, ni por semejas puede jurídicamente atribuírsele la categoría de indicio necesario al hecho demostrado.

9ª Por lo dicho, también este segundo cargo está destinado al fracaso.

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 27 de octubre de 1982 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Horacio Montoya Gil, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

DEMANDA. Interpretación

No hay error de hecho manifiesto cuando el juzgador da prevalencia a una cualquiera de sus aceptables interpretaciones

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., marzo trece de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Procede hoy la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 18 de febrero de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por la entidad "Bodegas y Almacenes Copropietarios & Cía. S. A." contra María Gregoria del Carmen Gómez.

I

El litigio

1. Mediante escrito que fue repartido el 15 de febrero de 1980 al Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá, la sobredicha sociedad demandó a la citada María Gregoria a efecto de que, previos los trámites del *proceso ordinario de mayor cuantía*, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que por ser la sociedad demandante "titular del dominio y posesión regular" del lote de terreno y la bodega sobre él construida, inmueble distinguido con el número 8-61 de la carrera 38 de esta ciudad, comprendido dentro de las alindaciones generales que en la demanda se consignan, "es dueña igualmente, por pertenecerle el de comercio números 99, 100 y 101, integrantes de la mencionada bodega, cuyos *dominio y posesión plenos*", de los puestos linderos se indican separadamente para cada uno de ellos en ese mismo libelo;

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la demandada *a restituir* a la demandante, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo que así lo ordene, los referidos tres puestos de comercio de la sobredicha bodega;

c) Que se condene a la demandada, igualmente, a pagar a la demandante, dentro del plazo señalado en el literal anterior, el valor correspondiente de los frutos civiles producidos por esos tres puestos de comercio desde diciembre de 1966, y no solamente los percibidos sino también los que "tales puestos hubieran podido producir con mediana inteligencia y actividad de su dueña";

d) Que se la condene además a pagar a la sociedad demandante "los perjuicios de todo orden" que ésta viene sufriendo "con la apropiación, retención dolosa de los puestos de comercio", perjuicio cuyo monto debe ser tasado pericialmente; y

e) Que debe pagar además las costas procesales.

2. Las afirmaciones de hecho que la demandante invocó en apoyo de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizadas en las siguientes:

a) Que en 1966, varios comerciantes de San Andresito de Bogotá, formaron una gran sociedad de hecho, que posteriormente se desmembró en dos, llamadas: Bodegas S. A. y Bodegas y Almacenes Copropietarios & Cía. S. A.;

b) Que la sociedad de hecho inicial había adquirido de la "Fundación Gabriel Echavarría", desde diciembre de dicho año, "en promesa de venta, con entrega de la posesión material a la prometiente compradora", un grupo de ocho bodegas adyacentes entre sí, dentro de las cuales se enlistó la demarcada con los números 8-61 de la carrera 38 de Bogotá;

c) Que mediante la escritura pública Nº 4969, otorgada el 1º de septiembre de 1970 en la Notaría 1ª de Bogotá, la precitada fundación "Gabriel Echavarría" transfirió a la sociedad "Bodegas S. A." a título de venta, entre otras, la bodega 8-61 de la carrera 38 de Bogotá, que en diciembre de 1966 había prometido en venta y entregado a la sociedad de hecho inicialmente formada;

d) Que para zanjar los diferendos patrimoniales que surgieron entre las sociedades "Bodegas S. A." y "Bodegas y Almacenes Copropietarios & Cía. S. A.", éstas celebraron la transacción contenida en la escritura pública Nº 5349, pasada el 18 de diciembre de 1975 en la Notaría 3ª de Bogotá, por la cual la primera de estas dos entidades transfirió a la segunda el dominio y la posesión que había adquirido sobre la bodega Nº 8-61 de la carrera 38;

e) Asevera la demandante a través del hecho 6º de su demanda, que ella, "desde cuando lo fue de hecho, decidió siguiendo el rumbo que se trazó en su formación y constitución, utilizar la bodega en el ejercicio del comercio, para servicio colectivo de sus socios, y al efecto la dividió en la superficie de su suelo con puestos demarcados para la instalación" de pequeños comercios, de los cuales los números 99, 100 y 101 son "los que ocupó y viene ocupando la demandada con depósito, compra y venta de mercancías...";

f) Que la sociedad demandante "nunca ha hecho liquidación en que haya distribuido su activo, de modo que alguno de sus socios hubiera podido recibir dividendos, en especie, ni tiene contrato alguno con la demandada", quien se ha negado a atender los "diversos reclamos restitutorios de los puestos" que le ha hecho la demandante;

g) Que la demandante cobra mensualmente, por alquiler de cada puesto, sumas que oscilan entre $ 500.oo y $ 1.200.oo, pero que María Gregoria del Carmen Gómez, la demandada, "no le ha restituido a la sociedad ninguna suma compensatoria del goce de los puestos que ocupa, en todo el tiempo de su ocupación"; y

h) Que la demandada "ha tenido siempre, aparte de la usurpación gratuita de sus bienes, posiciones de deslealtad contra la sociedad, y todo lo cual y el goce arbitrario de los puestos de comercio que retiene, la determinan como persona de mala fe".

3. En su oportuna contestación a la demanda la demandada se opuso a las súplicas de su demandante.

En cuanto a los hechos, manifestó que ella es socia de la sociedad de facto creada desde febrero de 1968, que fue la que adquirió la bodega; que si bien es cierto que "Bodegas S. A." aparece comprando a la fundación "Gabriel Echavarría" ese inmueble, tal hecho es nulo, pues quien figura como vendedor no era dueño de la cosa, "ya que el titular de la promesa de contrato, lo era la sociedad de hecho constituida por la escritura pública Nº 355, de 8 de febrero de 1968 de la Notaría 10ª de Bogotá y sus socios; no los mandatarios que se autoenajenaron el derecho de prometiente compradora de esa sociedad de hecho de la que eran mandatarios...".

4. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de las 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 8 de julio de 1982, mediante la cual decidió el litigio así:

a) Reconoció el dominio de la demandante respecto de la bodega 8-61 de la carrera 38 de Bogotá y por ende de los puestos 99, 100 y 101, integrantes del inmueble; b) condenó a la demandada a restituir a aquélla, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo, los citados tres puntos de comercio; c) condenó a la misma demandada a pagar a la demandante, dentro del mismo término, el valor de los frutos civiles producidos por tales comercios, cuyo monto ordenó liquidar; d) impuso a la demandante la obligación, *in género*, de pagar a la demandada, dentro del mismo término indicado, las "mejoras y expensas necesarias puestas por ésta antes de notificársele la demanda"; y d) finalmente, impuso a la demandada las costas procesales.

5. Por virtud de la apelación interpuesta contra lo así resuelto por la parte desfavorecida con el fallo, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, después de haber rituado la instancia, profirió su sentencia de 18 de febrero de 1983, mediante la cual, luego de infirmar la apelada, denegó las súplicas deducidas en la demanda inicial del proceso e impuso al demandante las costas causadas en las dos instancias.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Tras referirse a los antecedentes del litigio y advertir que los presupuestos del proceso se encuentran presentes, entra el sentenciador *ad quem* a interpretar la demanda inicial del proceso, pues estima que ella, por los términos en que viene concebida, "no ofrece la apariencia de claridad y nitidez en el planteamiento tanto fáctico como de pretensiones".

En esa tarea, tendiente a conocer la verdadera pretensión de la demandante, dice el Tribunal que, según elementales principios el escrito con el cual se inicia un proceso "delimita el campo de aplicación jurisdiccional", lo que significa, agrega, "que la decisión que haya de proferir el Juez ha de encuadrar perfectamente dentro del planteamiento formulado por el actor".

Dice además el juzgador de segundo grado que dentro de los requisitos formales de la demanda, exigidos por el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, sobresalen por su importancia los referentes a las pretensiones deducidas y a los hechos que les sirven de *causa petendi*.

2. Y después de analizar los elementos estructurales de la acción reivindicatoria, expresa el Tribunal que el objetivo de ésta es "la restitución de la cosa, a cargo del demandado y a favor del demandante", pero que nada impide que en la misma demanda se pida la declaración de dominio, "ya que se trata de una pretensión que no solamente es acumulable a la reivindicatoria sino que armoniza con ésta".

Asentado por él el anterior postulado, pasa el Tribunal a concretar las pretensiones de la demandante. Dice al efecto que en su demanda solicita que se la declare propietaria de la bodega y de los tres puestos de comercio, lo que "no ofrece inconveniente alguno"; pero que "allí mismo pide también que se le declare poseedora regular de dichos bienes", aspiración que encuentra reiterada en la segunda súplica, al decir que busca la restitución de los puestos de comercio por ser la demandante "titular del dominio y *posesión regular* del inmueble mencionado".

Afirma el *ad quem* que "si la demandante se da por poseedora regular y, por ende, de poseedora material, desvirtúa y contradice ella misma, al solicitar la respectiva declaración, uno de los presupuestos axiológicos de la reivindicación: la posesión del demandado". Considera pues, y así lo asevera que "por la manera como

están recabadas las peticiones *primera y segunda*", la "demanda contradice en su forma la pretensión reivindicatoria".

3. Estima el Tribunal que examinada la demanda inicial de este proceso "con algún detenimiento", en ella no se expresa categóricamente que la demandada sea la poseedora material de la cosa que la demandante reclama.

Explanando su aserción, dice que el hecho 6º de ese libelo habla de "mera *ocupación*, y no de manera directa sino de soslayo, como si ya en algún hecho anterior, hubiera hecho la afirmación directa"; que en el hecho 10 se dice que la demandada ha causado perjuicios a la demandante "con la ocupación de los puestos de comercio"; y que en los ordinales 8º y 9º de la demanda se alude a "algún posible vínculo jurídico que une a la demandante con la demandada", o sea que ésta es, en relación con aquélla, "socia con algún derecho al goce de los puestos"; y que en el ordinal 11 la demandante califica a la demandada como "persona de mala fe y no como *poseedora* de mala fe, lo cual viene a corroborar cierta reticencia de la demandante en tocar de frente el punto relativo a la posesión de la demandada".

4. Dice el Tribunal, por último, que como la demanda "elude y contradice un planteamiento reivindicatorio franco, serio y responsable", tiene que concluir en que la pretensión deducida es "restitutoria sí, mas no reinvidicatoria".

Y que en ese caso la pretensión restitutoria "tendría que ser consecuencia de una acción posesoria por despojo o una acción de tenencia. Sin embargo, ambas carecen de fundamentos fácticos. La primera, porque no se menciona en la demanda cómo hubiera perdido su posesión la demandante; y la segunda, porque tampoco allí se señala el título de tenencia".

III

El recurso extraordinario

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación la entidad demandante. De los cinco cargos que con apoyo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil formuló el recurrente contra dicho fallo, la Corte contrae su estudio al primero y al tercero, pues los tres restantes se declararon inadmisibles por auto de 11 de agosto del pasado año.

Y como dichas dos censuras vienen apoyadas en fundamentos sustancialmente semejantes, la Sala procede a despacharlas en conjunto.

Cargo primero

1. Mediante él se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria, por inaplicación, de los artículos 669, 673, 740, 756, 946, 947, 950, 952, 981 y 1618 del Código Civil, a causa del error de hecho manifiesto en que habría incurrido el Tribunal en la interpretación de la primera pretensión deducida en la demanda.

2. Concretando el yerro de facto que denuncia, dice el censor que consistió en que el sentenciador le dio a dicha pretensión primera "un sentido que la demanda no se propuso, pues en ella no imploró la reivindicación de los puestos de comercio a que se refiere en el libelo, sino, el reconocimiento del dominio que tiene sobre tales inmuebles, como fundamento de la restitución que ejercita".

Con el propósito de demostrar el cargo, expresa el recurrente: "El *ad quem* al entender erróneamente, no obstante la claridad de su ejercicio como reconocimiento de dominio como elemento fundamental de la reivindicación, ya que por ello se le llama acción de dominio, que en la pretensión primera se incoaba reivindicación incurrió en la más palmar de las equivocaciones; pues que allí se aspiró a la declaración de que por cuanto la demandante es titular del dominio y posesión sobre los puestos de comercio 99, 100 y 101 comprendidos dentro de la división que en puestos de esa finalidad hizo la actora en la bodega Nº 8-61 de la carrera 38 de esta ciudad, los cuales le pertenecían, por pertenecerle y ser dueña de esa bodega, sin que se impetrara en esa pretensión restitución alguna".

3. Avanzando en el desenvolvimiento de esta censura, asevera el casacionista que "lamentablemente fue la equivocación lingüístico-legal, al pretender que la actora con las expresiones de que 'es titular del dominio y posesión' de la bodega, y de que 'es dueña igualmente por pertenecerle el dominio y posesión plenos' de los puestos de comercio, para los fines de que se declarara el dominio general de la bodega y el particular de los puestos, usó de una hibridez inaceptable para que se le reputara petición reivindicatoria y que el ejercicio de allí fue el reconocimiento de la titularidad del dominio y nada más".

Rematando la formulación del cargo, dice el impugnador que "el equivocado entendimiento de la literalidad de la primera pretensión creyéndola deprecatoria de la reivindicación, cuando no fue sino la invocación de la declaración de dominio como fundamental, llevó el *ad quem* del erróneo parecer sobre la pretensión *in procedendo*, al máximo *in judicando* con la grave consecuencia de ocasionar la perduración de una usurpación injustificada de la posesión de los puestos de comercio que le pertenecen".

Cargo tercero

1. Con éste se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria, también por inaplicación, de los artículos 762, 946, 947, 952, 1618 y 2079 del Código Civil, igualmente como consecuencia del error de hecho evidente en que habría incurrido el Tribunal en la interpretación de la segunda pretensión de la demanda.

2. Asevera el casacionista que el error de hecho que le enrostra al Tribunal consistió en que éste "al fraccionar los elementos de la posesión neutralizándoles y aislándose su conexión, para entenderlos con prescindencia de su conjunto, lo que fue obrar, así, contraevidentemente con la realidad intencional de la demandante, declaró alcance restitutorio; pero si, teniendo a la demandada, para liberarla de la mala fe y de ostentación gratuita a su desvinculación con el patrimonio de la sociedad actora, en el orden particular".

A intento de demostrar el yerro que denuncia, expresa el recurrente que "la interpretación de la demanda no fue, efectivamente completa; pues que, en cuanto a la pretensión restitutoria en segundo término no se tuvo en cuenta el conjunto de *petitum causa*, para negarle virtualidad de pretensión reivindicatoria, separando los términos 'ocupación *y lo mismo posesión*, con olvido de que la tenencia significa, precisamente, ocupación material, representativa del elemento *corpus*, esencia de la relación posesoria entre el sujeto y la cosa con abandono de la ponderación del conjunto de denunciaciones y locuciones alusivas a la posesión"; que, "cuando quiera que se aludió a la ocupación no podía menos entenderse que se trataba del mencionado elemento esencial; entendimiento que, al contrario, le fue aplicado a la demandada, aceptándole su alusión de ser dueña y señora de los cuestionados puestos, posición que, sin embargo, con apreciación correcta de la verdadera intención de la pretensión segunda, habría conducido al Tribunal, indefectiblemente, al encuentro del presupuesto de poseedora que le echó (sic) de menos a la demandada".

3. Rematando la formulación de este cargo, asevera el casacionista que el Tribunal "se desentendió de la concurrencia de elementos determinantes en la pretensión restitutoria, como fueron las varias alusiones al ejercicio de la demandada de hechos posesorios"; y que "la disgregación hecha por el juzgador de segundo grado de los elementos literales, visibles en la segunda pretensión, lo condujo a la infracción que se viene acusando en este aparte".

IV

Consideraciones de la Corte

1ª *Es hoy verdad averiguada, dentro de la teoría del recurso de casación, que la jurisdicción de la Corte para conocer de las cuestiones fácticas es excepcionalísima y limitada, uno de estos casos de excepción*

es precisamente cuando el sentenciador de instancia ha incurrido en error de hecho, o sea cuando desacierta ostensiblemente en la contemplación objetiva de la prueba, o de la demanda introductoria del proceso. Pero esta especie de yerro, para que sea relevante en casación, tiene que ser, por mandato expreso de la ley y exigencia constante de la jurisprudencia, evidente o manifiesto.

El artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, al establecer las causales o motivos de casación, expresa en efecto que si la infracción "proviene de errónea interpretación de la demanda, o de la apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, 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 en el proceso" *(subraya la Sala).*

Doctrinas y jurisprudencias, al unísono, dicen que sólo es error manifiesto, evidente, ostensible o protuberante el que aparece prima facie, *al primer golpe de vista; o sea, el que precisamente por ser tan grave y notorio, para poderlo encontrar no se requieren mayores esfuerzos o razonamientos; por sí solo se impone como una absoluta disconformidad con lo que el contenido objetivo de la prueba ostenta. Esta característica del yerro de facto también la tiene que tener el que consiste precisamente en indebida interpretación de la demanda inicial del proceso: lo será cuando la interpretación que el Juez de instancia le da sea ostensiblemente contraria a la que la demanda muestra en su contenido objetivo. De manera 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; ni menos reconocerle virtualidad suficiente para que con base en ella pueda casarse una sentencia.*

2ª *Hase dicho que es deber indeclinable del juzgador, sobre todo cuando se halla frente a demandas que adolecen de imprecisión y vaguedad, interpretarlas para desentrañar la verdadera intención del demandante, y que en esa tarea debe tener en cuenta todo el conjunto del libelo, o sea la unidad que forman el* petítum *y la* causa petendi. *Lo cual significa que dicha labor ponderativa del fallador, para que esté de acuerdo con su naturaleza y objetivo propios, no puede operar mecánica ni absolutamente: no lo primero, porque sólo procede una interpretación racional, lógica y ceñida a la ley; y menos lo segundo, porque trabada la relación procesal, de ella emerge para el demandado el derecho a impedir que se cambie la pretensión deducida a los hechos sobre los cuales ésta se apoyó.*

3ª Luego de aquilatar la sentencia impugnada tiene que decirse que, al contrario de lo que expresa el casacionista en el primer cargo de su demanda, el Tribunal en ninguna parte de su fallo dijo que en la primera súplica se deducía una acción reivindicatoria; es más, la razón toral que dio el *ad quem* para sustentar su fallo desestimativo de las súplicas de la demanda, fue la de que la pretensión en ella deducida es "restitutoria sí, mas no reivindicatoria".

Ni desconoció el *ad quem* que en tal súplica primera deprecaba la demandante la declaración a su favor del dominio sobre los bienes perseguidos. Dijo en efecto, después de advertir que nada impide que en la demanda reivindicatoria se pida la declaración de dominio, desde luego que son pretensiones acumulables, que la sociedad demandante pide, "en primer lugar, que se le declare propietaria de la bodega y de los puestos números 99, 100 y 101", lo que "no ofrece inconveniente alguno".

No dio pues el sentenciador de segundo grado a la primera súplica deducida en la demanda, la interpretación que el recurrente le endilga: como se ha visto, expresamente dice el fallo combatido que la primera petición se refiere a la declaración de dominio, y que luego se busca la restitución de unos bienes. Siendo ello así, co-

mo en realidad lo es, el cargo primero de la demanda de casación cae en el vacío, pues se apoya en afirmaciones que el Tribunal ni remotamente hizo.

4ª Y en verdad que, analizada detenidamente la demanda introductoria del proceso, en ella no aparece expresión alguna que categórica y frontalmente atribuya a la demandada el carácter de poseedora material de los bienes cuya restitución persigue la demandante, tal cual lo asevera la sentencia combatida.

Contrariamente, en la petición primera se afirma que la sociedad actora "es titular del dominio y posesión regular" de la bodega Nº 8-61 de la carrera 38 de Bogotá; en la segunda se asevera que la restitución pretendida es obvia, "por ser la sociedad demandante, titular del dominio y posesión regular del inmueble". Y en cuanto al análisis que hizo el Tribunal de los hechos 6º, 8º, 9º, 10 y 11, ni remotamente puede decirse con fundamento serio que en él alteró el contenido objetivo que éstos presentan, pues es evidente que en ninguno de ellos se afirmó que la demandada sea la poseedora material de los bienes objeto de la restitución.

La interpretación pues que el Tribunal dio a la demanda con apoyo en sus propias peticiones y hechos no puede ciertamente calificarse de errada, ni muchísimo menos atribuirle el carácter de arbitraria, pues el mismo contenido de la demanda lo veda absolutamente. No es por tanto errada la inteligencia que el *ad quem* hizo; y si ese presunto yerro existiera no podría calificarse de protuberante, ostensible, manifiesto o evidente. Tal interpretación está lejos de aparecer como una clara disconformidad con lo que el contenido objetivo de la demanda ostenta.

5ª Pero si las anteriores consideraciones no fueren aceptables y pudiera por tanto decirse que el yerrro fáctico denunciado sí existe con carácter de evidente, la Corte tendría que expresar que tal falencia resultaría intrascendente y por ende no daría base para quebrar la sentencia recurrida.

Porque si la aquí demandada, María Gregoria del Carmen Gómez, ocupa los tres puestos de comercio en San Andresito, según lo expresan los testigos Teresa Castiblanco, José María Ramírez, Helda María Cárdenas y Saúl Antonio Casas, y lo reitera el proceso de lanzamiento que la demandante instauró contra la demandada en febrero de 1979, en calidad de arrendataria, la pretensión reivindicatoria estaría llamada al fracaso por la ilegitimación pasiva en la causa. "Ella es arrendataria porque todos somos arrendatarios de esa sociedad", dice el primero de los testigos citados; "ninguno de nosotros somos dueños de los puestos ya que eso es de una sociedad y todos nosotros pagamos arriendo y tenemos nuestros respectivos contratos", dice el segundo; expresa el tercero que la demandada "es copropietaria (de la bodega) porque ella en ese tiempo pagaba cinco pesos diarios por cada puesto, tres eran para amortización del pago de las bodegas y dos para los gastos generales"; y afirma el último que "ella tiene que ser arrendataria, porque eso es una sociedad anónima y la bodega pertenece a la sociedad".

En el sistema colombiano, como también ocurre en la casi totalidad de los sistemas positivos, 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 el declarar la violación pueda tener un valor y un efecto prácticos. Si la providencia combatida en casación, no obstante su errónea motivación jurídi-

ca, 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.

6ª De lo expuesto tiene que seguirse, como obvia conclusión, que ninguno de los dos cargos está llamado a prosperar.

V

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 dieciocho (18) de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983), dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Se condena a la recurrente en las costas. Tásense.

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

Horacio Montoya Gil, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

ACCION PAULIANA

Presupuestos. Es acción autónoma que se diferencia de la nulidad. Legitimación activa y pasiva. Cuando el acto es gratuito, la buena fe del tercero es intrascendente

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., marzo catorce de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 21 de octubre de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario seguido por Jorge Mejía Salazar contra Ezequiel Ortiz Ospina y Gerardo Castro Rendón.

Antecedentes

I. Por demanda de 27 de marzo de 1981, el mencionado demandante solicitó que con audiencia de los citados demandados, se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que se revoque, por haberse celebrado en fraude de los derechos del acreedor demandante, el *contrato de compraventa* contenido en la escritura pública Nº 243 de 16 de junio de 1980, de la Notaría Unica del Círculo de Támesis, celebrado entre Ezequiel Ortiz Ospina y Gerardo Castro Rendón, mediante el cual el primero dijo transferir al segundo los bienes relacionados en la demanda;

b) Que como consecuencia de la declaración precedente, los bienes vendidos por Ortiz Ospina a Castro Rendón, deben regresar al patrimonio del primero, para que el aquí demandante pueda pagarse la suma de cuatrocientos treinta y nueve mil pesos ($ 439.000.oo), sus intereses convencionales del tres por ciento (3%) y las costas de cada uno "de los procesos de ejecución, con título singular", adelantados contra el vendedor Ortiz Ospina ante los Juzgados Civil Municipal y Promiscuo del Circuito de Támesis, que actualmente sobrepasan la suma de setecientos mil pesos ($ 700.000.oo);

c) Que se ordene al Notario y Registrador de Instrumentos Públicos de Támesis, respectivamente, la cancelación y el registro de la escritura pública Nº 243 de 16 de junio de 1980;

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

II. La causa para pedir, la hace consistir el demandante en los hechos que a continuación se compendian:

a) Que con anterioridad al 16 de junio de 1980, Ezequiel Ortiz Ospina "había contraído obligaciones personales, respaldadas en letras de cambio", cuyo tenedor es el demandante, así: diez (10) de tres mil pesos ($ 3.000.oo) cada una, dos (2) "de cien mil pesos ($ 100.000.oo), dos (2) de cincuenta mil pesos ($ 50.000.oo), una (1) de $ 25.000.oo y otra de $ 84.000.oo, reconociendo intereses de estos valores a la tasa del tres por ciento mensual (3%) desde que se constituyó cada una de las obligaciones hasta que se verifique el pago",

títulos endosados a favor del demandante, quien en varias oportunidades se las cobró al demandado Ortiz, quien le manifestó que le "haría el pago a la mayor brevedad posible, hecho éste que no tuvo ocurrencia en ningún momento";

b) Que el demandado Ortiz Ospina mantuvo entretenido al acreedor Mejía Salazar, procurando con ello "eludir el cumplimiento de las obligaciones respaldadas en las letras de cambio, hasta que por escritura pública Nº 243 de 16 de junio de 1980, pasada en la Notaría Unica del Círculo de Támesis, dijo enajenarle en venta real... al señor José Gerardo Castro Rendón, todos los bienes que estaban en cabeza de él y también los bienes muebles, poniéndose un precio irrito al valor de los muebles";

c) Los bienes raíces que Ortiz Ospina dijo venderle a Castro Rendón, consisten: 1. Un local, situado en el Municipio de Támesis, en la carrera Sucre; 2. Una casa de habitación, situada en el Municipio de Támesis, entre las calles Córdoba y Orozco; 3. Una finca rural, situada en el mismo Municipio, en el paraje "Piedremoler"; 4. Los derechos que le correspondan en un lote de terreno que tiene en común, situado igualmente en el Municipio de Támesis, en el paraje "Gualanday"; 5. Un lote de terreno, situado en el Municipio y paraje anterior;

d) A los bienes vendidos por Ezequiel Ortiz a Gerardo Castro, "se les fijó un precio de seiscientos diez mil pesos ($ 610.000.oo), y se dice haber pagado la cantidad de $ 360.000.oo de contado en el acto de la escritura y se dejó un saldo de $ 250.000.oo para pagar lo que no se podía eludir que eran créditos garantizados con hipoteca a favor del señor Fabio Obando Delgado y también a favor del señor Efrén Escobar, representados en las escrituras Nº 111 de 3 de marzo de 1980 y la Nº 135 de marzo 11 de 1980 de la Notaría de Támesis, debidamente registradas";

e) Que los bienes determinados en la letra c) tienen un valor superior a los cuatro millones ($ 4.000.000.oo) de pesos y el vendedor Ortiz Ospina, en forma fraudulenta y con la colaboración de Gerardo Castro Rendón, se hizo insolvente;

f) Que el acreedor Mejía Salazar ha promovido los correspondientes procesos de ejecución contra su deudor Ortiz Ospina, pero en ninguno de los litigios se ha podido hacer efectivo el embargo de bienes, porque los que éste tenía se encuentran actualmente en cabeza de Gerardo Castro Rendón;

g) Que el deudor Ortiz "ha sido un hombre adinerado y con buen respaldo económico para cumplir sus obligaciones comerciales y civiles y se insolventó en forma fraudulenta para eludir las obligaciones" que tiene para con el demandante, al transferirle sus bienes al tercero Gerardo Castro Rendón, mediante "acto jurídico cuya revocación voy a solicitar por haberse efectuado en fraude de los derechos del ... acreedor";

h) Que en síntesis, el demandado Ezequiel Ortiz, en armonía con Gerardo Castro, para burlar los intereses de los acreedores, hizo las maniobras fraudulentas de que da cuenta la escritura pública Nº 243 de 16 de junio de 1980;

i) Que al haber actuado así Ezequiel Ortiz "con la venia de Gerardo Castro, el primero está en la actualidad en insolvencia total y absoluta con el único fin de burlar el pago de las obligaciones que adeuda, que tienen un valor superior a $ 700.000.oo";

j) Que aunque tiene la convicción de que el acto jurídico contenido en la escritura 243, es simulado, promueve la acción pauliana, por haberse celebrado en fraude de los derechos del acreedor y haber quedado el deudor Ortiz Ospina en insolvencia;

k) Que un bien raíz y un vehículo automotor que también figuraban a nombre de Ortiz Ospina, éste se los traspasó en forma simulada a Gerardo Castro Rendón, quien los desplazó a terceras personas por orden o con autorización del referido Ortiz Ospina;

l) Que es insólito que Ortiz Ospina haya vendido todos sus bienes, en una sola escritura, a Castro Rendón, sin ser éste persona adinerada, pero delicado y muy trabajador;

ll) Que todo lo relacionado da para sostener que Ortiz Ospina, al transferir sus bienes a Gerardo Castro, lo ha hecho con el único fin de burlar fraudulentamente el cumplimiento de las obligaciones contraídas por aquél para con el demandante y así se lo comunicó el mismo Castro Rendón;

m) Que el acto jurídico de que da cuenta la escritura 243 de 16 de junio de 1980, constituye un fraude a los derechos del acreedor demandante, al haberse colocado Ortiz Ospina "en insolvencia total", lo que le permite al primero "ejercitar la acción de revocación o pauliana", máxime que Castro Rendón "tenía conocimiento del estado de insolvencia en que quedaba" el vendedor, "lo que constituye el llamado fraude pauliano".

n) Por último insiste el demandante en su pretensión de revocación originada en la acción pauliana, a la cual alude nuevamente en el capítulo que denomina "motivos de derecho".

III. Los demandados respondieron en el sentido de negar la mayoría de los hechos y de observar que el contrato de compraventa atacado es real, por lo que culminan con oposición a las súplicas de la demanda.

IV. Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con sentencia de 5 de junio de 1982, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis, mediante la cual se hicieron los pronunciamientos siguientes:

"1º *Declárase* que la escritura Nº 243 de 16 de junio de 1980, pasaba en la Notaría Unica del Círculo de Támesis, está viciada de nulidad absoluta. En consecuencia, carece de todo efecto legal.

"2º Consecuencialmente, los bienes a que se refiere la mencionada escritura, vuelven al patrimonio de Ezequiel Ortiz Ospina, en orden a que cubra las obligaciones referidas en la demanda y contenidas en documentos probatorios existentes dentro del proceso.

"Ordénase oficiar a la señora Notaria Unica del Círculo de Támesis, a fin de que cancele la escritura pública Nº 243 de 16 de junio de 1980, por carecer de valor.

"4º Igualmente se ordena oficiar al señor Registrador de Instrumentos Públicos de Támesis, a fin de que cancele las inscripciones y matrículas correspondientes a la escritura pública Nº 243 de 16 de junio de 1980, con excepción del inmueble distinguido por el literal a), el cual según el actor, pasó a manos de un tercero.

"5º Los demandados son responsables, en forma solidaria, de las costas causadas".

V. Apelada que fue por los demandados la anterior resolución, el segundo grado de jurisdicción culminó con fallo de 21 de octubre de 1982, en el que se decidió revocar lo dispuesto en el numeral 1º y confirmar los numerales 2º, 3º y 4º, modificar el numeral 5º, y dispuso:

"Revocar el acto de compraventa celebrado entre el señor Ezequiel Ortiz Ospina y el señor José Gerardo Castro Rendón, el cual contiene la escritura pública número 243 de 16 de junio de 1980, otorgada en la Notaría Unica del Círculo de Támesis. Por consiguiente, los bienes que por intermedio de él se enajenaron volverán al patrimonio del señor Ezequiel Ortiz Ospina, afectados al pago de las acreencias del actor, exceptuado el inmueble identificado bajo el literal a) del hecho cuarto de la demanda, tal como se explicó en la parte motiva.

"La condena en costas que se le hubo de imponer a los demandados será por partes iguales".

VI. Interpuesto el recurso extraordinario de casación por la misma parte, ha llegado el momento de que la Corte se pronuncie sobre el mismo, como al efecto se procede.

La sentencia del Tribunal

Una vez que el *ad quem* alude a la prenda general de los acreedores, dice que los medios que puede hacer valer el acreedor para garantizarse a sí mismo el cumplimiento de la obligación, se agrupan como sigue: a) medidas conservatorias del activo patrimonial del deudor, como lo son las medidas cautelares; b) medidas incrementadoras de patrimonio del deudor, como la acción oblícua; c) medidas de integración de bienes del activo patrimonial del deudor, como las acciones pauliana y de simulación; d) medidas satisfactorias del crédito, como las que pretenden su pago.

A continuación el sentenciador de segundo grado se ocupa de la interpretación de la demanda y dice que aunque en el hecho 17 se le tilda al contrato atacado de simulado, no queda duda que "la acción entablada es la pauliana", según se desprende de la "generalidad de la causa y las pretensiones invocadas".

En seguida el Tribunal se ocupa de señalar, con apoyo en doctrina de la Corte, los presupuestos de la acción pauliana y luego de que los explica, expresa que prioritariamente se debe despejar si el contrato de compraventa celebrado entre Ezequiel Ortiz Ospina y Gerardo Castro Rendón es verdadero o fingido y, en esta labor, sienta las reflexiones siguientes:

a) "La mayoría de los elementos de juicio que obran en el expediente permiten dejar en claro que el querer de las partes sí estuvo orientado por el contenido de la escritura pública número 243 de 16 de junio de 1980, otorgada en la Notaría Unica del Círculo de Támesis, la cual aparece en fotocopia auténtica de folios 84 a 89 del cuaderno 2, que se trajo a los autos por decreto oficioso del Juez de primera instancia, proferido el 20 de agosto de 1981 (fl. 48-2), donde también se ordenó tener como prueba la escritura pública número 120 del mismo año 81. Por supuesto, que la escritura 243 debe entenderse aunada al escrito privado que idénticas partes suscribieron el 16 de junio de 1980";

b) A través de la mencionada escritura Nº 243, Ortiz Ospina dijo venderle a Castro Rendón, y éste comprarle, los cinco inmuebles que en ella se describen, por la suma de $ 610.000.oo, de los cuales se dijeron pagar $ 360.000.oo y la cantidad restante se la reservó el comprador para cancelar los gravámenes hipotecarios constituidos a favor de Fabio Obando Delgado y Efraín Escobar;

c) "La escritura privada que aparece a folio 26 del cuaderno principal, noticia un incremento del precio, así: Que el comprador da por canceladas dos letras de cuatrocientos mil pesos ($ 400.000.oo) cada una, más intereses por 18 meses al 3% mensual, para un total de un millón doscientos treinta y dos mil pesos ($ 1'232.000.oo). Además, se hizo constar que el señor Castro Rendón pagaría los siguientes créditos: A Efraín Escobar la suma de ciento ochenta y siete mil quinientos pesos ($ 187.500.oo), a Carlos Cardona ciento cuarenta y un mil seiscientos pesos ($ 141.600.oo) y a Guillermo Fernández ciento cuarenta y un mil trescientos sesenta pesos ($ 141.360.oo)";

d) Según prueba documental y del testimonio rendido por los mismos acreedores, aparece que los créditos existentes en favor de los acreedores hipotecarios y el de Carlos Cardona, fueron cancelados;

e) Myriam Restrepo, Notaria del Municipio de Támesis, quien autorizó la escritura Nº 243, "hace constar que ella personalmente vio cuando el comprador Castro Rendón pagó a Ezequiel Ortiz Ospina, bastante cantidad de dinero y además le devolvió a este último unas letras de cambio cuyo valor desconoce".

De todo lo anterior, el *ad quem* concluye que el contrato impugnado es real o verdadero.

Entra enseguida el Tribunal al análisis de los medios de convicción respecto de los presupuestos de la acción revocatoria propuesta y, en síntesis hace las apreciaciones siguientes:

a) Que para el 16 de junio de 1980, fecha de la escritura pública Nº 243, el demandante Jorge Mejía Salazar, ya era acreedor del demandado Ezequiel Ortiz Ospina, se-

gún se desprende de los títulos valores siguientes: 10 letras de cambio de $ 3.000.oo cada una, emitidas el 10 de marzo de 1980, con fechas de vencimiento que van del 22 de junio de igual año al 22 de marzo del año siguiente; 2 letras de $ 50.000.oo, con vencimiento una el 28 de abril de 1980 y la otra el 18 de mayo del mismo año; un pagaré, que por abonos se reduce a la suma de $ 25.000.oo, con vencimiento el 16 de febrero de 1980; una letra de cambio por $ 84.000.oo, con vencimiento el 7 de diciembre de 1980.

Conforme al artículo 660 del Código de Comercio y por admitirlo el codemandado Ortiz Ospina, se desprende que éste es deudor del demandante desde fecha anterior al día de celebración del contrato que aquí se controvierte.

b) "Ahora bien, el acto que contiene la escritura pública número 243, ¿determinó o aumentó la insolvencia del señor Ezequiel Ortiz Ospina? ¿Se hizo su pasivo patrimonial superior al activo? Sin duda alguna, *sí*. Para llegar a tal conclusión, basta conocer el dicho del deudor, quien a folio 4 vuelto del cuaderno 2, expresamente afirma, que a partir de dicho acto carece de todo bien, ninguno le quedó en su patrimonio. El comprador Gerardo Castro Rendón, también confirma tal aserto al manifestar a folio 6 vuelto del mismo cuaderno, que Ortiz Ospina le vendió a él todos sus bienes. Además, todos los declarantes al unísono hablan de la 'quiebra' del señor Ezequiel Ortiz Ospina.

"En tratándose del tercer elemento estructural de la acción pauliana, sin dificultad también se puede dejar por averiguado en el plenario.

"Vendedor-deudor y comprador, sabían de la insolvencia en que quedaba el primero, conocían el mal estado de los negocios y además tenían noticia de las deudas con el actor. De consuno fraguaron el acto, no sólo para solucionar las obligaciones del comprador de los bienes y de otros terceros, sino para evadir los débitos existentes a favor del demandante.

"El mismo Ortiz Ospina, como se dijo anteriormente, informa su insolvencia y el conocimiento de las deudas para con el doctor Mejía Salazar, las que no niega, pero tampoco tiene con qué pagar. Actuó de mala fe en la negociación con Castro Rendón, porque no obstante esa conciencia, previó el pago de otras obligaciones, mas no las del demandante, las cuales dejó de lado como quien desprecia, sabiendo en todo caso el perjuicio que ocasionaba, aunque en reato tardío las reconoce, pero sin prenda garante de su cumplimiento.

"Castro Rendón caminó la misma senda fraudulenta acompasando la mala fe de su vendedor. Sabía que la negociación, en forma por demás excepcional y rara, comportaba la transferencia de todos los haberes patrimoniales de Ortiz Ospina, que su insolvencia era la secuela directa porque la contraprestación pecuniaria apenas cubría una ínfima parte del precio real de los bienes.

"De otra parte, aunque ahora lo niegue, también conocía del sinnúmero de deudas que afectaban el patrimonio de Ortiz Ospina, porque ese era el decir general en el Municipio de Támesis de donde él es vecino y persona de todos conocida. La intención de transferir bienes y la efectiva transferencia de ellos a personas posiblemente señaladas por el vendedor, también acreedores, en cumplimiento de cláusulas negociales aun desconocidas, obra como indicio de esa actitud fraudulenta que se atisba en la conducta del comprador Castro Rendón".

En seguida se ocupa el Tribunal de los efectos propios de la acción revocatoria, para concluir que consiste en la restitución al patrimonio del deudor vendedor de los bienes enajenados, para atender, en este caso, al pago de las acreencias insolutas del demandante, y añade que como el local identificado bajo el hecho cuarto, letra a), de la demanda, ya no está en el patrimonio del comprador Castro Rendón, la revocación que aquí se disponga no habrá de hacerse extensiva a la restitución de tal bien, porque frente a su adquirente no se demostró, como era de rigor, su propia mala fe

y, por demás tampoco fue citado como parte al proceso.

Por último expresa, con fundamento en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, que cuando se trata de dos o más litigantes vencidos, el Juez los condenará en proporción a sus intereses en el proceso, y si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por iguales partes entre ellos, por lo que erró el *a quo* al haber condenado solidariamente a los demandados a las costas.

El recurso de casación

Con respaldo en la causal primera, cuatro cargos formula la parte recurrente contra la sentencia del Tribunal, de los cuales se estudiarán conjuntamente los tres primeros.

Cargo primero

Lo hace consistir en quebranto indirecto de los artículos 2488 y 2491 del Código Civil, por aplicación indebida; 8º de la Ley 153 de 1887; 174, 175, 176 y 177 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación, a consecuencias de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la estimación de las pruebas.

Comienza la censura por destacar los pasajes del fallo del *ad quem*, referentes a la mala fe o conocimiento que tenían los demandados o vendedor y comprador del estado de insolvencia en que quedaba el primero al disponer aquél de sus bienes, para afirmar luego que el sentenciador incurrió en yerro fáctico al apreciar la confesión de los demandados, concretamente la respuesta a la pregunta décima del interrogatorio, en donde Ortiz Ospina afirma que no es cierto que él hubiese dispuesto de todos sus bienes y, por su parte, Castro Rendón responde que sólo tenía conocimiento de las deudas de Ortiz mencionadas en la demanda, las cuales aquél se comprometió a pagar. De haber aceptado esta prueba el Tribunal, habría concluido con absolución para los demandados.

A continuación los recurrentes le achacan al Tribunal haber incurrido en preterición de pruebas, "cuando pasa por alto que fue por la buena fe del vendedor-deudor por lo que éste pagó ... los créditos hipotecarios de Fabio Obando Delgado y Efrén Escobar" y, "así mismo pasó inadvertido el testimonio de la señora Notaria de Támesis".

Más adelante los recurrentes extractan los testimonios rendidos por Humberto Alvarez, Julio Amador Restrepo, José Manuel Arcila, Eduardo Tirado, Fabio Obando, Jairo Ramírez, Carlos Enrique Cárdenas, Rafael Aubad, Carlos Alberto Monsalve y Francisco Montoya, para concluir que el *ad quem* los puso a decir lo que no dicen, porque sólo dos declarantes, Obando y Tirado, "son los únicos que tímidamente hablan de la insolvencia de Ortiz Ospina", lo que no resulta ser cierto que la prueba referida afirmara al unísono la existencia de la quiebra del mencionado Ortiz.

Luego se pregunta la censura de dónde saca el *ad quem* que el demandado Castro Rendón "caminó la misma senda fraudulenta acompasando la mala fe de su vendedor", cuando son los mismos declarantes solicitados por el demandante quienes ponen de presente "que la finca Piedramoler, que por escritura pública Nº 243 de 16 de junio de 1980, antes de ser de propiedad de Ortiz Ospina, era de propiedad de Castro Rendón y de que éste se la había vendido a aquél".

Concluye la parte recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho al dar por demostrado, sin estarlo, que los demandados obraron de mala fe y acordaron burlar los acreedores.

Cargo segundo

Acusa la sentencia del Tribunal de quebranto indirecto de los artículos 2491 del Código Civil, por aplicación indebida; 1502, 1849 del Código Civil; 175 y 177 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

Comienzan los recurrentes por señalar que el *ad quem* infringió el artículo 2491 del Código Civil, al dar por probado, sin estarlo, el *consílium fraudis* y el *eventus damni*.

Una vez que transcribe apartes de la sentencia del Tribunal que tienen que ver con el cargo, agrega que ninguno de los declarantes, salvo Marcos Pulgarín, que fue tachado por los demandados, y Alberto Osorio Alvarez, que no se debe tener en cuenta porque se trata de un testimonio decretado ilegalmente, "no saben nada de lo que se les preguntó", ni "conocían de los títulos valores que decía Mejía Salazar tener en contra de Ortiz Ospina". En efecto ninguno de los testigos (Amador Restrepo, Manuel Arcila, Eduardo Tirado, Jairo Ramírez, Carlos E. Cárdenas, Rafael Aubad, Carlos A. Monsalve y Francisco Montoya), hablan del "conocimiento de un concilio fraudulento fraguado por los demandados para lesionar al actor o a terceros", pues exponen sí, muchos de ellos, sobre el conocimiento que tenían de los negocios que se presentaron entre los codemandados con antelación al 16 de junio de 1980, así como aluden a la conducta de Castro Rendón, de quien dicen que "es honrado, honorable, trabajador y correcto", lo cual se pone aún más de manifiesto con el interrogatorio de parte rendido por el mencionado Castro, con el documento privado que aparece a folio 26 y con la escritura pública Nº 243.

Más adelante sostiene la censura que Gerardo Castro Rendón no participó del querer fraudulento, por lo siguiente:

"En efecto, Castro Rendón celebró con Ortiz Ospina un contrario (sic) serio, de compraventa. Con anterioridad al acto escriturario 243, de 16 de junio de 1980 celebrado en la Notaría Unica del Círculo de Támesis, Castro Rendón había vendido a Ezequiel Ortiz Ospina, su finca Piedramoler de la cual Ortiz Ospina le restaba la cantidad de ochocientos mil pesos que habían sido garantizados en dos títulos valores, letras de cambio por valor cada uno de cuatrocientos mil pesos, que fueron los mismos que la Notaría de Támesis viera entregar al beneficiario a su girador (Ver declaración de ésta, fl. 7 fte., C. 3). Del conocimiento sobre el mismo hecho, deponen con firmeza y credibilidad los declarantes de la parte actora, Humberto Alvarez, fl. 7, C. 2; Julio Amador Restrepo, fl. 8, C. 2; Eduardo Tirado Arcila, fl. 11 vto., C. 2; Rafael Aubad, fl. 126, C. 2; Carlos Alberto Monsalve fl. 126, C. 2; Francisco Montoya Bermúdez, fl. 127, C. 2; Marcos Pulgarín Valencia, fl. 131, C. 2.

"Por otra parte, fueron los mismos acreedores de Ortiz Ospina, como Guillermo Fernández, fl. 4, C. 3; Carlos Cardona, fl. 5 fte., C. 3; los que nos dan a conocer cómo en verdad Castro Rendón sí pagó las obligaciones que contrajo con Ortiz Ospina, tanto por el acto escriturario Nº 243 de 16 de junio de 1980 de la Notaría Unica del Círculo de Támesis, traída oficiosamente por decreto del *a quo* a fls. 84 y ss., C. 2, como por el escrito privado que obra a fl. 26, C. 1 y en oportunidad por el demandado".

La censura sostiene posteriormente que el Tribunal no dio por acreditado, estándolo en el proceso, las obligaciones hipotecarias que Castro Rendón se comprometió a cancelar "como parte del precio de la compraventa que celebró con Ezequiel Ortiz y, además omitió dar por acreditado ... la respuesta que dio la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero de Támesis al oficio 183 de agosto 4 de 1981 del Juzgado Civil del Circuito", de la que se desprende el pago que hizo Castro Rendón a Efraín Escobar Arrubla. "Si el sentenciador hubiese dado por acreditados los hechos expuestos, y aun cuando los narra en las consideraciones del fallo acusado, habría encontrado que Gerardo Castro Rendón compró las propiedades del deudor demandado por un precio real que desvertebra el querer y la conciencia fraudulenta de aquél, así como que su acción fue movida para preservar su propio patrimonio económico".

Respecto de las consideraciones que hizo el Tribunal para dar por establecido el *eventus damni*, la censura sostiene, a manera de alegato de instancia, lo siguiente:

a) Que el precio acordado en el contrato de compraventa no fue irrisorio, sino "alto y más por la fecha en que se celebró ... o sea para el 16 de junio de 1980";

b) Que al avaluar los peritos los bienes vendidos por Ortiz Ospina a Castro Rendón en la suma de $ 3'400.000.oo, a pesar de habérseles solicitado aclaración, no supieron o no quisieron señalar el valor que tenían en el mes de junio de 1980, por lo que se ve entonces que el precio pagado no se hizo para "sacar partido" del negocio del comprador;

c) Que el testimonio rendido por la Notaria Myriam Restrepo, el cual transcribe, es "de incalculable valor probatorio", no sólo por su calidad de funcionaria, sino por su honorabilidad, a pesar de lo cual el sentenciador pretirió tal prueba, que exterioriza que Ortiz Ospina no quedó en insolvencia, porque "le quedó dinero suficiente" para pagar los créditos de Jorge Mejía Salazar;

d) Que con las copias expedidas por el Juzgado Municipal de Támesis, referentes a los procesos ejecutivos iniciados por el demandante Mejía Salazar contra Ortiz Ospina, en los que sirvieron de títulos ejecutivos varias letras de cambio, se tiene que "apenas llegaron al despacho para mérito de la acción ejecutiva en marzo 6, 13 de 1981, por lo que la entrega de los ameritados documentos al doctor Mejía Salazar, lo fue en esa fecha y no antes ... toda vez que carece de fecha";

e) Que la prueba testimonial no alude al monto de las obligaciones debidas por Ortiz Ospina, ni a las que le debía a Mejía Salazar;

f) Que eran irrisorias las deudas que tenía Ortiz Ospina, las que podían cubrirse con lo que Castro Rendón le entregó a Ortiz Ospina en la Notaría de Támesis;

g) Que no aparecen en el proceso establecidos los elementos tipificadores de la acción pauliana, que son, para los contratos onerosos, el *eventus damni* y el *consilium fraudis*;

h) Que a pesar de estar demostrados en el proceso los presupuestos para la validez del negocio jurídico de compraventa celebrado entre Ortiz y Rendón, el Tribunal no aplicó los artículos 1502 y 1849 del Código Civil.

Cargo tercero

Denuncia quebranto indirecto del artículo 2491 del Código Civil, por aplicación indebida, a consecuencia de yerros de valoración cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

En el desenvolvimiento del cargo dice la censura que la ley señala a las partes cuáles son las oportunidades para solicitar las pruebas y en qué evento, en tratándose de prueba testimonial, lo puede hacer de oficio el juzgador, según el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones concordantes.

A pesar de lo anterior, el fallador de primer grado se dejó llevar de la "habilidad del actor" al pedirle que decretara, como pruebas de oficio, y así sucedió, copia de la escritura pública Nº 120 de 1981 y el testimonio de Alberto Osorio Arias.

Como el sentenciador *ad quem* tuvo en cuenta la prueba antes mencionada, cometió yerro de valoración, infringiendo los artículos 2491 del Código Civil, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil.

Se considera

1. El deudor se encuentra para con sus acreedores en el deber jurídico de pagar oportunamente sus obligaciones y, para tal efecto, compromete su patrimonio, al establecer el artículo 2488 del Código Civil que todos los bienes del deudor, muebles e inmuebles, presentes o futuros, a excepción de los inembargables, quedan afectos al cumplimiento de la obligación contraída por aquél.

2. Empero, el deudor puede asumir respecto de sus acreedores una conducta que en lugar de mantener o acrecentar su patrimonio, lo que produce es un desequilibrio entre el activo y pasivo del mismo, al

disponer fraudulentamente de sus bienes, debilitando su patrimonio y ocasionando o agravando en esa forma su estado de insolvencia. Frente a tales procederes, los acreedores se encuentran protegidos con la acción pauliana, que en términos simples y generales, es aquella que autoriza al acreedor para solicitar la revocatoria de los actos ejecutados por el deudor en fraude de sus derechos.

3. *Esta acción, que es eminentemente ética o moralizadora, como quiera que va destinada a sancionar el fraude o mala fe con que actúan los deudores en sus negocios jurídicos respecto de sus acreedores, se caracteriza por la concurrencia de los presupuestos siguientes: a) que exista un crédito; b) que el acto o negocio celebrado por el deudor haya propiciado o aumentado la insolvencia del deudor y, por ende, produzca daño a los acreedores; c) que el deudor al celebrar el acto lo haga en fraude de sus acreedores, el cual se da cuando aquél tiene conocimiento del mal estado de sus negocios.*

A los anteriores requisitos y para el evento de que el acto celebrado por el deudor lo sea a título oneroso, se suma el de la complicidad del tercero, o sea, que éste esté de mala fe (consílium fraudis), *pues si el acto es a título gratuito no se requiere de esta última exigencia, porque aunque el tercero adquirente esté de buena fe, si concurren los otros requisitos, procede la acción revocatoria (art. 2491 del C. C.).*

Tal ha sido la doctrina de la Corte, cuando ha dicho que la acción pauliana supone: 1. Que exista un crédito a favor del demandante y a cargo del demandado; 2. Que el acto cuya revocación se persigue haya determinado o aumentado la situación de insolvencia del deudor, o sea la consistente en que su pasivo patrimonial sea superior o su activo eventus damni; *3. Que el deudor al ejecutarlo, o celebrarlo, conociera el mal estado de sus negocios, esto es, la insolvencia en que se hallaba o en que se colocaba* (simplex fraus), *y si el acto es a título oneroso, o consiste en hipoteca, prenda o anticresis, que el adquirente del respectivo derecho conociera también el mal estado de los negocios del deudor, es decir su insolvencia preexistente o consecutiva al acto* (consílium fraudis). *(Cas. Civ. de 18 de julio de 1977. G. J. CLV, 198).*

4. *Para el correcto ejercicio de la acción pauliana y buen suceso de la misma, le corresponde al acreedor, siguiendo los lineamientos generales de la carga de la prueba, demostrar los elementos que la tipifican, en primer lugar, la preexistencia de un crédito, puesto que si es la calidad de acreedor la que le confiere al demandante la titularidad de la acción revocatoria, debe acreditar ese presupuesto y, además, que su acreencia nació con antelación al acto atacado, como más adelante se explicará.*

5. *Es necesario establecer, además, que el acto celebrado por el deudor, que es verdadero, haya determinado o agravado la insolvencia de éste, o sea, que con motivo del mismo se haya producido un desequilibrio entre el activo y el pasivo del patrimonio del deudor, que le impida pagar sus obligaciones. Si el deudor es solvente o tiene bienes con que satisfacer la acreencia del actor, la acción revocatoria no puede prosperar, porque no se configura el* eventus damni *y, sin éste, no hay interés en la acción. Y si a pesar de esta última circunstancia el deudor resulta demandado, bien puede éste defenderse exitosamente alegando y estableciendo que sus activos son bastantes o suficientes para pagar la deuda que tiene contraída con el acreedor demandante, esto es, formulando la excepción que la doctrina francesa denomina de "discusión de bienes", medio exceptivo éste que también puede alegar el tercero adquirente.*

6. *No basta con demostrar la existencia del crédito y la insolvencia del deudor, sino además se requiere poner de presente en el litigio el fraude pauliano, presupuesto éste en el que es necesario tomar en cuenta si el acto celebrado por el deudor fraudulento es oneroso o gratuito, a virtud de que si pertenece a la primera especie, es indispensable que aparezca el* consílium fraudis, *esto es, que el tercero, con quien celebró el deudor el acto atacado, también está de mala fe, conducta perniciosa que consiste*

en que aquél conocía de la mala situación patrimonial del deudor. Si el acto celebrado por el deudor con el tercero es a título gratuito, no es preciso tener en cuenta la buena o mala fe con que actúa el tercero adquirente, sino el fraude del deudor y el perjuicio ocasionado a los acreedores.

La prueba, respecto del fraude pauliano, como elemento subjetivo que es, generalmente es indirecta, como quiera que el fraude existe, como ya se vio, cuando las circunstancias demuestran que el deudor y el tercero adquirente, si el acto atacado es a título oneroso, no podían ignorar que se hacía insolvente o que el primero agravaba su estado de deterioro económico.

7. *Ahora bien, el legitimado para ejercer la acción pauliana es el acreedor; pero no cualquier clase de acreedor, sino el que tenga un crédito preexistente, o sea, que su acreencia sea anterior al acto que se pretende revocar. Si no existe un acreedor al momento en que el deudor celebre o ejecute su acto fraudulento, es evidente que no puede existir ni* consílium fraudis *ni* eventus damni. *Por consiguiente, la relación jurídica entre acreedor y deudor debe existir cuando tiene nacimiento el acto cuya revocatoria se pretende. En síntesis, el acreedor posterior al acto celebrado por su deudor, y que se sindica de fraudulento, carece de personería para promover la acción pauliana, porque en tal hipótesis el bien negociado no formaba parte de la prenda general de los bienes del deudor.*

Y, aunque el acreedor sea anterior, tampoco está legitimado cuando su acreencia está sujeta a condición suspensiva, porque en este evento sólo está facultado por la ley para solicitar medidas conservativas (art. 1549 del C. C.). Precisamente sostiene la doctrina de la Corte que "el acreedor bajo condición suspensiva, aunque su título sea anterior al acto ruinoso del deudor, no está legitimado para hacer uso de la acción pauliana, mientras penda el evento de la condición, porque el crédito bajo condición suspensiva sólo existirá como tal si la condición se cumple; pero si ésta falla, aquél no habrá llegado a existir. De aquí que el artículo 1542 del Código Civil disponga que: 'Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido'. Y si bien el acreedor, estando en suspenso la condición, puede impetrar las providencias necesariamente conservativas de su expectativa (1549 in fine*), en ello no entra la posibilidad de hacer uso de la acción pauliana, que no es una medida puramente conservativa, sino un verdadero acto de ejecución, en un expediente que implica la preexistencia del crédito para cuya efectividad inmediata se trata de reconstruir el patrimonio del deudor" (Cas. Civ. de 13 de noviembre de 1968. G. J. CXXIV, 375).*

8. *Por el aspecto pasivo de la acción pauliana, ésta debe dirigirse contra el deudor y contra las demás personas complicadas o que participaron en el acto fraudulento, como quiera que mediante ella no sólo se persigue la revocación del acto del deudor, sino además la reconstitución del patrimonio de éste con los bienes por él enajenados a terceros. Es obvio, entonces, que a uno y otros se les cite al proceso.*

Con todo, respecto de los terceros adquirentes es fundamental distinguir, según lo pone de presente la corriente doctrinal más aceptable, que tiene claro soporte en la ley, si los actos fraudulentos celebrados por el deudor con aquellos fueron onerosos o gratuitos. Si lo primero, a su vez se debe tener en cuenta si el tercero actuó de buena o mala fe, pues exigiéndose por el derecho como presupuesto para la revocación de los actos onerosos del deudor el consílium fraudis *(art. 2491, inc. 2º del C. C.), la acción pauliana sólo procede contra los terceros adquirentes de mala fe y, por ende, quedan descartados de ella los que están de buena fe. Si lo segundo, o sea, cuando los terceros han adquirido del deudor a título gratuito, la acción debe dirigirse contra ellos, siendo intrascendente que estén o no de buena fe.*

Coincide la doctrina en sostener que la razón de ser del diferente trato jurídico que le da la ley a los actos gratuitos y onerosos, tiene su antecedente histórico en el derecho romano y obedece a que el acree-

dor, cuando demanda la revocación de un acto fraudulento a título gratuito, está tratanto de evitar un daño, sin que la revocación implique para el tercero adquirente un perjuicio, sino la privación de un lucro; por tanto, nada interesa la buena o mala fe con que actuó este último. Por el contrario, cuando el acreedor solicita la revocación de un acto fraudulento a título oneroso, no sólo trata de evitar su propio daño, sino que a la vez le va a causar un perjuicio al tercero adquirente, como quiera que éste se verá obligado a restituir el bien recibido del deudor. En tales circunstancias, se debe proteger al tercero que está de buena fe.

Sobre el punto, expresan los tratadistas franceses Ripert y Boulanger que la mencionada diferencia "se justifica en razón de que la situación del tercero demandado es más o menos digna de interés, si ha adquirido a título oneroso el valor que detenta, ha entregado su equivalente y quitárselo sería empobrecerlo, pues sólo tendría recurso contra un deudor insolvente; mientras que el adquirente a título gratuito, tal como un donatario, se encontrará, después de haber sido ejercida la acción pauliana, tan rico como antes del acto fraudulento, que ha sido para él una pura ganancia. Los romanos decían de él 'certat de lucro captando', *mientras que los adquirentes a título oneroso eran* 'certant de damno vitando' *" (Tratado de Derecho Civil. Tomo V. Nº 1416).*

9. *Y, como tiene la acción pauliana efectos muy peculiares, no se la puede confundir con otras acciones, como por ejemplo, con la nulidad, puesto que son diversas y autónomas.*

En efecto, la acción pauliana es la que tiene el acreedor para obtener la revocación de los actos de su deudor que, a pesar de ser reales y perfectos en sí mismos, han sido celebrados de mala fe por el último en perjuicio de los derechos de aquél. De suerte que mediante esta acción se sanciona un perjuicio causado por el deudor a su acreedor, al celebrar el primero un acto jurídico, a sabiendas de su deterioro patrimonial. En cambio en la nulidad se sancionan los actos jurídicos en los que se subestiman los requisitos que la ley señala para que tengan valor, vale decir, capacidad de las partes, consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícitas y las formalidades.

No solamente difieren por la materia que sanciona una y otra acción, sino también por el diferente trato jurídico que la legislación le da a la prescripción, ya que la acción pauliana prescribe en un año (art. 2491 del C. C.), al paso que la acción de nulidad prescribe en 4 ó 20 años, según sea relativa o absoluta (arts. 1750 del C. C. y 2 de la Ley 50 de 1936).

La controversia doctrinal sobre la naturaleza de la acción pauliana y sus diferencias con la de nulidad, ha sido tratada por la Corte en múltiples fallos, entre otros, en los de 26 de agosto de 1938 (G. J. XLVII, pág. 63), 15 de febrero de 1940 (G. J. XLIX, pág. 70), 17 de abril de 1951 (G. J. LXIX, pág. 535), 13 de agosto de 1964 (G. J. CVIII, págs. 193 y 194), 22 de agosto de 1967 (G. J. CXIX, págs. 196 y 197) y 17 de noviembre de 1968 (aún no publicada).

Para no transcribir sino uno de dichos fallos, dijo la Corte en sentencia de 17 de agosto de 1967, lo siguiente:

"Son específicamente distintas la acción de nulidad y la pauliana o revocatoria. La individualidad de cada una corresponde al carácter propio del fenómeno jurídico que respectivamente le da origen.

"La acción de nulidad sanciona actos jurídicos verdaderos o reales, pero que adolecen, ya de un vicio que los invalida in radice *(nulidad absoluta), ya de uno que los hace anulables judicialmente a solicitud de la parte en cuya protección o interés ha establecido la ley la correspondiente causal de rescisión (nulidad relativa).*

"La nulidad de la primera especie o absoluta *se produce, bien por objeto o causa ilícitos, bien por falta de requisitos o formalidades prescritos por la ley en consideración a la naturaleza de un acto, y no a la calidad o estado de quienes lo ejecutan o acuerdan, bien por la incapaci-*

dad absoluta del otorgante o de cualquiera de los otorgantes del mismo; y puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley, y aun ser declarada de oficio por el Juez, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato (arts. 1740 y 1741, C. C.; y 2º de la Ley 50 de 1936).

"La nulidad relativa *nace, o de los vicios del consentimiento (fuerza, error, dolo y excepcionalmente en ciertos casos la lesión), o de la intervención de personas relativamente incapaces, con pretermisión de las respectivas formalidades habilitantes; y no puede ser alegada sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios (arts. 1741 y 1743, C. C.)".*

"La acción pauliana o revocatoria *(herencia del Derecho Romano y cuyo texto capital en el Código Civil, aunque no sea el único con que se roza la materia, lo constituye el artículo 2491, es la que otorga la ley a los acreedores de una persona para obtener la revocación de los actos de su deudor que, aunque reales y perfectos en sí mismos, han sido otorgados por éste de mala fe* (consílium fraudis) *y en perjuicio de los derechos de los mismos acreedores* (eventus damni).

"La acción pauliana tiene, pues, como materia propia un acto jurídico, verdadero y completo, que únicamente por la doble circunstancia de haber sido efectuado en perjuicio de los acreedores que tenía el otorgante en el momento de celebrarlo y a sabiendas de ese perjuicio, cuyo conocimiento por el deudor estriba en el que éste tenía de su mala situación patrimonial, permite a aquellos acreedores preexistentes considerar como inoponible a los mismos tal acto y hacer declarar, en consecuencia, su ineficacia, en la medida del perjuicio sufrido, entendiéndose que este perjuicio sólo se ha producido cuando el acto ha determinado la insolvencia del deudor o contribuido a agravarla.

"Desde luego, la ley, entre los actos del deudor fraudulento, distingue los onerosos de los gratuitos, para exigir respecto de los primeros, como uno de los requisitos de la acción, que el tercero con quien trató el deudor esté también de mala fe (conscius fraudis), *y hacer bastar para los segundos el* animus nocendi *del deudor, aunque el tercero adquirente a título lucrativo sea de buena fe. Distinción que se justifica por su solo enunciado.*

"Sin que en este punto sobre el recordar lo enseñado por la Corte acerca del fraude pauliano en sentencia de casación del 17 de abril de 1951, a saber: 'La palabra fraude no debe ser tomada aquí como sinónimo de dolo, *es decir, como indicativa del deseo premeditado de dañar. El fraude pauliano, expresan los tratadistas, es simplemente una* situación de espíritu: *es el conocimiento por parte del deudor del perjuicio que va a causar a sus acreedores. El deudor sabe que al realizar tal acto, se va a convertir en insolvente o va a aumentar su insolvencia y, por consiguiente, a perjudicar a sus acreedores. Esto basta' " (LXIX, pág. 535).*

De todo lo anterior se desprende, que al utilizar el Código Civil en el artículo 2491 las expresiones "rescindan" y "rescindibles", éstas no son equivalentes de nulidad pues como lo advirtió la Corte desde 1938, tales locuciones no fueron empleadas en su verdadero sentido técnico y jurídico, porque ciertamente la acción pauliana o revocatoria es autónoma y se diferencia fundamentalmente de la acción de nulidad, como acaba de verse.

10. Es inobjetable que en el proceso aparecen demostrados los presupuestos axiológicos de la acción revocatoria propuesta por el demandante contra los demandados, como pasa a verse:

a) Con las copias expedidas por el Juzgado Civil Municipal de Támesis, referentes a los diversos procesos ejecutivos iniciados por el aquí demandante contra Ezequiel Ortiz Ospina y con prueba de confesión, se establece que el primero era acreedor del segundo con antelación al 16 de junio de 1980, créditos contenidos en varios títulos valores y, aun más, muchos de ellos eran

ya exigibles por esa época. Este hecho, ni se discute por las partes;

b) Con la copia de la escritura pública Nº 243 de 16 de junio de 1980, de la Notaría Unica del Círculo de Támesis, sin duda se establece que entre Ezequiel Ortiz Ospina y Gerardo Castro Rendón se celebró un contrato de compraventa, mediante el cual el primero expresa transferirle al segundo cinco bienes inmuebles, todos ubicados en el Municipio de Támesis, negocio en el cual convinieron, además, que del precio pactado, que se hizo constar fue de $ 610.000.oo, el comprador se reservaba la suma de $ 250.000.oo para cancelar dos hipotecas constituidas en favor de Fabio Obando Delgado y Efraín Escobar;

c) El mismo día de la escritura, vendedor y comprador, mediante documento privado autenticado en la misma Notaría, seleccionaron más acreedores de Ortiz Ospina, comprometiéndose el comprador Castro Rendón a pagar los créditos de Carlos Cardona por la suma de $ 120.000.oo, con intereses del 3% mensual; Guillermo Fernández por la cantidad de $ 114.000.oo, con intereses del 2% mensual; y $ 800.000.oo, con intereses del 3% mensual, al mismo comprador, lo que dio un pasivo total de $ 1'701.960.oo;

d) Sobre el hecho anterior, declara la Notaria Myriam Restrepo de V., quien autorizó la escritura 243, que ella percibió que el comprador Castro Rendón le entregaba al vendedor Ortiz Ospina bastante dinero, "porque don Ezequiel contaba y volvía y recontaba, *ellos* llevaban un documento separado y en ese documento yo creo que había más cantidades que don Gerardo (Castro Rendón) tenía que pagar, porque esto también lo tomaban con la plata que había recibido y lo tomaban también que (sic) con la plata que le debía don Ezequiel a Gerardo, yo ví que ellos hicieron una transacción de más letras";

e) Con confesión del demandado Ortiz Ospina y con la prueba indiciaria, consistente en la forma como actuó en el negocio de compraventa celebrado con Gerardo Castro Rendón, se exterioriza su insolvencia a partir del 16 de junio de 1980, pues admite haber dispuesto de todos sus bienes inmuebles y de un vehículo automotor y elude decir qué otros bienes tiene en su patrimonio (ver respuestas 11, 13, 14 y 16 de su interrogatorio);

f) La prueba de índole testimonial, si bien la mayoría de los declarantes ignora los hechos controvertidos, pues a lo sumo aluden a "rumores" o "comentarios" que se hicieron en el Municipio de Támesis respecto del mal estado de los negocios del demandado Ezequiel Ortiz Ospina y de su designio de insolventarse con la colaboración de Gerardo Castro Rendón, no se puede subestimar en su totalidad, como quiera que el fraude pauliano sí se puede inferir de las versiones rendidas por Fabio Obando y Alberto Alvarez Osorio, todo lo cual lo corrobora el documento privado que el 16 de junio de 1980 suscribieron los demandados. De suerte que aunque pudiera asistirle razón al recurrente sobre los reparos formulados a la forma genérica como se calificó la prueba testimonial, tal censura sería intrascendente, porque lo cierto es, que examinada de conjunto, surgen con claridad de ella los presupuestos tipificadores de la acción pauliana propuesta por el demandante, o sea, que los yerros que se le achacan al Tribunal no se abren paso. Por demás, unas pruebas que se dicen preteridas por el *ad quem* fueron tenidas en cuenta y, otras que no mencionó, eran supérfluas o instrascendentes.

11. Finalmente, el sentenciador de segundo grado, para deducir el fraude pauliano tuvo fundamentalmente en cuenta el documento privado suscrito por los codemandados para seleccionar los acreedores, y tal pilar no fue específicamente combatido por la censura, lo que le serviría al fallo del *ad quem* de soporte suficiente para mantenerlo en pie.

Por tanto, se rechazan los cargos.

Cargo cuarto

Lo presenta así: "La sentencia acusada viola directamente y por interpretación

errónea, los artículos 2490 y 2491 del Código Civil, derivada de error de derecho".

El mencionado yerro se evidencia, dice la censura, de lo siguiente:

a) El demandante, al estructurar la demanda con que se inició el proceso, en unos hechos calificó de simulado el contrato impugnado y en otros, de "acción pauliana";

b) Que a la simulación del contrato el demandante se refirió, en su demanda, en los hechos tercero, cuarto, trece y diecisiete;

c) Que al final de cuentas, el lector de la demanda se queda sin saber cuál es la acción "que pretende definir en los hechos el actor";

d) Que lo propio acontece en el capítulo referente a las súplicas de la demanda, porque "mientras endilga la revocatoria pauliana por el fraude en sus intereses, en las normas de derecho no resorta tal acción";

e) Que en el interrogatorio formulado por el demandante a los declarantes citados por él, insiste "en el hecho ficticio celebrado entre Ortiz Ospina y Castro Rendón";

f) Que el demandante reitera su idea de ser simulado el negocio, al solicitar ante el *ad quem* la confirmación del fallo proferido por el *a quo*;

g) Que ante estos hechos, el *ad quem* no le quedaba otro camino "que proferir fallo absolutorio para la parte demandada y al no hacerlo por error de derecho en que incurrió al aplicar el artículo 2491 del Código Civil, dicho fallo... tiene censura por interpretación errónea";

h) Que al no aplicar el artículo 2490 del Código Civil, "por un error de derecho le ha dado una interpretación errónea".

Se considera

1. El cargo, tal como viene formulado, ofrece notorias deficiencias técnicas, que impone su rechazo.

En efecto, se duele el recurrente de la desacertada interpretación que hizo el sentenciador de segundo grado de la demanda, puesto que decidió sobre una pretensión contentiva de una acción pauliana o revocatoria, cuando el demandante, según algunos hechos de la demanda, que el *ad quem* no vio, tipifica una acción de simulación, o sea, el censor se aparta de la forma como el Tribunal vio y concibió la demanda. Como también se duele de no haber deducido y visto la pretensión de simulación en el interrogatorio que la parte demandante le formuló a los declarantes por él pedidos.

2. El planteamiento anterior pone de presente que el censor, al desarrollar el cargo, se desplazó de la vía directa a la indirecta, como quiera que le achaca al *ad quem* haber desacertado en la interpretación de la demanda en cuanto no percibió que la acción pretendida en los hechos 3, 4, 13 y 17 era *la de simulación*.

Mas, según doctrina uniforme y reiterada de la Corte, se tiene que en el ámbito de la causal primera de casación, el quebrantamiento de norma sustancial por habérsela interpretado desacertadamente, necesariamente presupone conformidad con la apreciación que el Tribunal haya realizado sobre la cuestión de hecho, lo cual quiere decir que esta forma de quebranto de la ley no puede darse sino por vía directa. Síguese entonces que no puede prosperar un ataque fundado en interpretación errónea de la ley sustancial por vía indirecta.

Por otra parte, se aleja de la preceptiva técnica del recurso acusar el fallo al sostener, como ocurre en el cargo que se estudia, que el sentenciador de segundo grado dejó de aplicar un precepto por interpretación errónea que hizo del mismo, puesto que esta última forma presupone que el precepto fue aplicado, pero cayó en falencia el juzgador al fijar su verdadero sentido y alcance. De suerte que no se puede dar la figura o quebranto de la ley o quebranto de la ley sustancial de un mismo precepto, a la vez, por falta de aplicación y por interpretación errónea.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

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 21 de octubre de 1982, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

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

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

Horacio Montoya Gil, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura - Con Salvamento de Voto.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA

1. La acción pauliana. Es acción de rescisión y no de revocación. 2. Efectos frente al demandante y respecto a los dos demandados por el saldo, si lo hubiere. 3. Situación de otros acreedores que no demandaron. 4. La acción pauliana y la acción de simulación

Referencia: Proceso de Jorge Mejía Salazar contra Ezequiel Ortiz Ospina y otro.

1. Aunque comparto la decisión de la Sala de no casar la sentencia acusada y la mayoría de los juiciosos conceptos en que ella se funda, debo, sin embargo, hacer una aclaración respecto al calificativo de acción de revocación que en diferentes pasajes de la sentencia se le endilga a la acción pauliana, con el *ítem* de predicar que siendo ese su adecuado calificativo, don Andrés Bello se equivocó cuando en su Código, que hoy es el nuestro, la apellidó como acción rescisoria, o sea acción de nulidad relativa. Estamos en presencia de una equivocación: O el señor Bello incurrió en error al calificar la pauliana como acción rescisoria, o la equivocada es la Corte cuando la designa como acción de revocación. Estimó por de ningún valor ni fundamento la apreciación de la Corte y en cambio acertado el autor del Código, como paso a demostralo.

¿Qué es la acción rescisoria? Una nulidad relativa, a la cual hay lugar por incapacidad relativa de alguno de los contratantes o por vicios del consentimiento (art. 174), que lo son el error, la fuerza y el dolo. Ahora bien, ¿Qué es el dolo? La intención positiva de inferir un agravio a otro. ¿Qué es lo que se sanciona con la acción que ideó desde la época romana el pretor Paulo? El dolo del acreedor y del tercero para inferir agravio de tipo patrimonial al acreedor. Podría pensarse entonces que no había necesidad de tipificar una acción específica si la situación era remediable con la acción rescisoria por dolo. Empero, no es ello así, pues es característico del dolo que debe ser interno, es decir, que para que invalide el negocio jurídico debe ser obra de una de las partes sin que sea dable invocarse el de un tercero ni por un tercero; como frente al contrato del deudor con su cómplice, el acreedor es tercero, no cabría la acción rescisoria general, de donde era preciso organizar una especial, que es la pauliana. Pero no por el hecho de ser especial deja de tener como fundamento el dolo, como puede advertirse con la atenta lectura del artículo 2491. Siendo, pues, una acción que tiene como fundamento o razón de ser el dolo, es necesariamente una especie de acción rescisoria o de nulidad relativa, que se diferencia de la genérica en que su titularidad le corresponde exclusivamente a un tercero acreedor y en que prescribe en un año en vez de cuatro, pero que es, sin sombra de hesitación, una acción de nulidad relativa o rescisoria.

Si alguna duda quedara, debe hacerse hincapié en que no le es dable al juzgador, así sea al más alto nivel, cambiarle el nombre a las acciones cuando es el propio legislador el que las bautiza. Si el Código Civil llama a la acción del acreedor para que retornen al patrimonio de su deudor bienes que vayan a servir de prenda general de su acreencia como rescisoria, ningún derecho tiene la Corte para afirmar que el señor Bello se equivocó y que esa acción

no es rescisoria, como la nombra la ley, sino revocatoria. Por lo demás, si se lee con cuidado la jurisprudencia que se citó y que ahora se ratifica, la Corte afirma sin dar la razón de su dicho.

Quizás en algunos países cuyas legislaciones no tengan tan detalladamente reglamentada la acción pauliana, se preste a discusión si ella es una acción de resolución o de nulidad relativa. No es ciertamente de resolución porque los que se resuelven son los contratos bilaterales válidos pero incumplidos, y para la prosperidad de la acción pauliana en nada influye que se haya cumplido o dejado de cumplir ni que el contrato sea bilateral o unilateral. Su razón de ser es el dolo. Luego nunca podrá ser acción resolutoria. ¿Será revocatoria? Habría que empezar por definir qué se entiende por tal, trabajo en que no me inicio siquiera, por cuanto si el Código Civil calificó la pauliana como acción rescisoria, no entiendo, no comprendo, no comparto el criterio de la Corte al afirmar, sin fundamento, que el gran jurista Bello se equivocó y que no debe llamarse así. La equivocada es la Corte.

2. Desde otro punto de vista estimo que hubiese sido útil entrar a precisar los efectos de la acción pauliana próspera. ¿La nulidad será total o parcial? Es decir, si regresado al patrimonio del deudor un bien que había enajenado, con ese bien se paga la deuda y sobra dinero. ¿Para quién es ese saldo? ¿Para el deudor demandado y vencido en el proceso pauliano? ¿Para el tercero cómplice, también demandado y vencido? Estimo que la acción del acreedor en nada modifica las relaciones entre sus dos demandados, que en la medida en que ninguno de ellos depreque una acción, debe mantenerse tal como se pactó o lo más similar posible a ello. Por tanto, pagada la deuda, el saldo es para el tercero cómplice, no para el deudor. De donde se infiere que el tercero adquirente conserva el derecho de sanear la nulidad relativa que pretende el acreedor, pagando en cualquier momento la deuda cuya existencia le dio legítimación en causa activa para incoar la pauliana.

3. También hubiese sido de interés resolver el interrogante de si otros acreedores del deudor demandado en acción pauliana que no fueron parte en el proceso tienen derecho a beneficiarse del patrimonio del deudor así enriquecido. Indudablemente no. Unicamente tiene derecho sobre esos bienes que han regresado al patrimonio del deudor el que promovió y ganó el proceso en que se deprecó la acción de nulidad, pues los bienes retornan con la destinación específica indicada. Si otro acreedor no demandante se beneficiara, el tercero cómplice resultaría vencido sin proceso.

Los temas tratados en los párrafos precedentes fueron analizados con propiedad por el Tribunal en los siguientes párrafos que el suscrito prohija y comparte. Dijo así la sentencia acusada: "Eudoro González Gómez en obra anteriormente citada (pág. 112) explica así los efectos de la acción:

'Los efectos de la acción pauliana son relativos. Sólo benefician al acreedor que la propuso; los otros acreedores que no la intentaron no se aprovechan de ella; el bien vuelve al patrimonio del deudor pero sólo para atender al pago del acreedor que obtuvo la rescisión. El acto incriminado se aniquila entre el tercero y el acreedor, pero únicamente hasta concurrencia del crédito y este tercero demandado puede paralizar los efectos de la rescisión pagando al acreedor demandante. Por esto se ha dicho que en el fondo la acción pauliana no es sino una acción indemnizatoria ya que reparado el perjuicio que sufrió el acreedor con el acto fraudulento del deudor aquél carece de interés jurídico para impetrarla' ".

La acción pauliana y la acción de simulación. En varios pasajes de la sentencia precedente y en citas que ahora se hicieron de lo que antes había dicho la Corporación, se emplean expresiones como "reales y perfectos", "verdaderos" y "verdaderos o reales" para calificar el negocio jurídico sujeto a rescisión por acción pauliana. Con tales locuciones se da a entender que la acción pauliana descarta la de simula-

ción, toda vez que si el acto no es real sino fingido la acción seria la de prevalencia. Sea esta la oportunidad de precisar si ciertamente cuando el acto del deudor con su cómplice no es real sino simulado, la acción que debe intentar el acreedor es la de simulación y no la pauliana.

Estima el suscrito que la única acción del acreedor para anular relativamente los actos de su deudor que lo perjudiquen es la pauliana, cuando el acto entre el deudor y su cómplice fueron verdaderos y además onerosos; cuando fueron gratuitos o cuando fueron simulados. Quiere esto decir que la simulación será la prueba óptima del concilio fraudulento, pero no por ello el acreedor puede deprecar la acción de prevalencia, porque fundamentalmente ésta únicamente opera entre las partes contratantes, a voces del artículo 1766 del Código Civil, que la consagra. En efecto, si como dice esa norma, los actos ocultos "no producirán efectos contra terceros", éstos necesariamente deben atenerse a los públicos u ostensibles y no tendrá legitimación en causa para incoar la simulación. De suerte que si el acto del deudor con su cómplice afecta a su acreedor pero no es real sino simulado, la acción será siempre la pauliana; el hecho de la simulación deberá entonces probarse y será a no dudar la mejor prueba del consilio fraudulento. El fenómeno simulatorio viene entonces a convertirse en uno de los elementos esenciales de la acción pauliana. Lo anterior debe predicarse así especialmente frente al fenómeno de la prescripción. Porque sería absurdo afirmar que el acreedor tiene acción pauliana, que prescribe en un año, cuando su deudor celebró un acto real pero perjudicial al acreedor, pero que si el acto fue simulado, es decir, que el dolo se tipifica precisamente por la simulación, el acreedor tenga un término de veinte años para deprecar la acción de simulación o prevalencia. No. La acción del acreedor frente a los actos perjudiciales de su acreedor con un cómplice, sean reales o simulados, prescribe siempre en un año.

Dejo en los anteriores términos explicada la razón por la cual estimé necesario hacer una aclaración a la parte motiva.

Bogotá, marzo 14 de 1984.

Jorge Salcedo Segura.

CASACION. Procedencia

Sólo procede contra las sentencias. Por tanto no es recurrible en casación el auto que decide una excepción de fondo tramitada como previa

AUTOS ILEGALES

Lo interlocutorio no ata a lo definitivo. Si erradamente se admitió el recurso de casación, la Corte no está obligada a tomar decisión de fondo

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., marzo quince de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se procede a decidir lo pertinente en el recurso de casación interpuesto contra la providencia de 30 de noviembre de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por Alfonso Vieira Villa y otros contra la entidad denominada Empresas Públicas de Medellín.

Con el apuntado propósito, la Corte formula las siguientes

Consideraciones:

1ª El auto admisorio del recurso de casación, no obstante su ejecutoria, no veda a la Sala la posibilidad de revisarlo posteriormente, ora de oficio o ya a petición de parte, puesto que, como lo pregona con acierto la doctrina del Derecho Procesal, lo interlocutorio no ata a lo definitivo. Por lo consiguiente, si la Sala ha admitido ilegalmente tal recurso, puede posteriormente apartarse de su propia decisión y abstenerse de proferir sentencia de mérito para rechazarlo, por improcedente.

En varias ocasiones ha dicho la Corte, en efecto, que cuando "erradamente declara admisible el recurso de casación, el auto correspondiente no la obliga a tomar decisión alguna de fondo al estudiar los reparos hechos a la sentencia del Tribunal y darse cuenta cabal de la índole del pleito. Ciertamente, si al entrar en el examen detenido del recurso propuesto advierte que le ha dado cabida sin fundamento legal, mal procedería atribuyéndole al auto admisorio capacidad para comprometerla en el nuevo error de asumir una competencia de que carece. Porque el auto en cuestión nunca tiene fuerza de sentencia, no cohibe a la Corte para declarar en providencia posterior improcedente el recurso" (G. J., tomos LXX, 2; XC, 330; CXXXVIII, 83 y CLI, 38).

2ª El recurso de casación, que es un medio de impugnación extraordinario, lo ha revestido la ley procedimental, para su procedencia, de un conjunto de requisitos, entre los cuales se cuentan los siguientes: a) la decisión atacada debe ser una sentencia; b) la sentencia debe ser pronunciada por el Tribunal Superior en segunda o en única instancia en procesos de responsabilidad civil de jueces de que trata el artículo 40. Excepcionalmente procede también contra las sentencias de primera instancia pronunciadas por los jueces civiles de circuito, cuando las partes acuerden prescindir del recurso de apelación y proponer el de casación por salto; c) la sentencia impugnada debe ser pronunciada

en uno de los procesos señalados por la ley (art. 366, C. de P. C.); d) el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente debe ser de trescientos mil pesos por lo menos; y e) se debe interponer oportunamente, o sea, en la forma indicada en el artículo 369 del Código de Procedimiento Civil.

3ª Siendo el recurso de casación, no un medio de impugnación común de las resoluciones judiciales, sino excepcional y extraordinario, es obvio que el legislador sólo lo hubiera establecido respecto de decisiones de entidad pronunciadas en determinado género de procesos, o sea, que únicamente procede respecto de "sentencias", cuando éstas se hubieren pronunciado en los litigios específicamente señalados por la ley (art. 366 del C. de P. C. y Ley 22 de 1977).

4ª Ahora bien, los preceptos de la ley de enjuiciamiento civil que se ocupa del recurso de casación, siempre hablan e insisten en que la providencia impugnada debe *ser sentencia* y no auto, como puede observarse en las que se ocupan de las causales de casación (art. 368), de la oportunidad y legitimación para interponerlo (art. 369), del justiprecio del interés para recurrir y concesión del recurso (art. 370), de los efectos del recurso (art. 371), de la admisión del recurso (372), de los requisitos de la demanda de casación (art. 374), de la decisión del recurso (art. 375), de la ineficacia del cumplimiento de la sentencia recurrida (art. 376).

5ª Según el estatuto procedimental, las providencias del Juez se clasifican en autos y sentencias. Mediante las sentencias se deciden las pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan el carácter de previas (art. 302), y deberá contener, en su aspecto formal, la indicación de las partes, un resumen de las cuestiones planteadas, las consideraciones necesarias sobre los hechos y su prueba, los fundamentos legales y jurídicos o las razones de equidad en que se base. Además, "la parte resolutiva se proferirá bajo la fórmula 'administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley' y deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, y de las excepciones cuando proceda resolver sobre ellas y sobre las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, con arreglo a lo dispuesto en este Código" (art. 304).

Son autos las demás providencias de trámite o interlocutorios que profiera el Juez, entre los cuales se cuenta el que decide un incidente (art. 351, num. 4) y, específicamente, el que resuelve las excepciones previas, no sólo porque éstas "se tramitarán como incidente", sino que para despejar toda duda el legislador, utilizando un lenguaje diáfano, lo califica de auto cuando expresa que "*el auto* que rechaza las excepciones será apelable en efecto devolutivo y el que las acepta en el suspensivo" (art. 99, *in fine*, del C. de P. C.).

6ª Visto que las excepciones previas se tramitan como incidente y que su decisión pertenece al linaje de los autos, éstos no pueden ser impugnados a través de los recursos extraordinarios como los de casación y revisión, que se encuentran reservados para las sentencias.

7ª Por otra parte, la Corte al pronunciarse sobre el hecho de si era o no procedente el recurso extraordinario de revisión contra las providencias que no tienen el carácter formal de sentencias, dijo: "no pueden ser materia del recurso extraordinario de revisión decisiones judiciales diferentes de las sentencias, como los llamados autos de sustanciación, las resoluciones interlocutorias, ni tampoco pueden serlo los autos de este último linaje con fuerza de sentencia, pues el criterio extraordinario, singular y restringido del recurso que se viene comentando impide una interpretación que permita extenderlo a resoluciones que formalmente no son sentencias sino proveídos de menor jerarquía, como los autos, susceptibles de los recursos de reposición y apelación, pero no del extraordinario de revisión" (auto de 29 de octubre de 1979, aún no publicado).

8ª Es cierto que algunos sistemas positivos consagran la procedencia de la casación contra ciertos autos. Ello ocurre en la

L. E. C., en donde, según el artículo 1670, tienen carácter de definitivas, además de las sentencias que terminan el juicio, "las que recayendo sobre un incidente o artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación"; en la legislación francesa con los llamados "juzgamientos prejudiciales", pues resuelven incidentes de procedimiento (arts. 607 y 608 *du Nouveau Code de Procédure Civile*); sucede lo propio en la ley italiana, en la que se habla como decisiones sometidas a casación de "las sentencias definitivas o interlocutorias" (art. 517, C. de P. C.); también en la alemana, la que alude para tal efecto a las "sentencias finales y las interlocutorias"; en la legislación venezolana (art. 423, ord. 2º, C. de P. C.), que define como "sentencias definitivas" las que ponen fin al proceso, "decidiendo en el fondo, y las que sin resolver el pleito en el fondo deciden cuestiones incidentales"; análoga disposición se encuentra en la reciente ley de casación del Uruguay (14861 de 8 de enero de 1979, art. 14), en donde se determina como decisiones sujetas a dicho recurso extraordinario "las sentencias definitivas o interlocutorias con fuerza de definitiva, dictadas en segunda instancia por los Tribunales de Apelaciones".

Pero lo que no puede olvidarse es, sencillamente, que si esas regulaciones positivas extranjeras *sí consagran expresamente* la procedencia del recurso de casación contra decisiones interlocutorias, o autos con fuerza de sentencia, la legislación colombiana no lo hace así. Pero si aquí, como allá, este medio de impugnación es de naturaleza eminentemente extraordinaria y se trata universalmente por tanto de un recurso *limitado*, no puede entenderse, por vía de una interpretación que rechaza la legislación restringida o cerrada, a otras decisiones judiciales que la ley no ha determinado como susceptibles de casación, ni muchísimo menos arguyendo que si la ley nacional colombiana no lo permite sí lo hace las legislaciones foráneas.

Conclusión

Como la providencia de 30 de noviembre de 1982, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó la que el 25 de mayo anterior profirió el Juzgado 4º Civil del Circuito de allí, es auto y no sentencia, pues en su parte resolutiva se limitó a declarar probada la excepción de cosa juzgada, propuesta como previa y tramitada como incidente; a más de que fue notificada como auto, tiene que seguirse que no procede contra ella el recurso de casación.

Consiguientemente hay que decir que como la Corte no tiene competencia para estudiar en el fondo la demanda de casación, le corresponde hoy, para salvar su propio error, proferir fallo inhibitorio.

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, *se inhibe* de decidir en el fondo el recurso de casación aquí propuesto.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Horacio Montoya Gil, José María Esguerra Samper - Con Salvamento de Voto, *Héctor Gómez Uribe* - Con Salvamento de Voto, *Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura* - Con Salvamento de Voto, *Ernesto Cediel Angel* - Conjuez.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES JORGE SALCEDO SEGURA, JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER Y HECTOR GOMEZ URIBE

Es susceptible del recurso de casación la providencia que resuelve una excepción de fondo que excepcionalmente puede proponerse como previa

Referencia: Proceso ordinario de Alfonso Vieira Villa y otros contra Empresas Públicas de Medellín.

El artículo 97 del Código de Procedimiento Civil indica que son excepciones previas las contempladas en los numerales 1 a 8. Luego, en el último inciso, dice la norma en cita: "También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción, prescripción y caducidad". De la redacción de este artículo se infiere que las allí citadas no son propiamente excepciones previas, sino de fondo. Excepcionalmente se pueden proponer y por consiguiente resolver como previas. Pero lo normal, lo natural, es que sean de fondo y que, por consiguiente, deben resolverse en la sentencia. La providencia que declare probada una excepción que no tiene el carácter de previa, aunque se tramite como tal, es, por consiguiente sentencia. Y siéndolo, contra ella cabe el recurso de casación.

¿También cabría entonces contra la providencia que resuelve sobre una excepción de fondo propuesta como previa, en el sentido de declararla no probada? En tal evento el proceso continuaría. Sería absurdo, entonces, que hubiese necesidad de tramitar un recurso de casación cuando no se ha dictado sentencia de primera instancia. Lo cual indica que si el recurso de casación se interpone deberá serlo con carácter diferido, es decir, que la oportunidad para tramitarlo es cuando se haya dictado la sentencia de segunda instancia, salvo el caso de la casación en salto.

Resuelta una excepción de fondo, ora sea en la sentencia o en providencia previa, y bien se declare probada o se deniegue, por la naturaleza del tema cabe recurso de casación, si el proceso lo admite. Si se declara probada y como consecuencia de ello termina totalmente el proceso, el trámite del recurso extraordinario será inmediato. Si se declara probada pero no termina totalmente el proceso, o se deniega, el trámite será diferido para cuando se dicte la sentencia definitiva. Pero siempre será susceptible de combatir en casación el tema de una excepción de fondo que circunstancialmente se propuso como previa.

No cabría tal recurso contra un auto que resolviera una cualquiera de las verdaderas excepciones previas, señaladas en los 8 numerales del artículo 97 antes citado. Ni contra autos que dieran por anormalmente terminado un proceso. Unicamente contra las providencias que por resolver excepciones que no tienen el carácter de previas, aunque se puedan tramitar como tales, son verdaderas sentencias, a voces del artículo 302, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil.

Como la providencia contra la cual se ha interpuesto el recurso de casación que ahora se examina resolvió sobre una excepción de cosa juzgada, que es una de las que siendo de fondo, pues no tiene el carácter de previa, se puede proponer y tramitar

como tal, de conformidad con lo dicho, contra ella cabe el recurso extraordinario de casación. Piénsese que si, siendo un derecho del demandado, hubiese propuesto esa excepción como de fondo, se hubiese resuelto en la sentencia, e indudablemente era atacable en casación. No veo cómo porque se propuso como previa se pierda dicha posibilidad. Ello implicaría que depende de la actividad del demandado al escoger la forma de proponer la excepción, como previa o de fondo, que haya lugar a la casación o no. Lo cual conduciría a afirmar que los derechos del demandante para combatir esa decisión quedarían mermados o no, a voluntad de su contraparte, lo cual no es equitativo.

Dejo en los anteriores términos explicada la razón de mi disentimiento.

Bogotá, marzo 13 de 1984.

Jorge Salcedo Segura.

Adhiero al anterior Salvamento de Voto. Me remito además a lo expuesto por la mayoría de la Sala en providencia del 7 de marzo de 1978 (Jurisprudencia... Roa Gómez, Tomo IV, número 1355).

José María Esguerra Samper.

Fecha *ut supra.*

Adhiero al anterior Salvamento de Voto suscrito por el honorable Magistrado doctor Jorge Salcedo Segura.

Héctor Gómez Uribe.

Fecha *ut supra.*

MATERNIDAD. Acciones de estado

La de impugnación y la de reclamación. La prueba de que hubo suposición de parto desvirtúa el acta de inscripción del nacimiento y la posesión notoria del estado de hijo

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., marzo veintiocho de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 27 de noviembre de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Hernando Angel Morales y otros en frente de Jaime Angel o Armando Bermúdez.

I
El litigio

1. Mediante escrito que fue repartido inicialmente al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, que luego pasó por competencia al 20 del mismo grado y categoría, Hernando Angel Morales, Eugenia Angel Morales vda. de Pinzón, Mercedes Angel Morales de Ramírez y Ana Vicenta Angel Morales vda. de Garzón demandaron a Jaime Angel o Armando Bermúdez a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de *mayor cuantía*, se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que el demandado "*no es hijo* de la señora Susana Angel vda. de González, por no haber nacido en parto de aquélla";

b) Que, por lo mismo, el citado Jaime Angel o Armando Bermúdez no es hijo "que hubiese sido concebido y nacido dentro del matrimonio" que dicha señora contrajo con Pablo González Ramírez, ya fallecido;

c) Que, consecuencialmente, se declare que el mentado Angel o Bermúdez carece de derechos herenciales y de vocación hereditaria en la sucesión de Susana Angel Morales vda. de González, fallecida el 4 de septiembre de 1976 y cuya mortuoria se tramita en el Juzgado 20 Civil del mismo Circuito; y,

d) Que se oficie a dicha funcionaria, o "al Juzgado en donde se hubiese admitido" el correspondiente proceso sucesorio, para que suspenda la partición de los bienes relictos, "en el evento de que se hubiese reconocido o se reconozca al demandado como hijo de la causante".

Subsidiariamente solicitaron estos demandantes que como consecuencia de "*la acción de impugnación* de estado y por no ser el demandado hijo de su pretendida madre Susana Angel Morales vda. de González", se proceda a rectificar la correspondiente acta de nacimiento de Jaime Angel, asentada en la Iglesia Parroquial de San Victorino de Bogotá, bajo el Nº 1563, "la cual adolece de falsedad ideológica en lo referente a la declaración de ser el demandado hijo natural de una mujer casada...".

2. Los demandantes fundan sus pretensiones en veintisiete afirmaciones de hecho, que sustancialmente quedan compredidas en los siguientes:

a) Susana Angel Morales contrajo matrimonio por los ritos de la Religión Ca-

tólica con Pablo González el 27 de septiembre de 1913, en la Iglesia Parroquial de la ciudad de Soacha, habiendo establecido su hogar conyugal en una zona rural del municipio cundinamarqués de Sibaté;

b) Por razón de los maltratamientos físicos que su cónyuge le dio durante el tiempo en que convivieron, y, además, por la comprobada infidelidad de éste quien resolvió hacer vida marital con su cuñada Leonor Angel Morales, la esposa Susana Angel Morales decidió, "a los pocos años de vida matrimonial", abandonar el hogar en procura de tranquilidad y seguridad moral y física, sin que desde entonces los casados volvieran a tener trato de ninguna especie, por lo que se colocaron en imposibilidad física de realizar entre sí actos sexuales;

c) Luego de haberse trasladado a Bogotá en donde trabajó como empleada del servicio doméstico, con los dineros ahorrados Susana Angel de González, a la sazón ya separada de hecho de su cónyuge, estableció en esta ciudad pequeños restaurantes o cantinas que atendió personalmente y que la obligaban a vigilarlos "por ser su única fuente de ingresos";

d) Para abril de 1933 Susana ya era propietaria de un restaurante-cantina situado en la calle 13 de Bogotá, costado noroccidental, a pocas cuadras de San Victorino, al frente del cual trabajaba en compañía de varias empleadas del servicio y de Milciades Herrera S., con quien entonces "mantenía relaciones amorosas en forma estable" y vivían, junto con la hija de éste Teresa Herrera Granados, "en la misma casa en donde funcionaba el restaurante";

e) Que por esa época llegó a ese sitio y fue recibida como empleada del servicio la mujer de nombre Lucrecia Bermúdez, joven de unos 19 años de edad, oriunda de Girardot, "quien traía consigo una criatura de pocos días de nacida y que al decir de ella había tenido el parto y había sido atendida en la Sección de Maternidad del Hospital de la Hortúa o San Juan de Dios y que el no tener parientes en Bogotá, no poseer bienes de fortuna y por los especiales cuidados que requería su estado post-materno, como también la necesidad de encontrar un lugar estable para el cuidado de su párvulo, solicitó encarecidamente" se le diera alguna ocupación;

f) Que la sobredicha Lucrecia, a los ocho días de haber llegado al restaurante de Susana, "en forma oculta y sin el conocimiento de su patrona y de las demás personas que laboraban con ella, abandonó su empleo dejando de paso abandonada a su criatura", por lo que Susana Angel, preocupada por la vigilancia del infante, encomendó su cuidado y atención a algunos parientes de ella que vivían cerca de su negocio, "en la calle de La Cochera", ayudados por empleadas del restaurante, tales como Clementina Pinzón, Teresa Herrera de Granados, Rosa Pineda de Arico y Sara Durán de Borrero, quienes durante 6 meses se turnaron en el cuidado del niño;

g) Encariñada con el párvulo expósito, Susana le propuso a su concubinario Milciades Herrera que "lo bautizara como su hijo natural con un nombre distinto y fechas diferentes para evitar la identificación y los "eventuales reclamos de la verdadera madre, pretensión que Herrera rechazó enfáticamente, actitud que "trajo como consecuencia que las relaciones que mantenía con la dueña del restaurante" se deterioraran y luego terminaran;

h) El 24 de mayo de 1939, seis años después que Lucrecia Bermúdez abandonó al infante, Susana Angel de González lo hizo bautizar como hijo suyo, con el nombre de Jaime, en la Iglesia Parroquial de San José de San Victorino de Bogotá, contando para ello con la colaboración de Alberto Rojas, socio comercial de Milciades Herrera, habiendo intervenido aquél como "testigos de la farsa", con la que se pretendió "formalizar un estado, y asegurar al menor para los futuros reclamos de Lucrecia Bermúdez";

i) "Como Susana Angel de González —aseveran los demandantes a través del hecho 17 de su libelo— para la época en

que falsamente denunció y bautizó a Jaime Angel o Armando Bermúdez como a su hijo natural, era mujer casada, a fin de evitar que su esposo Pablo González se pudiera enterar de la farsa y como además no había alumbrado a la mencionada criatura, fue por ello que los padrinos concertados, fueron conocedores del hecho y de común acuerdo lo bautizaron con una fecha de seis (6) años después del verdadero nacimiento, con un nombre diferente, datos diferentes en lo concerniente a la maternidad, por lo cual la partida así sentada, contiene una falsedad ideológica en cuanto a la verdadera madre y por ello carece de veracidad en su contenido";

j) Agregan los demandantes que durante los años de 1932 y 1933 Susana Angel, en ningún momento, "dio muestras, señales, signos ni rastros propios del embarazo, como tampoco jamás fue hospitalizada en clínica oficial o privada, hospital o consultorio particular y mucho menos en la casa de habitación en donde también funcionaba su restaurante", lo que sencillamente no era físicamente posible pues que, desde antes de 1925, "sufrió consecuencias de salud irreparables en sus órganos genitales por los maltratamientos de obra recibidos de su esposo", que la imposibilitaron definitivamente para ser madre;

k) Que durante su vida la causante Angel vda. de González en algunas ocasiones simuló que el demandado era su hijo, e incluso, con el fin de disminuir el monto de sus impuestos, lo denunciaba como tal en sus declaraciones de renta, lo que ha sido aprovechado "deliberadamente por el mismo Jaime para levantar una maternidad, cuando es lo cierto, que el hecho objetivo del parto jamás se realizó en la muerta, con relación al mismo demandado";

l) El hecho de haberse sentado el acta de nacimiento de Jaime Angel extemporáneamente, 6 años después de su ocurrencia, y sin acatar las disposiciones de la Ley 92 de 1938, vigente a la sazón, "están demostrando —dicen los demandantes en el hecho 24 del libelo— lo equívoco y falto de veracidad del alumbramiento y la indiferencia de la protectora en la garantía de la farsa, pues únicamente miraba era la seguridad de que la verdadera madre no reclamase su hijo y la diferencia de nombres y datos, podían distraerla, confundirla descontrolarla; lo que no podía suceder con la adopción en donde se necesitaba la verdadera partida de nacimiento y la correspondencia exacta en la escritura";

m) Aseveran además los demandantes que su demandadò, cuando supo que su protectora iniciaba las gestiones para impugnar la maternidad y "quitarle la partida que ostentaba", la amenazó y la alejó de sus parientes: eso no lo hizo antes de su muerte la causante "por su enfermedad"; y

n) En el hecho 25 expresa la demanda, finalmente, que días antes de su muerte "Susana Angel vda. de González, quien no perdió su lucidez mental, le entregó a su verdadero hermano Hernando Angel Morales, de su agenda personal, una hoja escrita de su puño y letra, en donde estaban consignados unos datos, especialmente de un Bermúdez, en un hospital de esta ciudad, para que en el Hospital de la Hortúa, su hermano sacase la primera partida de nacimiento del demandado Jaime Angel o Armando Bermúdez, instándolo para que así lo hiciera, pues no quería que persona distinta de su familia se lucrase con sus bienes; también indicaba unos datos de libros y folios, que fueron los que al final dieron base para que los herederos encontrasen las dos partidas, lo cual está indicando que en la mente, en la intención y en la conciencia de Susana Angel vda. de González, quería que la farsa se descubriera después de su muerte, porque antes hubiese peligrado su vida".

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a las súplicas de sus demandantes; y en cuanto a los hechos, salvo los referentes al matrimonio de Susana Angel con Pablo González y a la muerte de aquélla, los cuales aceptó como ciertos, manifestó no constarle algunos y negó los más.

En esa misma oportunidad el demandado propuso como de mérito o de fondo, y

para el evento "improbable de que se rechacen previamente", las excepciones que denominó caducidad y prescripción de la acción propuesta, por haberse presentado la demanda respectiva "cuando ya había vencido el plazo de 60 días para impugnar la maternidad, pues al tenor del inciso 2º del artículo 337 del Código Civil, dicho plazo, que no admite interrupción ni suspensión, se cuenta desde el día que los actores supieron el fallecimiento de Susana, esto es desde el mismo día de la muerte de ella".

Como en tal oportunidad dichas dos excepciones también se propusieron como previas, éstas, luego de haberse tramitado el respectivo incidente, se declararon infundadas por auto de 29 de agosto de 1977.

4. Replicada que fue la demanda en los términos dichos, el juzgado de la causa, luego de decidir el incidente de excepciones previas, surtió la primera instancia del proceso con la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes, a la que puso fin con su sentencia de 20 de febrero de 1981 mediante la cual, al considerar que no estaban probados los fundamentos fácticos de la demanda, denegó todas las súplicas de los demandantes, absolvió al demandado de los cargos que en dicho libelo se le enrostraron y, por último, impuso a los demandantes las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación que contra dicha providencia interpuso la parte desfavorecida con ella, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, en sentencia de 27 de noviembre de 1982, previa infirmación del fallo apelado, tomó las siguientes decisiones:

a) Declaró imprósperas las excepciones de caducidad y prescripción propuestas como de mérito; b) resolvió que el demandado Jaime Angel no es hijo de Susana Angel vda. de González, "por no haber nacido en parto de aquélla"; c) dispuso, consecuencialmente, que tal demandado "tampoco fue concebido, ni nació dentro del matrimonio que vinculó a Susana Angel vda. de González con Pablo González"; d) dispuso, además, que dicho demandado, por no ser hijo de la sobredicha Susana Angel, "no está llamado a heredarla con esa calidad"; y e) finalmente, condenó a la parte demandada a pagar las costas causadas en las dos instancias del proceso.

II
Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Tras referirse a los antecedentes del litigio y al desarrollo del proceso, el Tribunal *ad quem*, tomando apoyo tanto en el *petítum* como en la *causa petendi*, entra a determinar la pretensión deducida en la demanda inicial.

Dice, al punto, que en el proceso "se hace valer por los demandantes una de las acciones del estado civil, encaminada a destruir el de hijo de Susana Angel que ostenta el demandado Jaime Angel, por ser, según la demanda, falso el parto de aquélla, en virtud del cual dicho demandado ostenta el estado civil que se quiere aniquilar", es decir, agrega el sentenciador, que se ejercita la acción de impugnación de la maternidad que consagra el artículo 335 del Código Civil.

2. Estima el Tribunal, y así lo asevera en su sentencia, que en el caso *sub júdice* se encuentra estructurada la legitimación en causa, tanto activa como pasiva.

La primera, dice, porque de acuerdo con el artículo 337 *ibídem* y las pruebas practicadas al respecto los demandantes tienen vocación hereditaria en la sucesión de Susana Angel; y la segunda, porque el demandado es la persona cuyo estado civil de hijo de aquélla se pretende desvirtuar.

Considera además el sentenciador de segundo grado, y así lo reitera, que en su providencia mediante la cual esa Corporación decidió el incidente de excepciones previas, "ampliamente se analizó que la caducidad establecida por el artículo 337 del Código Civil no se configuró en el caso *sub lite*, porque el término de sesenta días allí contemplado debe computarse en la forma prevista por los artículos 62 del

Código Político y Municipal y 121 del Código de Procedimiento Civil".

3. Llevadas sus consideraciones a este punto, el Tribunal inicia el análisis de la prueba tendiente a saber "si el parto de que da cuenta el acta que aparece al folio 10 del primer cuaderno es falso, por no haber sido cierto", previa advertencia de que la verificación de tal cuestión no se encuentra "subordinada a una prueba específica, teniendo, por lo tanto, los demandantes libertad probatoria...".

A continuación el sentenciador de segundo grado cita, compendiando su contenido y transcribiendo de ellos sus pasos relevantes, los testimonios de Tomasa Rodríguez, Teresa Herreros Granados, Antonio María Gómez Chisco, Otoniel Laverde Alarcón, María Celina Tibocha, María de la Cruz Herrera, Lácides Rafael Alvarez, Esteban Rodríguez López, Vidal Rodríguez, José Ignacio Jaramillo, Adelina Giraldo de Pulecio, Humberto Rodríguez Gordillo, Pablo Emilio Cuervo, Prudencio González Pinilla y Bernardino González Ramírez, de los cuales dice que todos son concordantes, "ya porque tuvieron conocimiento directo de los hechos, o porque Susana Angel les contó, en que ésta no fue la mujer que dio a la luz a Jaime Angel, quien fue alumbrado por Lucrecia Bermúdez".

Considera el Tribunal que la gran distancia temporal de los acontecimientos que los declarantes narran, no descarta la posibilidad de los "yerros que presentan sus exposiciones en cuanto a detalles", y que no pudiéndose descartar éstos, y que por tanto esos eventuales errores, "por sí solos, no pueden constituir factor decisivo para negarle todo valor probatorio a la prueba testimonial".

4. En el análisis crítico que el sentenciador hace individualmente de algunos de tales testimonios, refiriéndose al de Teresa Arcadia de Rodríguez dice que no puede carecer de todo valor demostrativo por el hecho de que la deponente "no recuerde el año que trabajó para Susana Angel, según la misma declarante su memoria no le es fiel", pues que los hechos referidos por la testigo concretamente "se deben tener en cuenta para valorar en su conjunto la prueba testimonial, porque el olvido de la fecha en que sucedió un determinado acontecimiento, no acarrea la amnesia de éste, siendo muy frecuentes los casos en que se recuerde un hecho, pero no la época en que sucedió".

Considera que la declaración de Teresa Herrera Granados sí tiene que apreciarse puesto que, contrariamente a lo que en torno a ella dedujo el *a quo*, en verdad no tiene interés "en el asunto..., pues en el presente lo que se discute es el estado civil del demandado frente a Susana Angel y no si en los bienes que dejó ésta debe tener participación la declarante"; y que relativamente al testimonio de Antonio María Gómez no puede predicarse ausencia de credibilidad en sus aserciones, "con fundamento en que, según la edad que dijo tener cuando declaró", apenas contaba con 12 ó 13 años al suceder los hechos sobre los cuales depone, porque "el testigo no dijo que tenía 59 años al declarar, sino que era mayor de 59 años, lo que, lógicamente, indica que, al suceder los hechos que relata, el exponente tenía una edad superior a la que contempló el *a quo*".

Y en el análisis global que hace la prueba testifical, dice el juzgador de segundo grado que la circunstancia de referirse algunos declarantes a las manifestaciones que les hizo Susana Angel de que Jaime Angel no era hijo de ella, sino de Lucrecia Bermúdez, "tampoco puede dar base para prescindir de esos testimonios, pues ellos están dando cuenta de las revelaciones que hizo la mujer cuya maternidad se impugna a los declarantes, revelaciones que, al no poderse tener por no hechas, pues no hay motivo para inferir que los testigos mientan, de una situación que es preciso tener en cuenta para decidir el proceso pues, la mujer que ha dado a luz no vive pregonando que el fruto de su alumbramiento es de otra y no de ella".

5. En apoyo a la conclusión a que llega, el Tribunal toma los indicios que surgen de los siguientes hechos que encuentra demostrados en el proceso:

a) Que Lucrecia Bermúdez dio a luz un niño el 12 de febrero de 1933 en el Hospital de San Juan de Dios, quien fue bautizado allí con el nombre de Armando;

b) Que la mentada Lucrecia Bermúdez reside en Nueva York, pues que allí fue citada a este proceso manifestando entonces ella que "no firmaba hasta que no estuviera presente su hijo";

c) Que el 24 de mayo de 1939, en la Iglesia de San José Parroquia de San Victorino, fue bautizado como hijo de Susana Angel un niño a quien se le puso el nombre de Jaime; y

d) Que en el interrogatorio de parte a que fue sometido el demandado, al preguntársele si le daba a Solomón Fayad Espinosa el trato de padre, contestó: "no se si será mi papá, el que podía decir era mi mamá. No lo trato como papá, no le digo papá porque aclaro, que sí le digo papá porque vivió con mi mamá Susana".

Afirma la sentencia que las aseveraciones que hacen varios declarantes de que en el año de 1933 llegó la Bermúdez al restaurante de Susana con un hijo de brazos, a quien llamaban Armando, tiene su respaldo probatorio en "un documento que establece esa maternidad. Como lo cuenta igualmente las que hacen varios de los testigos de que en el año de 1939, ese niño fue mandado bautizar por Susana como hijo de ésta"; lo mismo que las manifestaciones testimoniales de que Lucrecia Bermúdez, luego de abandonar el niño, se fue a trabajar al parque Gaitán, con la familia Madero, que la llevó luego para el extranjero.

Añade el sentenciador que la manifestación que hizo el demandado de que le decía papá a Salomón Fayad, es signo revelador de que Jaime no es hijo de Susana, "pues por la época en que ocurrió la concepción de aquél, Susana hacía vida marital con Milciades Herrera, tal como lo aseveran varios testigos"; y que la manifestación de Lucrecia Bermúdez hecha ante el funcionario consular que la citó al proceso, "debe tenerse como un signo indicativo de que aquélla y no Susana Angel es la madre del demandado".

Advierte el *ad quem*, además, que la coincidencia entre las fechas de nacimiento de Armando Bermúdez y de Jaime Angel y "el hecho de que el acta del nacimiento de éste se hubiera sentado 6 años después de ocurrido y no ante un funcionario del Estado, sino ante un párroco, no obstante que cuando se sentó el acta regía la Ley 92 de 1938, son cuestiones que deben tenerse en cuenta para darle credibilidad a las manifestaciones que hacen varios de los testigos de que por la época en que fue concebido el demandado y por aquella en que éste nació no estuvo embarazada, ni dio a luz Susana Angel".

Y agrega en este análisis de los elementos de prueba, para corroborar la deducción que hace, que en este proceso no hay "elemento de convicción alguno encaminado a dar cuenta de que Susana Angel hubiera estado embarazada por los años de 1932 y 1933 o hubiera dado a luz por la época en que nació el demandado...".

6. Para poner fin a su análisis probatorio, dice el Tribunal de Bogotá que a su cardinal conclusión no se oponen las declaraciones recibidas a instancia del demandado, "porque ellas se encaminan a dar cuenta de que Susana le dio a Jaime el trato de hijo, lo que puede ser aceptado, como consecuencia de haberlo mandado bautizar, sin que ello esté llamado a incidir en el caso *sub lite* en el que se controvierte es si Susana Angel dio a luz el 30 de mayo de 1933 a un niño que hizo bautizar, el 24 de mayo de 1939, con el nombre de Jaime, y ya se vio que no existió tal parto, siendo por lo tanto falso el que señala el acta sentada en la última de las fechas citadas".

III

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Como ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación el demandado. En la respectiva demanda el recurrente formula contra dicho fallo cuatro cargos, todos dentro de la órbita

de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que la Corte procede a examinar y despachar en el orden en que ellos vienen propuestos.

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por inaplicación, de los artículos 70 y 337, inciso 2º, del Código Civil; y de los textos 62 del Código de Régimen Político y Municipal, 121 del Código de Procedimiento Civil y 335 y 337, inciso 1º, del Código Civil, estos cuatro últimos por aplicación indebida.

2. En desenvolvimiento de esta censura el casacionista, en la primera parte del cargo, asevera que en el presente proceso son hechos ciertos, no discutidos por las partes, los siguientes: a) el fallecimiento de Susana Angel, mujer cuya maternidad se impugna, ocurrido el 4 de septiembre de 1976; b) el conocimiento que de dicha defunción tuvieron los demandantes, el mismo día en que ésta sucedió; y c) la presentación de la demanda el 16 de noviembre de 1976.

Recuerda en seguida que la acción de impugnación de la maternidad expira, para las personas a que se refiere el precitado artículo 337, "a los sesenta días contados desde aquél en que el actor haya sabido del fallecimiento de dichos padre o madre"; y que, según el artículo 70 *ibídem*, "en los plazos que se señalaren en las leyes o en los decretos del Poder Ejecutivo, o de los Tribunales o Juzgados, se comprenderán los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues en tal caso, y cuando el código judicial no disponga lo contrario, no se contarán los días feriados".

Cree el censor, y así lo expresa al concretar este cargo, que "el Tribunal ignoró dicho artículo 70 del Código Civil" y que "sin más echó mano de los artículos 62 del Código de Régimen Político y Municipal y 121 del Código de Procedimiento Civil, que en lo relativo a la materia propia de cada cual, en los plazos de días suprimen los feriados y vacantes".

3. Avanzando en el desarrollo del cargo, asevera el impugnador que "la Ley 4ª de 1913, 'sobre régimen político y municipal', circunscribió expresa y tajantemente su ámbito en el artículo 1º, así: 'La legitimación relativa al ejercicio de las facultades constitucionales de los Poderes Legislativo y Ejecutivo; a la organización general de los Departamentos, Provincias y Municipios; a las atribuciones de los empleados o corporaciones de estas tres últimas entidades; a las atribuciones administrativas del Ministerio Público, y a las reglas generales de la administración, constituyen el *régimen político y municipal*", por lo que, concluye en este punto la censura, dicha ley nada regula en lo relativo "a las relaciones de los particulares entre sí, nada que verse con el derecho civil y, más concretamente, con el Código Civil". Que el Código de Procedimiento Civil se refiere, en cambio, "con exclusividad, a las relaciones de los particulares con la administración de justicia y de ellos entre sí, pero limitadamente a los procesos; y en cuanto a términos, no se puede perder de vista que el Título IX, dentro del cual yace el artículo 121, atañe únicamente a los términos y oportunidades 'para la realización de los actos procesales de las partes', fijados en la misma ley procesal o por el Juez (arts. 118 y 119)".

Añade el casacionista que "cada ordenamiento tiene su propio círculo, la materia por él regulada, relativa a determinados sujetos y a determinada clase de relaciones, de modo que la aplicación de un estatuto que gobierna una materia específica, la actividad de determinadas categorías de personas y determinada clase de relaciones, a materias, personas, actividades y relaciones diferentes y, lo que es peor, absolutamente extrañas a aquellas que le son propias, constituye un contrasentido".

4. En remate de la formulación de este cargo, dice el censor que el artículo 70 del Código Civil, que considera vigente muy a pesar de la opinión en contrario de algunos autores, da un plazo que "es término del Código Civil, código que indica cómo se cuentan los términos suyos y, por consiguiente, es abusivo aplicar a aquel término

un régimen de cómputo exclusivo de la administración pública o uno exclusivo de la actividad jurisdiccional, así estos dos coincidan entre sí".

Se considera

1. *El problema que suscita en casación el quebranto de normas legales que han perdido vigencia no es en verdad sencillo. Porque si bien las leyes de carácter procesal son de aplicación inmediata, no puede olvidarse que, por principio de derecho universal, los efectos emanados de un acto jurídico deben regirse por la ley sustancial vigente cuando se realizó el acto o se ajustó el contrato, y es ella por tanto la que debe hacerse obrar al dirimir el conflicto surgido de dicha relación material.*

Doctrinas y jurisprudencias tradicionalmente han sostenido, al unisono, que para que la casación asegure la aplicación y la interpretación correctas de un texto legal es necesario que éste sea aplicable al tiempo de la sentencia que resuelve el litigio; si se aplica una norma derogada el fallo pierde fundamento jurídico o base legal, puesto que en el fondo lo que sucede es que hay violación, por inaplicación, del texto o norma que en verdad correspondía hacer actuar.

De esto resulta que solamente es denunciable en casación el quebranto de normas de derecho antiguo, cuando las relaciones materiales que se controvierten en el proceso se hallan todavía reguladas por aquéllas; como puede acusarse en este recurso la infracción de leyes nuevas, pero únicamente cuando éllas ya eran aplicables al tiempo en que se dictó la sentencia combatida en casación y en general, en cuanto, naturalmente, las relaciones preexistentes vengan sujetas a ellas.

2. *Por cuanto el fundamento toral de la censura que aquí se estudia consiste en afirmar que la sentencia combatida aplicó indebidamente el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, que ordena suprimir los días feriados y de vacancia en los plazos de días que señalen la leyes; y que dejó de aplicar en cambio el artículo 70 del Código Civil, según el cual en tales plazos tienen que contarse los días feriados y de vacantes, para despachar el cargo debe la Corte comenzar por determinar si dicho texto de la codificación civil citada estaba o no vigente a la sazón.*

Es verdad inconcusa que los individuos, al regular sus actividades, cumplen los actos de la vida jurídica teniendo en cuenta la normación legal que se halle en vigor en la época en que ellos actúan; es preciso que cada cual conozca anteladamente las condiciones que deberá respetar, las reglas positivas a que debe someter su conducta, para que el acto realizado se considere regular, y, por ende, para que se reconozca a éste su validez en derecho. La necesidad de seguridad social exige, pues, que se restrinja al máximo el ámbito de aplicación de la ley en el tiempo.

Y en este preciso punto el principio generalmente aceptado por las legislaciones es el de que la ley rige desde que se promulga hasta cuando se deroga. Así lo establece el legislador colombiano, como puede inferirse de los artículos 52 a 56 del Código de Régimen Político y Municipal, que derogaron los textos 11 y 12 del Código Civil y 71 y 72 de esta última codificación.

3. *En épocas pretéritas, los doctrinantes distinguían la* abrogación, *que entrañaban la supresión total de la ley, y la* derogación, *que sólo implicaba la supresión parcial, es decir, de algunas de sus disposiciones. Hoy en día, posiblemente por el uso, la primera de tales expresiones raramente se emplea; parece en verdad relegada al olvido y por tanto solamente se habla de derogación, término con el cual se quiere significar la cesación de la eficacia de la ley, o marcar en el tiempo la finalización de su vigencia, ya sea total o parcial en cuanto a su propio alcance.*

Poniendo en relación los artículos 71 y 72 del Código Civil con el 3º de la Ley 153 de 1887, por la forma en que ella se produce la derogación de una ley puede ser expresa, tácita *y* orgánica. *Es de la primera especie cuando la nueva ley suprime formalmente la anterior; es de la segunda, cuando la norma posterior contiene disposiciones incompatibles con las de la antigua;*

y es de la tercera, cuando una ley nueva regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería. Establece en efecto el artículo 71 citado que la derogación es expresa "cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior"; y agrega el artículo 3º, referido, que se estima "insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería".

La derogación tácita encuentra su fundamento o razón de ser en que, existiendo dos leyes contradictorias de diversas épocas, tiene que entenderse que la segunda ha sido dictada por el legislador con el propósito de modificar o corregir la primera; y el de la orgánica, en que si el legislador ha redisciplinado toda la materia regulada por una norma precedente, forzoso es suponer que ha partido de otros principios directrices, los cuales, en sus variadas y posibles aplicaciones, podrían llevar a consecuencias diversas y aun opuestas a las que se pretenden si se introdujera un precepto de la ley antigua, aunque no fuere incompatible con las normas de la ley nueva.

La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, sólo se da es verdad cuando la nueva ley "regule íntegramente la materia" que la anterior normación positiva disciplinaba. Empero, el determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende, no tanto del mayor o menor número de disposiciones que contenga en relación con la antigua, sino de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior.

Sea de ello lo que fuere, lo evidente es que hay que suponer que la nueva ley realiza una mejora en relación con la ley antigua; que aquella es más adecuada a la vida social de la época y que por tanto responde mejor al ideal de justicia, ideal y necesidad éstos que tornan urgente la aplicación de la nueva ley; aplicación que por lo mismo debe ser lo más amplia posible para que desaparezcan las situaciones que el propio legislador ha querido condenar y evidentemente arrasó con la ley nueva. Es un principio universalmente reconocido que cuando un legislador emite dos voluntades diversas, la más reciente prevalece.

4. El artículo 70 del Código Civil Colombiano, adoptado en 1887, establecía: "En los plazos que se señalaren en las leyes o en los decretos del Poder Ejecutivo o de los Tribunales o Juzgados se comprenderán los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles expresándose así, pues en tal caso, y cuando el Código Judicial no disponga lo contrario, no se contarán los días feriados".

Posteriormente el legislador colombiano de 1888 emitió la Ley 149, "sobre Régimen Político y Municipal", y mediante su artículo 64 dispuso: "En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario;...". Tal estatuto fue, sin embargo, expresa y totalmente derogado por el artículo 340 del Código de Régimen Político y Municipal hoy vigente (Ley 4ª de 1913), codificación ésta que mediante su artículo 62, en punto a plazos legales, repitió la normación inmediatamente anterior, al estatuir: "En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil".

Trátase pues de dos leyes, emitidas en épocas diferentes, cuyas disposiciones son ostensiblemente incompatibles entre sí: la del Código Civil, según la cual en los plazos de días señalados en la leyes "se comprenderán los feriados"; y la del Régimen Político y Municipal, conforme a la cual estos días "se entienden suprimidos" en dichos

plazos. Luego, si la ley posterior contiene disposición que en materia de plazos legales son antagónicos e inconciliables por tanto con los de la anterior, tiene que entenderse que ésta quedó tácitamente derogada al emitirse la ley nueva.

Y si la anterior interpretación no fuere correcta habría que decir que cuando menos, con relación a la ley antigua, operó la derogación orgánica, pues tanto la Ley de 1888, como la de 1913, revelan que la voluntad del legislador fue la de abarcar con su nueva disposición toda la materia referente al cómputo de plazos legales, muy a pesar de que entre las dos normaciones no se advirtiese incompatibilidad alguna.

Quizás por esto es por lo que autores como Fernando Vélez, y Champeau y Uribe, comentando el artículo 70 del Código Civil, estiman que dicha norma está derogada por el artículo 64 de la Ley 149 de 1888; posiblemente con tal interpretación nuestro codificador Ortega Torres considera, y así lo afirma, que dicha norma del Código Civil, está subrogada por el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal; y tal vez, con apoyo en esa hermenéutica, la Corte, desde vieja data, ha dicho que el precitado artículo 62 "deroga y reemplaza a las anteriores sobre cómputo de términos legales" (auto de 27 de abril de 1918, t. XXVI, pág. 358. Jurisprudencia de Orozco Ochoa).

5. *Si el sobredicho artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, en forma genérica y sin discriminación o especificación alguna, estatuye la manera de computar los plazos de días* "que se señalen en las leyes" *(se subraya), no puede afirmarse, sin restringir su alcance, que tal disposición se aplica exclusivamente a las leyes reguladoras del régimen político y municipal y no en las que gobiernan las relaciones de los particulares entre sí.*

Para advertir que las disposiciones del Código de Régimen Político y Municipal se aplican a toda clase de leyes sería suficiente notar que tal codificación, luego de hacer la clasificación de ellas y de determinar su contenido (arts. 35 a 40), establece en el artículo 42 que los proyectos de ley presentados por los ministros del despacho o por los miembros de las Cámaras "que tienden a reformar o adicionar los códigos y leyes generales, se amoldarán a la clasificación" legal que dicho estatuto hace; o bastaría, para abonar la tesis que aquí acoge la Sala, advertir que las normas de esa codificación, referentes a la "promulgación y observancia de las leyes", son aplicables a toda clase de disposición legal y no solamente a las que versen sobre régimen político y municipal. Eso es lo que ocurre con los artículos 52 a 55 sobre promulgación y vigencia de las leyes, 57 sobre su obligatoriedad, 58 sobre aclaración de leyes y 59 a 62 sobre plazos legales.

Por ello la Corte, concretamente en lo referente al cómputo de términos y plazos señalados en leyes, ha aplicado los artículos pertinentes del Código de Régimen Político y Municipal, como puede verse, entre otras, en la sentencia de 5 de abril de 1973 (CXLVI, 85), para precisar la fecha en que comenzó a regir la Ley 75 de 1968.

6. *No se piense, sin embargo, que la Sala esté atribuyendo carácter rigidamente absoluto a la tesis que ensaya, consistente en que, según el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, en los plazos de días se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, desde luego que esta misma disposición legal establece que el principio se aplica "a menos de expresarse lo contrario".*

Por ello tiene que entenderse, por ejemplo, que el término establecido por el artículo 92 del Código Civil, referente a la determinación de la época de la concepción de la persona natural, al hablar de días "cabales" consagra una salvedad a la apuntada regla, pues es obvio que ni por semejas podría decirse que el proceso biológico de la gestación del ser humano se suspende en los días feriados o de vacancia.

7. *Para poner aún más de manifiesto la sinrazón del cargo que aquí se considera, no sobraría quizás recordar que, conforme al artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, "En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial,*

ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho...".

Esta norma que, como lo observa el recurrente, es parte integrante del título de tal codificación sobre "términos y oportunidades procesales", tiene necesariamente que acatarse en el momento de formalización de la demanda, que es el acto procesal de parte más importante, como que con él se inicia el proceso.

Si los actos procesales son todos aquellos que las partes y el Juez realizan para integrar el proceso, vano resulta negar a la demanda tal carácter, desde luego que con ella el demandante busca obtener una resolución judicial que le tutele un interés jurídico que estima lesionado. Siendo la demanda acto procesal por antonomasia, la oportunidad de su ejercicio debe regirse por las normas que gobiernan el proceso, y entre ellas justamente el precitado artículo 121.

8. *Si, pues, el artículo 70 del Código Civil, por la época en que se profirió la sentencia aquí combatida, era norma muerta, pues a la sazón se encontraba derogada en su totalidad, no podía ni debía hacerse actuar en el fallo, tal cual lo dedujo el Tribunal* ad quem. *Por lo consiguiente, esta censura resulta carente absolutamente de fundamento atendible.*

Y si el precitado artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal estaba vigente a la sazón y era además el que entonces regulaba el cómputo de los plazos de días, que las leyes pertinentes señalaban, sí correspondía hacerlo actuar en el presente litigio, tal cual lo hizo el Tribunal Superior de Bogotá. Tampoco hubo pues, aplicación indebida de ese texto legal.

Cargo segundo

1. Por éste se acusa la sentencia del Tribunal de infringir directamente, por interpretación errónea, el inciso primero del artículo 335 del Código Civil, y el 337 del mismo ordenamiento, por aplicación indebida.

2. En desarrollo del cargo el casacionista, luego de detenerse en la diferenciación de la acción de reclamación del estado de hijo y la de desconocimiento de dicho estado, impugnando la sentencia que combate dice que el Tribunal de Bogotá, en ella, consideró equivocadamente que "el objetivo de la acción de impugnación es determinar, como sea, la falsedad del parto, y no si el hijo cuyo estado civil se halla en juego, es o no hijo de la mujer que pasa por madre suya. Así, con testimonios sospechosos, confusos, equívocos y contradictorios y con empleo ligero de datos insignificantes, tomados sin el menor cuidado por la lógica, fue declarándose convencido de que Susana Angel no dio a luz a Jaime González o Angel y de que éste fue alumbrado por Lucrecia Bermúdez, y dejando de lado la demostración fehaciente y robusta de que a lo largo de cerca de cincuenta años Susana y Jaime vivieron, se comportaron y se trataron como madre e hijo en toda su actividad íntima y exterior, consecuente con la realidad biológica y con su anotación jurídica".

Avanzando en la sustentación de esta censura, expresa el casacionista que "la confesión inequívoca y la posesión notoria del estado civil son prueba contundente, definitiva del estado respectivo, que en cuanto atañe a la maternidad únicamente puede ser infirmada con la prueba de la imposibilidad física para engendrar en general o, concretamente al tiempo en que pudo tener lugar la concepción del hijo de que se trata, y lo mismo rige para la maternidad que para la paternidad, para la filiación legítima que para la natural, para la declaración judicial de progenie incierta que para la impugnación de la ya establecida (arts. 214 y 248 —1º y 2º—, C. C. y 6º —4º-3º— Ley 75 de 1968)".

3. Concretando el error *in judicando* que denuncia, dice el censor que "el Tribunal se desentendió de la unidad del sistema legal, de la unidad del derecho de filiación, de sus principios y de su función social, de la lógica inquebrantable del ordenamiento, y fue declarando que Jaime no es hijo de Susana Angel, basado en consejas de mala ley y de peor origen, interesadas

y hechizas y en indicios incoherentes y antojadizos, sin reparar en la prueba compacta y plena de la confesión de la maternidad y de la posesión notoria de tal estado a lo largo de diez lustros ininterrumpidos".

En su análisis crítico de la sentencia que combate, agrega el impugnador que "para el Tribunal el proceso de impugnación de la maternidad no consiste en debatir y esclarecer la calidad de hijo, con todos los elementos de juicio y examinando todas las muestras de filiación que en sociedad y en ley son de recibo, sino única y exclusivamente en determinar si hubo o no parto, si éste es verídico o es falso; y, por lo mismo, la confesión de la maternidad y la posesión notoria del estado no 'inciden' para nada en el litigio. O, en otras palabras, de nada sirve probar hasta la saciedad que la madre reconoció y tuvo y trató al hijo como suyo toda la vida, acá durante medio siglo, sinceramente, en todas las circunstancias y ante todo el mundo, comenzando por sus propios parientes ahora impugnantes, eso será prueba de confesión y de posesión notoria, pero no de filiación (') y, de esa manera, si unos cuantos testigos interesados y contrahechos niegan haber visto la preñez, la maternidad caerá".

4. Rematando la sustentación de este cargo, el casacionista expresa: "El Tribunal, partiendo del supuesto de que la prueba en estos procesos es libre y fundamentalmente indiciaria, llegó a la conclusión de que Susana no dio a luz a Jaime zigzagueando por entre las frases de testigos empeñosos en sostener que Jaime es hijo de Lucrecia Bermúdez y, sobre todo, en que los hermanos de Susana y no Jaime sean los herederos de ésta. La prueba de la confesión de la maternidad, la prueba de la posesión notoria, sí están ahí, pero nada tienen que ver acá, donde lo que se discute es el alumbramiento. Prueba libre para los demandantes, pero no para el demandado. Que no hubo parto, es algo que puede darse por demostrado a la ligera, con benevolencia y magnanimidad; que el demandado es hijo de la mujer que pasa por ser su madre, eso si no. La partida parroquial, la confesión materna, la prueba fidedigna de la posesión notoria del estado no sirven de nada. Podrían acreditar la filiación, pero no el parto".

Se considera

1. *La filiación, que es el vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado, encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo obviamente en la adoptiva que corresponde a una creación legal.*

La maternidad y la paternidad constituyen pues la doble fuente de la filiación: consiste la primera en el hecho de que una mujer haya tenido un parto y que el hijo que pasa por suyo sea realmente el fruto de ese parto; y consiste la segunda en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado como su padre.

La filiación constituye un estado civil. Y como ésta es la situación jurídica que un individuo ocupa en la familia y la sociedad y que le confiere determinados derechos y obligaciones civiles, para su protección se han consagrado las acciones de estado, *de las cuales emergen con singular relievancia, en cuanto dice a la maternidad, la de reclamación y la de impugnación. Mediante la primera se busca el reconocimiento de la filiación materna que no se posee y que en derecho corresponde realmente al reclamante; tiene por finalidad la segunda destruir una filiación materna cuando de ella un individuo viene gozando aparente y falsamente.*

2. *En punto de maternidad, que es, como lo dice el artículo 335 del Código Civil, "el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo", la acción de reclamación se dirige a lograr judicialmente el reconocimiento de esa filiación, cuando el demandante se halla privado de tal calidad que es la que en derecho le corresponde. Y para darla por establecida se necesita demostrar, esencialmente, los dos presupuestos que la integran, o sea: a) el parto de la supuesta madre en una fecha determinada; y b) la identidad del hijo cuya filiación es discutida con el hijo*

cuyo nacimiento está demostrado. A tal meta puede llegarse a través de estas pruebas: acta de la inscripción del nacimiento, posesión notoria y declaraciones de testigos que hayan presenciado ese estado civil.

3. *La acción de impugnación de la maternidad se contrae a obtener judicialmente, en cambio, la declaración de que un individuo cuyo estado se discute no nació de la mujer que se señala como su madre. Y para establecerla se necesita demostrar, como lo reclama el artículo 335 citado, que "hubo falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero".*

Si los elementos esenciales de la maternidad son el parto y la identidad del producto de éste, es lógico pensar que ella pueda impugnarse probando uno de estos dos extremos, o los dos a la vez: a) que hubo suposición de parto, es decir, que muy a pesar de la declaración hecha ante el respectivo funcionario del registro del estado civil, no existió el parto que se le atribuye a determinada mujer; b) que el ser humano nacido en determinado parto es diferente del que actualmente protege esa maternidad aparente. Basta pues con que se destruya uno cualquiera de tales dos presupuestos constitutivos de la maternidad para que el acta de registro del nacimiento, que por ser en tal supuesto el resultado de una falacia y que por tanto contiene una declaración mendaz, deje de servir de medio de prueba a quien pretende prevalerse de ella.

En verdad que si el acta de inscripción del nacimiento es, en principio, una prueba del parto, no lo es menos que no puede considerarse como prueba irrefutable, desde luego que ella puede contener la declaración mentirosa que el denunciante del nacimiento hace al registrador del estado civil, o el mismo redactor de la partida puede incurrir en yerro. El acta de nacimiento, que es el modo normal y ordinario de demostrar el parto, hace fe provisionalmente; quien discuta la autoridad de ella puede destruir o infirmar su valor aportando pruebas contrarias y con las cuales logra arrasar la apariencia. El proceso de impugnación de la maternidad es procedente, entonces, solamente cuando la partida de nacimiento y la posesión de estado no atribuyen al hijo su verdadera, su auténtica y real filiación materna.

4. Cuando el Tribunal de Bogotá estimó, y así lo expresó en el fallo combatido, que según el artículo 335 del Código Civil, el objetivo de la acción de impugnación de la maternidad, concretamente el de la aquí ejercitada, es el de aniquilar el estado de hijo que de Susana Angel ostenta el demandado, por ser, según la demanda, "falso el parto de aquélla", dio a dicha norma su exacta interpretación finalista, desde luego que conforme a los términos de ese texto legal tal impugnación se alcanza "probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero".

No hay pues, a juicio de la Corte, interpretación errónea del sobredicho artículo 335 en la sentencia combatida, ni, por lo mismo, aplicación indebida del 337 *ejusdem*.

5. No sobraría observar, para abonar el rechazo de este cargo, que formulado como viene él por violación directa de la ley sustancial, no autoriza a la Sala para entrar a estudiar las discrepancias que en torno a la apreciación de la prueba por parte del Tribunal expone el censor. Si a juicio de éste, aquél se equivocó al sacar la conclusión fáctica de que Jaime no es hijo de Susana, sin existir en el proceso la única prueba idónea para establecer tal hecho, o sea, "la prueba de la imposibilidad física para engendrar"; o al haber preterido "la confesión inequívoca y la posesión notoria del estado civil" de hijo que el demandado tiene en relación con Susana Angel Morales, tal presunto yerro de apreciación probatoria ha debido denunciarlo en casación a través de un cargo formulado por la vía indirecta y no por la directa, como aquí lo hace.

Si, como insistentemente lo han proclamado doctrinantes y jurisperitos, *es de la esencia del quebranto directo de la ley sustancial el que éste se produzca por un error* juris in judicando, *y no por uno* facti in judicando, *o sea, que a la inaplicación,*

a la aplicación indebida o a la interpretación errónea llega el Juez en su sentencia, pero prescindiendo de las conclusiones que saque sobre la cuestión fáctica, se impone aceptar, por fuerza de la lógica, que en los ataques a una sentencia en casación, fundados en violación directa de normas jurídicas sustanciales, resultan claramente improcedentes las censuras sobre el análisis probatorio del sentenciador de instancia.

De ahí que, como insistentemente lo ha dicho esta Sala, la violación directa de la ley implica, "por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; y que, por consiguiente, no exista reparo qué oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba" (sentencia de 20 de marzo de 1973, ordinario de Mercedes Maya Villegas contra Oscar Villegas Maya, G. J. CXLVI, 50).

6. Corolario obligado de todo lo expuesto es, entonces, el de que este cargo también está llamado al rechazo y así habrá de declararlo la Corte.

Cargo tercero

1. Con él se acusa la sentencia de segundo grado de infringir indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 335 y 337 del Código Civil, a causa de los errores de hecho y de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

2. En desenvolvimiento de este cargo el censor, luego de recordar que el Tribunal tomó su decisión de que Jaime no es hijo de Susana apoyándose "en el dicho de quince testigos" y "en seis supuestos indicios", en su crítica general a la apreciación de dicha prueba, dice que los yerros denunciados se originaron "en la apreciación defectuosa de unas pruebas y la desconsideración de otras, con yerro manifiesto".

Relativamente a la apreciación que el sentenciador hizo del testimonio de Tomasa Rodríguez, asevera el impugnante que aquél "no tuvo en cuenta o no leyó en el texto de la diligencia", lo que en ella anotó el Juez que recibió la declaración: que la declarante difícilmente oía y entendía las preguntas, ni sabía a qué época se refiere. Que no vió el Tribunal, al apreciar el testimonio de Teresa Herrera, que la deponente tenía trece años para la época de su relato; y que según la propia deponente, ella vivió con Susana en la calle 9ª, abajo de la carrera 11, sitio bien diferente de la calle 13 abajo de San Victorino, que es el indicado en la demanda como el lugar donde se desarrollaron los hechos, y que el sentenciador "se limitó a extractar los pasajes conducentes a la demostración del parto falso, sin examinar el contenido de la declaración en su integridad, ni los antecedentes de la persona, ni su actitud".

Considera el impugnante que al apreciar el testimonio de Antonio María Gómez, el Tribunal no tuvo en cuenta que el declarante tenía 59 años cuando rindió su declaración, o sea que habría tenido 13 y 14 para el año de 1933, época en la cual sitúa los hechos por él relatados, por lo que su dicho no es verosímil. Refiriéndose al testimonio de Otoniel Alarcón, dice el casacionista que este declarante "hace gala de la socarronería, desfachatez y mendacidad más descaradas, que el Tribunal incauto pasó por alto"; que María Celina Tibocha, quien expresó que conoció a Susana cuando ya ella estaba viviendo con Milciades Herrera, antiguo concubinario de Susana, por haber ido a visitarla y a contarle su vida precedente, no tiene verosimilitud; que en su declaración María de la Cruz Herrera, en lo que no reparó el Tribunal al apreciarla como prueba, dijo conocer bien "a la parte demandada y a su abogado pariente, pero no a Jaime Angel; que repite a pie juntillas el dicho de su madre", de que Susana fue a su casa únicamente a decirle a su antiguo amante qué tanto le había pesado haber recogido a Jaime.

3. Y luego de hacer sus críticas a la declaración de cada uno de los testigos

restantes, el casacionista, a manera de censura general a la apreciación conjunta de dicha prueba, asevera que "para el Tribunal los testigos son desinteresados, pese a su apasionamiento y a sus nexos evidentes con los demandantes; lo de menos son sus contradicciones, su falta de responsividad. Lo importante y único que ha de retenerse de ellos es que ellos en coro, mal ensayado, dijeron que no supieron de embarazo de Susana, que Lucrecia dejó en el restaurante abandonado a un niño que Susana recogió e hizo bautizar como de ella con el nombre de Jaime, y que, por tanto, Jaime, el demandado, no es hijo de Susana. Las declaraciones no se pesaron, se sumaron; no se indagó por la razón del dicho de nadie, se le acogió con beneplácito, simplemente porque se enderezaba a desconocer la maternidad. Las consejas, los chismes, fueron convertidos así en prueba fehaciente...".

Añade la censura que a pesar de la ausencia de crítica de la prueba testifical, de la falta de percepción de su contenido, "el Tribunal se dio por convencido de la falsedad de un parto con la versión confusa, contradictoria e interesada de parientes, amigos y relacionados de los demandantes, quienes para esos menesteres se habilitaron de comensales, de trabajadores, de confidentes, con memoria exclusiva de lo conveniente a los Angel Morales, de modo de resultar presentes donde no podía imaginárseles, oyendo y viendo lo que no tenían por qué percibir y apareciendo providencialmente a declarar antojadizamente".

4. Avanzando en la sustentación del cargo, recuerda el casacionista que el *ad quem* consolidó su certidumbre de que no hubo parto, "haciendo pie en el barro inmundo de la promiscuidad el Tribunal dice apuntalar su convicción en unos indicios", los que concreta y determina en su alcance, para expresar en seguida.

"¿En qué quedan entonces los aspavientos del Tribunal? Si el nacimiento ocurrió en 1933 y si para los nacimientos ocurridos antes del 15 de junio de 1938 la prueba principal era la partida parroquial, ¿dónde está la irregularidad de haber bautizado a Jaime Angel y probar su nacimiento con el acta de bautismo, cualquiera que hubiera sido la fecha de éste?...".

Y agrega: "Así que los indicios de refuerzo no son ni indicios ni refuerzan nada distinto de algo manifiesto desde antes, la prevención del sentenciador, su desvío, su contravención de la realidad del proceso, de la lógica, de la sana crítica y de la ley. No reparó en que los testimonios se montaron a imagen y semejanza de la versión de los demandantes en su libelo y para satisfacerla a su acomodo; que esa versión, a su turno se montó sobre lo único cierto que hay en todo ello: que Armando Bermúdez, hijo de Lucrecia, fue bautizado el 26 de marzo de 1936 en el Hospital de San Juan de Dios, donde se dice que nació el 12 de los mismos, con certificación del hospital de que el nacimiento ocurrió ese día (C. 1º, fls. 13 y 12) y que Jaime Angel o González Angel (art. 213, C. C.) fue bautizado en la Iglesia de la Capuchina de Bogotá el 24 de mayo de 1939, como hijo de Susana Angel, nacido el 30 de mayo de 1933 (fl. 10); que los testigos ajustaron, no su relato, sino su alegación, a esos datos, de modo que esas partidas en manera alguna respaldan los testimonios, como tampoco son indicio adverso al demandado. Su partida acredita su estado civil, corroborado con la posesión del mismo de siempre, de manera irrefragable y no infirmada".

5. Considera la censura que el *ad quem* "nada dijo sobre las declaraciones de renta, contentivas de una confesión documental" de maternidad y posesión notoria de Susana con relación a Jaime, por lo que incurrió en error de hecho, "consistente en no haber apreciado dicha prueba". Y cree el censor que el Tribunal incurrió en error de derecho al desestimar, por considerarlos impertinentes, los testimonios de Cecilia Bernal de Mora, Sofía Espitia de Sánchez, Lilia Rojas de Niño, José C. Moyano, Alfonso Robayo, José Pedro Lizarazo, Hilda Sofía Vela y Samuel Zúñiga, "quienes se expresaron acerca del tratamiento inequívoco de madre que durante toda la vida le dio Susana Angel a Jaime, criándolo, educándolo, estableciéndolo, ante los suyos,... de manera de haber producido en

todos la convicción de la maternidad, sin sospechas ni equívocos".

"La desestimación de esos testimonios, —dice la censura en remate del cargo— en asunto que la ley no reserva a un medio específico, considerándolos preventivamente impertinentes, constituyó un error de derecho, con violación de los artículos 399 C. C. y 175, 187, 1º y 282 C. P. C., como quiera que para acreditar la filiación, en réplica a la impugnación de la maternidad, son plenamente admisibles los testimonios, en especial los relativos a la posesión de estado", prueba que es fundamental, dice, "en toda cuestión relativa al estado civil, concretamente en materia de filiación, y la demostración de ella se realiza por medio de testigos".

Se considera

1. Como ya lo ha dicho esta Sala en providencias varias, *según el sistema de la persuasión racional el poder demostrativo de la prueba testimonial se examina en función de ser las declaraciones responsivas, exactas y completas. Es responsivo el 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 fácticas que pueden 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: autoriza al Juez para que, previa 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 litigantes y la exposición espontánea del declarante, el testimonio resulta 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.

Mediante la citación que para recibir el testimonio se hace a la parte a la cual se opone la prueba, puede ella, a través de un riguroso contrainterrogatorio, infirmar el dicho del declarante, menguar el mérito demostrativo de la declaración y aun anularla si tacha con éxito al testigo. Ejercida la fiscalización con severidad pero sin éxito, la prueba sale purificada, ilesa de sospechas y por virtud de su inmaculación reclama la eficacia que legalmente le corresponde.

En el caso de este proceso, según lo indican las actas que contienen las declaraciones testificales cuya apreciación por el Tribunal censura el recurrente, el Juez cumplió al recibirlas, todas las formalidades indicadas en los precitados artículos 227 y 228; y como a las diligencias respectivas acudió la parte contra la cual se oponen, quien por tanto tuvo oportunidad de contrainterrogar, sin haber formulado con éxito tacha alguna contra los declarantes que consideró sospechosos, por tales aspectos no podría dejar de apreciarse esta prueba.

2. Si al analizar singularmente el testimonio de Tomasa Rodríguez observó el Tribunal, y así lo consignó en su fallo, que tal declarante "rindió su exposición ante el Juez Promiscuo Municipal de Chía..., cuando declaró tenía más de sesenta y seis años de edad. Su memoria no era buena y era difícil hacerle entender las preguntas, según lo verificó el comisionado, quien también la calificó de testigo 'idóneo para declarar', no obstante las anteriores observaciones que le hizo", tiene que afirmarse que pugna ostensiblemente con la verdad expresa, como lo hace el recurrente, que "el Tribunal no tuvo en cuenta o no leyó en el texto de la diligencia" lo que el Juez manifestó al recibir este testimonio.

Relativamente a la declaración de Teresa Herrera, dice el Tribunal que esta declarante "tenía más de sesenta y cuatro años cuando rindió su declaración... Manifestó que vivió en la casa de Susana Angel, porque el padre de la deponente, quien hizo vida marital con aquélla, la llevó a casa de ésta..." lo que significa que, contrariamente a lo que afirma el censor, el sentenciador sí vio "que la deponente tenía trece años para la época de su relato". Estimó sin embargo el *ad quem*, frente a este testimonio, que sí debe atribuírsele credibilidad por ser desinteresado en el preciso punto o cuestión que se litigia en este proceso. Además, dijo el Tribunal, el interés que el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil "señala como motivo de sospecha, mira al deseo que el testigo pueda tener de favorecer a las partes o a sus apoderados, cuestión ella que no se puede dar en esta declaración...".

Examinando la declaración de Antonio María Gómez el sentenciador, luego de compendiarla en sus apartes más relevantes, dijo que "no hay razón para negarle credibilidad..., con fundamento en que, según la edad que dijo tener cuando declaró, apenas contaba con doce o trece años al suceder los hechos que narra, porque el testigo no dijo, como lo afirma el fallador, que tenía 59 años al declarar, sino que era mayor de 59 años, lo que, lógicamente indica que, al suceder los hechos que relata, el exponente tenía una edad superior a la que contempló el *a quo*". Lo cual significa que las censuras fundadas en que "el Tribunal no tuvo en cuenta que el declarante tenía 59 años para cuando rindió su testimonio...", carecen de fundamento cierto.

El ataque que a la apreciación del testimonio de Otoniel Alarcón hace el recurrente, lo hace consistir en que el deponente "hace gala de socarronería, desfachatez y mendacidad más descaradas, que el Tribunal incauto pasó por alto". No dice sin embargo el recurrente en cuál o cuáles de sus asertos encuentra la falacia del testigo, ni, por ende, demuestra que el *ad quem* alteró la objetividad que el testimonio presenta.

3. En el análisis global y conjunto que hace de la prueba testimonial recibida a instancia de los demandantes, aseveró el *ad quem* que toda ella es concordante, ya porque los testigos "tuvieron conocimiento directo de los hechos, o porque Susana Angel les contó..."; que la mayoría "se refieren a los recuerdos que les quedaron de hechos sucedidos cuarenta o cincuenta años atrás", por lo que, agregó, dada la distancia temporal no pueden destacarse "los yerros que presentan sus exposiciones en cuanto a detalles"; pero que esos yerros, sin embargo, "por sí solos, no pueden constituir factor decisivo para negarle todo valor probatorio a la prueba testimonial"; y que "la circunstancia de que algunos de los declarantes se refieran a las manifestaciones que les hizo Susana Angel de que Jaime Angel no era hijo de ella, sino de Lucrecia Bermúdez, tampoco puede dar base para prescindir de esos testimonios, pues ellos están dando cuenta de las revelaciones que hizo la mujer..., revelaciones que, al no poderse tener por no hechas, pues no hay motivo para inferir que los testigos mientan, de una situación que es preciso tener en cuenta para decidir el proceso, pues, la mujer que ha dado a luz no vive pregonando que el fruto de su alumbramiento es de otra y no de ella".

La Corte, luego de considerar el contenido de todos los testimonios que tomó el *ad quem* y de analizarlos en la realidad objetiva que ellos presentan, para cotejarla con el juicio ponderativo que sobre tal prueba hizo el Tribunal, no encuentra que la sentencia combatida haya contrariado ostensiblemente la realidad que tales medios probativos presentan. Los razonamientos del Tribunal son de suyo suficientes para explicar por qué le dio mérito probatorio al dicho de los testigos que, apreciados por él en conjunto con los demás medios de prueba, lo llevaron al convencimiento de que el demandado no es hijo de Susana Angel por no haberlo ésta dado a luz.

4. Como inequívocamente se infiere del contexto de su sentencia, el Tribunal de Bogotá refuerza la conclusión a que en

ella llega con apoyo cardinal en la prueba de testigos, con los cinco indicios que enumera, cuyos hechos indicadores encuentra debidamente acreditados en el proceso. No es pues, la prueba indiciaria, la principal ni la única en que el *ad quem* edifica su fallo, sino simplemente corroborativa de la testifical. Siendo ello así, como en realidad lo es y visto ya que ésta salió ilesa de los ataques que se le formularon, la sentencia combatida no podría casarse aún en el evento de que las censuras contra la apreciación de la prueba de indicios salieran victoriosas, pues sus resoluciones encontrarían soporte suficiente en las declaraciones testimoniales.

Y si el anterior razonamiento no fuere atendible, habría que recordar que, como insistentemente lo ha dicho la Corte, en relación con la prueba indirecta, o de indicios es doctrina suya la de que "la apreciación de las calidades de gravedad, precisión y conexión que esos indicios guarden entre sí y con el hecho que se pretende comprobar, corresponde de modo exclusivo a la conciencia y discernimiento del sentenciador de mérito, quien es por lo tanto el llamado a asignarle a tal prueba el valor demostrativo que su convicción íntima le inspire y sin que su juicio pueda ser variado en casación, salvo en los casos excepcionales y raros en que esa inferencia raye en lo absurdo por contrariar el sentido común o a los fenómenos naturales, o por ser el resultado de un error manifiesto de hecho, o de un error de derecho, en la estimación de las probanzas concernientes a los propios hechos indicativos o indiciarios" (G. J., t. CVI, 123).

En el presente caso el recurrente no dice cuál o cuáles de los hechos indicadores señalados por el sentenciador carece de prueba en el proceso o no está probado idóneamente en él; y en su tarea impugnativa el censor toma indicio por indicio para afirmar de cada uno que no prueba el hecho de que el demandado no sea hijo de Susana, olvidando que es del conjunto de tales indicios, no de cada uno de ellos tomado aisladamente, de donde el Juez de instancia saca la convicción sobre el falso parto de la mujer que pasa por madre del demandado. Se limitó el impugnante a negar el carácter indiciario de cada hecho, frente a la afirmación del Tribunal de su calidad de tal; en esa contraposición de apreciaciones necesariamente tiene que prevalecer la del juzgador, desde luego que no se ha demostrado que sea contraria manifiestamente a la evidencia de los hechos.

5. *Si bien es verdad que el modo normal de probar la maternidad es presentando la respectiva acta de registro del nacimiento, no lo es menos que dicha prueba no es sin embargo la única, desde luego que tal hecho puede acreditarse también por la posesión notoria de ese estado civil.*

Empero, la posesión de estado no significa necesariamente que corresponde siempre y en todo caso a la situación de derecho; en eventos excepcionales ésta y aquélla se hallan en pugna, como sucede, por ejemplo, en las hipótesis de suplantación de parto, o de sustitución del fruto de ésta, en los cuales se tiene el estado de hijo de determinada mujer por posesión notoria, situación que no corresponde a la filiación real. Por eso es por lo que la posesión notoria, lo mismo que el acta de nacimiento, como pruebas ordinarias que son en materia de filiación, sólo hacen fe provisionalmente: hasta tanto la persona que discute su autoridad las destruya o infirme con la aportación de pruebas que demuestran lo contrario. De ahí que combatir el acta de nacimiento o la posesión notoria del estado de hijo de determinada mujer constituye, precisamente, el objetivo de la pretensión impugnativa de la maternidad.

Y cuando ésta se dirige concretamente a demostrar el falso parto de la mujer, o sea desvirtuar el contenido del acta de nacimiento, no puede oponerse al demandante la prueba de la posesión notoria del estado de hijo que indica que la mujer que supuestamente pasa por madre de un individuo ha tratado a éste como hijo suyo, proveyendo a su educación y establecimiento, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos, pues es obvio que en esa hipótesis la posesión notoria, como la misma acta de nacimiento, demuestran la

existencia entre los supuestos madre e hijo de un vínculo de parentesco que está en pugna o contradice la filiación verdadera. A más de que, como ocurre en el caso presente, basta con que exista una duda en la opinión pública sobre el embarazo y el parto de la mujer, para que la posesión de ese estado no quede establecida "de un modo irrefragable", o sea que "no se pueda contrarrestar", como categóricamente lo exige el artículo 399 del Código Civil y, en consecuencia, no pueda ser tenida como prueba.

De ahí que, a juicio de la Corte, no incurrió en yerro de derecho el Tribunal de Bogotá, mucho menos con carácter trascendente, cuando negó mérito demostrativo a los testimonios recibidos a petición del demandado, al estimar que ellos hacen alusión a una maternidad que, por haberse demostrado falso parto, es apenas aparente y mendaz. Dijo en efecto el *ad quem* que a su conclusión final "no se oponen" esas declaraciones, "porque ellas se encaminan a dar cuenta de que Susana le dio a Jaime el trato de hijo, lo que puede ser aceptado, como consecuencia de haberlo mandado bautizar", lo que no incide en el presente caso "en el que se controvierte es si Susana Angel dio a luz el 30 de mayo de 1933 a un niño que hizo bautizar, el 24 de mayo de 1939, con el nombre de Jaime, y ya se vio que no existió tal parto, siendo por lo tanto falso el que señala el acta sentada en la última de las dos fechas citadas".

6. Todo lo expuesto conduce a desechar las censuras que en este cargo se formulan contra la sentencia del Tribunal.

Cargo cuarto

1. Su planteamiento es del siguiente tenor: *"La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial: de los artículos 335 y 337 del Código Civil, a consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas".*

2. Considera el censor que el error evidente de hecho que le enrostra al sentenciador, consiste en que éste no apreció los testimonios recibidos a instancia del demandado para demostrar la posesión notoria de su estado de hijo de Susana Angel; pero formula este cargo *ad cautelam* y para el evento de que el inmediatamente precedente no le prospere.

Dice en efecto el impugnante: "En previsión de que la desconsideración de la prueba de la posesión de estado y el rechazo de los testimonios recibidos a tal propósito no se entienda como un error de derecho, sino como un error de hecho, protuberante al extremo de que el Tribunal les desconoció entrada y no los tuvo para nada en cuenta, formulo este cargo, en el cual incorporo todo lo expuesto en el tercero a propósito de los testimonios de cargo y los indicios (apartados I y II) y agrego la acusación de error de hecho en cuanto a los testimonios del cuaderno 7º, e insisto en el yerro de la misma clase en cuanto a las declaraciones de renta".

Se considera

1. Para desechar éste ataque a la sentencia bastaría recordar que, en casación, la virtualidad de un cargo para quebrar la sentencia combatida se subordina a su formulación en forma concreta y completa, pues no le es dado a la Corte, por vedárselo el carácter eminentemente dispositivo del recurso, integrar un cargo con otro para recrear así una acusación planteada sin acierto.

Como lo ha dicho la Corte, "es la autonomía de los cargos y su individualidad propia lo que obliga considerar los varios propuestos como independientes los unos de los otros, sin que por tanto le sea dado estudiarlos sucesivamente a efecto de complementar el uno con otro u otros, conducta esta que de otra parte contrariaría el 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, salvo cuando el examen sucesivo de los cargos se haga necesario porque el que encuentre próspero sólo verse sobre parte de las resoluciones de la sentencia, y se hubieren propuesto otros respecto de las demás" (sentencia 29 de octubre de 1973, ordinario de William de Jesús Castrillón

contra los herederos de Luis María Gómez Madrid).

2. En este cargo cuarto el recurrente, que lo formula *ad cautelam* y para el evento de que el inmediatamente precedente no le prospere, el casacionista, para fundar el yerro de hecho que acusa, dice que incorpora "en él todo lo expuesto en el tercero a propósito de los testimonios de cargo y los indicios (Apartados I y II)", sin indicar cuál es el concepto de la violación de las normas sustanciales que denuncia.

Formulado en tales términos este cargo, para determinar si el quebranto de las normas sustanciales lo fue por inaplicación o por aplicación indebida, lo mismo que para conocer los fundamentos de esa presunta violación, necesariamente tendría la Corte que complementarlo con el cargo inmediatamente precedente para recrear la acusación planteada incompletamente; pero con tal conducta la Sala estaría rebasando la órbita de su competencia funcional, lo que evidentemente pugna con la naturaleza y fines del recurso extraordinario de casación. En sentencia de 22 de agosto de 1969, dijo la Corte que "cada cargo debe hacerse con entidad propia, separadamente de los demás, sin que sea viable hacer de cargos dispersos, específicamente distintos y en sí fragmentarios, uno solo, ni, por lo tanto, el intentar que un cargo incompleto se integre con la simple referencia a lo deducido en otro" (G. J., t. CXXXI, 176).

3. Por lo dicho, también este cargo cuarto está destinado al fracaso.

IV

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, *no casa* la sentencia de fecha veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Horacio Montoya Gil, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

CORRECCION MONETARIA

Para que el pago sea cabal, íntegro o completo, debe hacerse con sus intereses e indemnizaciones entre las que se cuenta la desvalorización del dinero, hecho público y notorio que exime al damnificado de demostrarlo

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., marzo treinta de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 11 de octubre de 1982, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de Julio Alberto Pineda contra la sociedad Ingenieros Constructores e Interventores (Icein Limitada).

Antecedentes

I. Mediante demanda presentada el 14 de noviembre de 1975, que por repartimiento le correspondió al Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá, solicitó el demandante que con audiencia de la sociedad demandada, se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

A) Que se condene a la Sociedad Icein Limitada a pagarle a Julio Alberto Pineda, tres días después de la ejecutoria de la sentencia que así lo disponga, las sumas siguientes: a) noventa y ocho mil cuatrocientos diez pesos con cinco centavos ($ 98.410.05); b) trescientos cincuenta y siete mil ochocientos dieciseis pesos con setenta y un centavos ($ 357.816.71); c) un millón seis mil novecientos tres pesos con veinte centavos ($ 1'006.903.20); d) ciento ocho mil novecientos ochenta y seis pesos con sesenta centavos ($ 108.986.60);

B) Que sobre las anteriores cantidades, se condene a la sociedad demandada a pagarle al demandante los interesés corrientes devengados, desde el día en que se hicieron exigibles hasta cuando se efectúe el pago;

C) Que se condene a la sociedad demandada a pagarle al demandante el valor de los perjuicios ocasionados "por el *incumplimiento* de la cláusula tercera del *contrato* de mayo 30 de 1973 y no haberle desembargado oportunamente" un equipo de soldadura y un vehículo automotor;

D) Que se condene a la sociedad demandada a pagarle al demandante el valor de los perjuicios materiales y morales que la última le ha ocasionado al primero "con la retención indebida de las cantidades a que se refieren las peticiones de la demanda";

E) Que se condene a la demandada al pago de las costas del proceso.

II. El demandante apoya sus pretensiones en los hechos que seguidamente se compendian:

a) Entre el Ministerio de Obras Públicas —Fondo Vial Nacional— y la Sociedad Icein Limitada y Julio Alberto Pineda, se celebró el 10 de diciembre de 1969 el *contrato distinguido con el Nº 258*, por el cual los últimos se obligaron a ejecutar la obra

de ampliación y pavimentación de la carretera Riohacha - Río Palomino, tramo II;

b) Con motivo del referido contrato, el Ministerio de Obras Públicas le anticipó a los contratistas la suma de $ 9'527.104.43, cantidad sobre la cual les cobraba el 15% anual y éstos debían amortizar el avance con el 20% del valor que por obra ejecutada le entregaron al Ministerio. La mencionada suma se la repartieron los contratistas por partes iguales;

c) Por escritura pública Nº 1473 de 23 de noviembre de 1971 de la Notaría Undécima del Círculo de Bogotá, el contratista Julio Alberto Pineda cedió a la Sociedad Icein Limitada "todos los derechos y obligaciones que había adquirido de acuerdo con el contrato Nº 258, de 10 de diciembre de 1969, celebrado con el Ministerio de Obras Públicas". Empero, en la cláusula tercera del contrato de cesión el mencionado Pineda "se reservó el derecho de intervenir en la medición de las obras ejecutadas hasta el día 23 de diciembre de 1971... y a intervenir igualmente en la reclamación y cuentas pendientes que existieran o pudieran existir en esa época con el Ministerio de Obras Públicas y a favor de la obra ejecutada por el doctor Pineda";

d) Como por la fecha en que se celebró la cesión el contratista Pineda debiera por concepto del anticipo que le hizo el Ministerio la suma de $ 1'848.650.88, se celebró el 20 de diciembre de 1971 otro contrato con Icein Limitada mediante el cual Pineda reconocía ser deudor de la suma de $ 1'989.452.23, "incluyendo los intereses hasta el día 31 de diciembre de 1971 por concepto de dicho anticipo";

e) De acuerdo con la cláusula décima del contrato últimamente citado, "las partes se obligaron a que si el valor de las reclamaciones de la obra hasta entonces ejecutada conforme a lo pactado o estipulado en las cláusulas tercera y quinta de este documento excedieran del valor de las obligaciones contraídas por el doctor Julio Alberto Pineda, dicho valor sería devuelto a Pineda en forma inmediata por la firma Icein Limitada";

f) Al no poder cancelar Pineda la totalidad de las obligaciones contraídas con la Sociedad Icein Limitada, ésta inició *proceso de ejecución* contra aquél y le embargó "bienes muy valiosos" lo que dio lugar a que los litigantes celebraran el 23 de febrero de 1973 un contrato de transacción, en el que "se acordó que la cantidad que saliera a deber el doctor Pineda por concepto del *proceso ejecutivo* que ascendía aproximadamente a $ 872.000.oo, sería sometida a una revisión y ajuste contable, en el término de cinco días, ... en este ajuste se comprobó que el saldo a cargo del ingeniero Julio Alberto Pineda era solamente de $ 820.093.78";

g) A raíz de lo anterior, los litigantes, mediante contrato celebrado el 30 de mayo de 1973, llegaron al siguiente acuerdo: Pineda daría en dación en pago una maquinaria por valor de $ 585.000.oo, lo cual cumplió e Icein Limitada se obligó a desembargarle a aquél un equipo de soldadura y un vehículo automotor, lo que no aconteció;

h) De acuerdo con el contrato de transacción de 23 de febrero de 1973, Pineda se obligó a pagarle a Icein Limitada la suma de $ 208.000.oo, "por concepto de la conservación de la carretera Puente La Bomba - Río Palomino" y, para este efecto, gravó a favor de la última unas cuentas que aquél tenía por liquidar con el Ministerio, por valor superior, cuentas que fueron pagadas a Icein;

i) "El Ministerio de Obras Públicas —Fondo Vial Nacional— hizo una reprogramación llamada 'reprogramación de invierno' y reconoció a favor de la obra ejecutada la cantidad de $ 433.422.58 que corresponden a la diferencia a pagar de los reajustes de las Actas del 1 al 17 y 15A y a la partida de $ 199.553.44 del Acta Nº 24 según los cuadros o planillas de la reprogramación hecha por el Ministerio de Obras Públicas —Fondo Vial Nacional—, representado por la firma interventora (ver los cuadros del 1 al 5). Este reajuste o reprogramación fue confirmado por los interventores en la Nota Nº 1066 de fecha 16 de julio de 1975. En los cuadros auto-

rizados por la interventoría y en la columna denominada 'diferencia a pagar' están consignadas las cantidades que el Ministerio reconoció a la obra ejecutada por el doctor Julio Alberto Pineda y que la firma Icein Limitada cobró o debía cobrar";

j) "El Ministerio de Obras Públicas —Fondo Vial Nacional— ordenó devolver a los contratistas la cantidad de $ 715.633.43 por valor de intereses cobrados sobre anticipos entregados por encima de la reprogramación original, de los cuales la mitad corresponde al doctor Pineda o sea la cantidad de $ 357.816.71. La firma Icein Limitada recibió la totalidad del dinero y no ha entregado al doctor Pineda la cantidad que le corresponde, según el certificado de fecha 1º de agosto de 1975, de la División de Finanzas del Ministerio de Obras Públicas —Fondo Vial Nacional—";

k) "En el mes de mayo de 1975 se produjo la liquidación final de la explanación ejecutada por el doctor Julio Alberto Pineda en la carretera Puente La Bomba - Río Palomino y se firmó la pre-Acta de fecha 22 de mayo de 1975 que suscribieron el contratista Julio Alberto Pineda y la firma interventora representada por el doctor Ricardo Cuevas H. Según esta liquidación resultó a favor del doctor Julio Alberto Pineda la cantidad de $ 1'006.903.20, cantidad que recibió la firma Icein Limitada y no ha reintegrado al doctor Julio Alberto Pineda";

l) "Con base en la pre-Acta del 22 de mayo de 1975 se produjo el reajuste de la obra comunicado a los contratistas por Oficio Nº 1399 del 1º de octubre de 1975 y que de acuerdo con los índices de los meses correspondientes producen una suma de $ 108.896.69 que no han sido entregados al doctor Julio Alberto Pineda y de los cuales responde la firma Icein Limitada".

III. La sociedad demandada se opuso a las súplicas de la demanda y formuló las excepciones que denominó de "inexistencia de la obligación" y "compensación".

IV. En escrito separado, la sociedad Icein Limitada contrademandó a Julio Alberto Pineda, en procura de que se hiciesen las declaraciones y condenas siguientes:

a) Que Julio Alberto Pineda no "realizó en su totalidad los trabajos que estuvieron a su cargo" y de que da cuenta el contrato Nº 0258 celebrado con el Ministerio de Obras y "los acuerdos y programaciones internos de trabajo convenidos entre el Ingeniero Pineda y la firma Icein Limitada";

b) Que se condene al contrademandado Pineda a pagarle a la sociedad reconviniente la "suma aproximada de tres millones de pesos", con motivo de la reducción de la obra que hizo el Ministerio de Obras, ante el incumplimiento de aquél en la ejecución del contrato;

c) Que se condene a Julio Alberto Pineda a pagarle a la Sociedad Icein Limitada la suma de $ 14'000.000.oo, a título de "indemnización de perjuicios";

d) Que se condene al mismo Pineda a pagarle a la Sociedad Icein Limitada la suma de tres millones de pesos, por perjuicios;

e) Que se condene al contrademandado a pagarle a la sociedad contrademandante "el valor aproximado de tres millones de pesos ($ 3'000.000.oo) ... a título de indemnización de perjuicios";

f) Que se condene al contrademandado al pago de las costas.

V. Como presupuestos de hecho en los que apoya sus pretensiones, refiere Icein Limitada, lo siguientes:

a) Que celebrado el contrato con el Ministerio de Obras Públicas Nº 258 de 10 de diciembre de 1969, referente a la ampliación y pavimentación de la carretera Riohacha - Río Palomino, el ingeniero Julio Alberto Pineda se hizo cargo, "según compromisos internos, de ejecutar los trabajos de sub-estructura", dentro del plazo convenido, sin que el mencionado Pineda "hubiera entregado los trabajos que le eran propios... para que Icein Limitada entrara a comenzar lo suyo";

b) En tales circunstancias, la Sociedad Icein Limitada, para salvar su prestigio,

"aceptó que el ingeniero Julio Alberto Pineda le traspasara todos sus derechos y obligaciones derivadas del contrato 0258", según escritura pública Nº 1473 de 23 de noviembre de 1971 de la Notaría Undécima del Círculo de Bogotá;

c) Por la conducta dolosa y negligente de Pineda, éste debía, a título de anticipo que hizo el Ministerio sobre la obra, más de un millón novecientos ochenta y nueve mil pesos, respecto de la cual aquél se declaró deudor de Icein Limitada, según contrato de 20 de diciembre de 1971;

d) "Siguiendo los términos del contrato Nº 258 de 1969 y ante exigencias de Minobras y de la firma Restrepo y Uribe, la interventora del caso, Icein Limitada llevó al sitio de las obras sobre la carretera Troncal del Caribe un costoso equipo de maquinaria pesada apto para la pavimentación, así como una planta de asfalto, todo por valor de $ 16'000.000.oo aproximadamente, desde febrero de 1971. Pero todo este inmenso aparataje quedó inmovilizado hasta junio de 1972, cuando, previas nuevas contrataciones y formalizaciones con el Ministerio de Obras Públicas, Icein Limitada pudo reanudar labores. La inmovilización de tal equipo produjo un lucro cesante de ochocientos mil pesos mensuales. Y, lo que agravaba aún más los hechos, la simple conservación mecánica y técnica de dichos equipos costaba ingentes sumas, que alcanzaron acerca de $ 3'000.000.oo, por simple concepto de jornales, sueldos, prestaciones, viáticos, alojamientos del personal, etc. etc.";

e) "Por su parte, el Ministerio de Obras Públicas, ya salido Julio Alberto Pineda del contrato 0258, creyó del caso reducir la longitud de la pavimentación a cargo de Icein Limitada; y así se consignó en contrato Nº 33 de 1972, marzo 6. En forma que la merma del presupuesto de obra que hubiera podido realizar tal empresa se redujo en cerca de $ 22'000.000.oo, lo que implicó la reducción de la ganancia en $ 3'000.000.oo";

f) "Y como, por razón de la demora en la realización de los trabajos sobre la carretera Troncal del Caribe, el Ministerio de Obras Públicas de girar nuevas cuentas y, dado que, por otro lado, el ingeniero Pineda se abstuvo de pagar oportunamente la deuda de $ 1'989.000.oo ya aludida, a favor de Icein Limitada, ésta, para poder salir avante en sus compromisos, tuvo que recurrir al crédito. Fue así como obtuvo préstamos de 'Procolombia', Promotora Comercial Colombiana, del Banco de Colombia, sucursal San Victorino, Banco de la Costa, sucursal San Victorino y de la General Electric de Colombia. Por estos préstamos, Icein Limitada ha tenido que pagar intereses por cerca de $ 3'000.000.oo";

g) "Icein Limitada, por culpa de todas las dificultades que el ingeniero Pineda le impuso en la carretera Troncal del Caribe, ha dejado de participar en varias otras licitaciones y posibilidades, con perjuicios que resultarían verdaderamente cuantiosos, si se les quisiera avaluar".

VI. Enterado el contrademandado Pineda de las pretensiones de la Sociedad Icein Limitada, contestó con oposición a las súplicas y con la formulación de la excepción que llamó de "falta de causa y derecho".

VII. Impulsado el proceso, la primera instancia terminó con fallo de 25 de agosto de 1980, en el que se dispuso lo siguiente:

"1º Declarar que la firma denominada 'Icein Limitada', Ingenieros Constructores e Interventores", demandada en este proceso, está obligada a pagar al doctor Julio Alberto Pineda, tres (3) días después de la ejecutoria de este fallo, las siguientes cantidades, en moneda de capital colombiano: a) La suma de $ 98.410.05, saldo que la firma demandada quedó debiendo al actor desde el 2 de julio de 1973; b) La suma de $ 357.816.71 por concepto de la mitad de los intereses devueltos a la firma Icein Limitada y que corresponden a Julio A. Pineda sobre el total recibido del Ministerio de Obras Públicas —Fondo Vial Nacional—; c) La cantidad de $ 108.986.69, valor del reajuste correspondiente a la liquidación de la explanación u obra realizada por Julio A. Pineda según acta de 22 de mayo de 1975 y la nota 1399 de octubre 1º del

mismo año suscrita por la firma Restrepo y Uribe Ltda., como interventores del Ministerio de Obras; d) La cantidad de $ 1'006.903.30 que le fueron reconocidos al actor, por concepto de la obra por él ejecutada por la explanación en la carretera Puente La Bomba - Río Palomino.

"2º Condénase a la misma firma demandada, a pagar al demandante, dentro del mismo término fijado en el punto anterior, los intereses legales correspondientes de dichas sumas, desde el día que se causaron a deber, hasta que el pago de las mismas se verifique. Liquídense.

"3º Condénase a la aludida firma demandada, en abstracto, al pago de los perjuicios ocasionados al actor por la demandada, como daño emergente y lucro cesante, por incumplimiento de la cláusula 'tercera' del contrato visible a folio 41 del cuaderno principal, los cuales deberán liquidarse de conformidad con el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"4º Deniéganse las peticiones contenidas en la demanda de reconvención.

"5º Niégase la pretensión 'séptima' de la demanda principal, por no estar demostrada plenamente la retención indebida en que se fundamenta ésta.

"6º Condénase en costas del proceso a la parte demandada".

VIII. Inconformes las partes con la decisión precedente, interpusieron contra ella el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado de jurisdicción con fallo de 11 de octubre de 1982, en el que se resolvió:

"*Primero.* Adiciónase el numeral 1º, de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Civil de este Circuito, con fecha agosto veinticinco (25) de mil novecientos ochenta (1980), en el sentido de que la parte demandada deberá pagar a la demandante, la corrección monetaria de los dineros recibidos, desde la fecha en que le fueron entregados por el Ministerio de Obras Públicas, Fondo Vial Nacional, y, hasta cuando se haga la correspondiente liquidación, en los términos a que se refiere la parte motiva de esta providencia y siguiendo el procedimiento allí señalado para tales efectos.

"*Segundo.* Refórmase el numeral 2º, de la parte resolutiva de la providencia anteriormente descrita, en el sentido de que los intereses que debe pagar la sociedad demandada a la parte demandante, es el interés corriente y no el legal a que se refiere el fallo en comento.

"*Tercero.* Se confirman los numerales 3º, 4º, 5º y 6º de la sentencia calendada el 25 de agosto de 1980, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Civil del Circuito de Bogotá.

"*Cuarto.* Costas de la segunda instancia a cargo de la parte demandada".

IX. Contra lo así decidido, interpuso la sociedad demandada el recurso extraordinario de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia del Tribunal

El *ad quem*, para confirmar la decisión del *a quo*, con las adiciones y modificaciones antes transcritas, se fundó en las reflexiones siguientes:

a) Que el demandante, por escritura pública Nº 1473 de 23 de noviembre de 1971, cedió, con el asentimiento del Ministerio de Obras Públicas, a la sociedad demandada, los derechos y obligaciones derivados del contrato Nº 258 de 10 de diciembre de 1969 celebrado entre éstos y el referido Ministerio, sin que en el acto de cesión se hubiera hecho referencia a incumplimientos parciales, fallas o formas defectuosas sobre la ejecución de las obras ya realizadas por el cedente Julio Alberto Pineda;

b) Que en la mencionada cesión, el demandante principal y cedente, se reservó el derecho de intervenir en la medición de las obras ya ejecutadas, y de hacer las reclamaciones pertinentes;

c) Que la sociedad demandada "retiró del Ministerio de Obras Públicas, Fondo Vial

Nacional, las sumas de dinero que aparecen relacionadas en la demanda, por cuenta y a nombre del demandante Julio Alberto Pineda", debiendo aquélla restituir tales cantidades;

d) Que el dinero a que se acaba de aludir, conlleva en los términos de las pretensiones, el mayor valor pagado por el Ministerio de Obras Públicas a la contratista Icien Limitada;

e) Que la sociedad demandada recibió del Ministerio de Obras, según se desprende de la prueba documental, "las sumas de dinero que se determinan en la demanda, y que pueden discriminarse, así: al folio 45 del cuaderno principal y 112 del mismo, en forma sucesiva obran los recibos de fecha febrero 23 de 1973 y diciembre 11 de 1972, con los cuales se acredita que el demandado Icein Limitada, recibió la suma de $ 118.081.25 del Fondo Vial Nacional, Ministerio de Obras Públicas; por el certificado del Ministerio de Obras Públicas que corre a la página 52 del cuaderno uno, y, el dictamen pericial de la página 44 del mismo cuaderno, adjunto a la nota 1066 de la página 43 y 44, aparece que la demandada Icein Limitada recibió del Fondo Vial Nacional, la suma de $ 357.816.71; en los términos de la preacta que corre al folio 53 del cuaderno uno y la comunicación número 1066, aparece que la sociedad Icein Limitada recibió la suma de $ 1'006.903.20 del Fondo Vial Nacional, y por último, en los términos del dictamen pericial que aparece rendido en el proceso firmado por uno de los peritos y por el otro reconocido bajo declaración rendida con las formalidades legales, que la demandada Icein Limitada recibió las sumas anteriormente anotadas del Ministerio de Obras Públicas —Fondo Vial Nacional— para ser entregadas al demandante Julio Alberto Pineda, dineros que a la fecha del presente fallo no existe prueba idónea que demuestre que han sido canceladas al actor";

f) Que en el caso de autos la sociedad demandada "recibió dineros y sin causa que justifique su actitud jurídica ha demorado la entrega de los mismos a la parte demandante" principal.

g) Que "el artículo 1608 del Código Civil consagra el principio de morosidad, al expresar que una persona se encuentra en mora de cumplir lo pactado, cuando constituida en mora, mediante requerimiento judicial, numeral 1º del artículo en comento, no cumple las obligaciones dentro del término que se le señale, pero el principio anteriormente enunciado, tiene sus excepciones en los numerales 2º y 3º del citado artículo, que como excepciones que son al principio general deben ser aplicados restrictivamente.

"Igualmente piensa la Sala dentro de los planteamientos anteriores, que el numeral 1º del artículo 1608 del Código Civil, entraña en el aspecto legal una reafirmación al artículo 1615 *ibídem*, en el sentido de que la ley exige que se requiera al deudor para constituirlo en mora. Como norma de excepción contenida en el numeral 1º del artículo 1608 *ejúsdem*, se puede citar el caso del reglado 1594 y 1610 de la obra en comento.

"El caso en estudio está contemplado legalmente dentro del numeral 2º del artículo 1608, es decir, uno de los casos en donde no hay necesidad de constituir en mora al deudor, y por consiguiente, por este aspecto las pretensiones de la demanda deben recibir despacho favorable, con las limitaciones que esta providencia vaya señalando";

h) Que como acontece en el caso de autos, el acreedor, en frente del deudor moroso, tiene derecho a que se condene a éste a restituir las cantidades de dinero que le pertenecen a aquél "con la corrección monetaria";

i) Que el fallo del *a quo* "debe ser adicionado en su numeral primero, para disponer que en la devolución de los dineros a que éste se refiere, se tenga en cuenta la corrección monetaria causada desde la fecha en que los recibió la sociedad demandada, hasta cuando se haga la correspondiente

liquidación, entendiéndose por corrección monetaria la pérdida del poder adquisitivo del peso, por la constante devaluación que sufre la moneda al perder su poder adquisitivo cuando se trata de adquirir en general, bienes que están en el comercio; el segundo, se reformará en el sentido de que los intereses a pagar son los legales comerciales causados por la mora del deudor en satisfacer la obligación que se declara en este fallo (art. 883, C. de Co.); en cuanto a los demás numerales se confirmarán, pues los perjuicios reclamados por el demandante en la petición séptima del *petitum*, como lo anotó el *a quo*, no se hallan demostrados en la causa y por ende no pueden declararse".

El recurso de casación

Cuatro cargos le formuló el recurrente a la sentencia del Tribunal, con apoyo las dos iniciales en la causal primera de casación y, los restantes por las causales segunda y tercera, respectivamente. La Corte contrae su estudio a tres, por haberse declarado desierto el recurso con relación al primero, y su despacho se hará en el orden propuesto, como quiera que mediante el cargo segundo se combate más panorámicamente la sentencia del Tribunal, lo que no acontece con los otros reparos.

Cargo segundo

Denuncia quebranto del artículo 1608 del Código Civil por aplicación indebida.

En el desenvolvimiento del cargo comienza la censura por destacar el pasaje del fallo del Tribunal en donde se sostiene que el caso de autos se encuentra contemplado por el numeral 2 del artículo 1608 del Código Civil, siendo que el proceso exterioriza las circunstancias siguientes: a) que no aparece que el demandante principal Julio Alberto Pineda hubiera requerido a la sociedad demandada para que ésta restituyera "los dineros supuestamente percibidos por ella y que pudieran corresponder al actor. De tal requerimiento no hay trazas en los autos ... es evidente pues que el susodicho requerimiento judicial jamás se hizo"; b) no existe en el proceso "documento alguno en el que se pretenda plazo o término para que Icein Limitada hiciese entrega de los supuestos dineros que pudiera percibir de Minobras, a favor de Julio Alberto Pineda. Ni la misma demanda pretende que hubiese existido estipulación de término o plazo al respecto".

Luego de que la parte recurrente analiza los alcances del numeral 2 del artículo 1608, concluye que la situación controvertida estaría regulada por el numeral siguiente del artículo citado, "que no considera en mora al deudor sino después del requerimiento judicial", o sea que la sociedad Icein Limitada "no está en el caso de satisfacer suma alguna ni por indemnización de perjuicios ni por intereses legales o corrientes sino a partir de la ejecutoria de la sentencia en que resulte condenada definitivamente al pago de las sumas pretendidas por el actor".

Por último, el reparo termina insistiendo en que la condena al pago de intereses y de corrección monetaria, sólo procede "después de la ejecutoria de la providencia judicial en que definitivamente sea condenada" la sociedad recurrente, por lo que reitera que el Tribunal quebrantó por aplicación indebida el numeral 2 del artículo 1608.

Se considera

La censura, tal como viene formulada, no se abre paso, por los motivos siguientes:

El *ad quem*, al dar por sentado con los elementos de convicción que obran en el proceso, que la sociedad demandada recibió del Ministerio de Obras Públicas las sumas de dinero por las cuales se le demanda, con la obligación aquélla de entregarlas al demandante, según los términos del contrato de cesión celebrado entre los litigantes, se encuentra en mora y, por ende, le es aplicable el numeral 2 del artículo 1608 del Código Civil.

Por su parte, la censura se aparta de la anterior conclusión fáctica, pues considera que debió mediar requerimiento previo, y de este hecho no hay prueba en los autos,

ni menos documento alguno en que se hubiese establecido un plazo a la sociedad demandada para restituir las supuestas cantidades de dinero reclamadas en la demanda.

Vistas así las cosas, o sea, formulado el cargo por la vía indirecta, omitió la parte recurrente señalar la clase de error en que incurrió el sentenciador de segundo grado en la apreciación de las pruebas, exigencia ésta que la Corte no puede suplir ante el carácter eminentemente formalista y dispositivo del recurso de casación.

Por demás, al haber condenado el Tribunal a la sociedad demandada al pago de determinadas sumas de dinero con la consiguiente corrección monetaria e intereses, y pretender la censura quebrar el fallo por estos dos últimos conceptos, forzosamente estaba obligada la sociedad impugnante a integrar la proposición jurídica con las normas sustanciales que el *ad quem* tuvo en cuenta para deducir tal condena y, como así no aconteció el reparo se ha quedado en la mitad del camino, pues sobre el punto tiene sentado la Corporación que cuando se decide una situación dependiente no de una sola norma sino de varias que se combinan entre sí, el ataque para que sea cabal tiene que comprender todas ellas, lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos legales que su estructura exige, sino que se contrae a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque en esas condiciones es vano (Cas. Civ. de 16 de noviembre de 1967; 16 de junio de 1975; 14 de julio de 1975; 9 de junio de 1983, aún no publicadas).

Por último, el ataque en casación por la causal primera, para que sea eficaz, exige entre otros presupuestos que las normas que señala el censor como quebrantadas deben tener el linaje de sustanciales, que a criterio de la doctrina son aquellas que, "en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación. Por consiguiente, no tienen categoría sustancial, y, por ende, no pueden fundar por sí solas un cargo en casación con apoyo en la causal dicha, los preceptos legales que, sin embargo de encontrarse en los códigos sustantivos, se limitan a definir fenómenos jurídicos, o a descubrir los elementos de éstos, o a hacer enumeraciones o enunciaciones; como tampoco la tienen las disposiciones ordenativas o reguladoras de la actividad *in procedendo*" (Cas. Civ. de 24 de octubre de 1975, CLI, 254).

El numeral segundo del artículo 1608 del Código Civil, que apenas se refiere a una de las hipótesis en que el deudor puede estar en mora, es una regla que no tiene el linaje de sustancial, tal como lo tiene declarado la jurisprudencia de la Corte en sentencia de 24 de octubre de 1975 (CLI, 255).

Lo dicho es suficiente, para rechazar el cargo.

Cargo tercero

Acusa la sentencia del Tribunal de no estar en consonancia con las pretensiones de la demanda.

Comienza la parte impugnante por afirmar que si el demandante principal, en ninguna de las ocho súplicas de la demanda "hizo referencia a la corrección monetaria" y sólo deprecó el pago de intereses corrientes sobre las sumas cuyo pago pedía, el *ad quem* no podía concederle lo que no pidió.

Por tanto, añade la censura, la condena que hizo el sentenciador de segundo grado a "pagar la corrección monetaria, contiene la aberración judicial clásicamente denominada *'extra petita'* "; entraña una concesión oficiosa abiertamente ajena a la naturaleza y comportamiento de las acciones de derecho privado, por lo que termina pidiendo el quiebre de la sentencia "en cuanto a pagar corrección monetaria".

Se considera

1. *El pago para que tenga entidad de extinguir la obligación, debe hacerlo el deudor al acreedor en las condiciones establecidas por la ley, entre las cuales me-*

rece destacarse el de que se debe efectuar en forma completa, o sea, que mediante él se cubra la totalidad, a virtud de que el deudor no puede compeler al acreedor a que lo reciba por partes, salvo estipulación en el punto, pues sobre el particular establece el inciso 2º del artículo 1626 del Código Civil que el "pago efectivo es la prestación de lo que se debe" y, para que sea cabal, íntegro o completo, debe hacerse, además, con sus intereses e indemnizaciones debidas, tal como reza el inciso 2º del artículo 1646 ibídem *cuando dispone que "el pago* total *de la deuda comprende el de los intereses e* indemnizaciones que se deban". *(subraya la Corte).*

2. *Partiendo del postulado legal de que el pago para que extinga la obligación debe ser completo, no se da tal fenómeno, especialmente respecto de deudores morosos de obligaciones de dinero, cuando éstos pagan con moneda desvalorizada, o sea, sin la consiguiente corrección monetaria, pues en tal evento se trata de un pago ilusorio e incompleto, como acertadamente lo sostienen la doctrina y la jurisprudencia, no sólo nacional sino foránea, la cual insiste en que si la obligación no es pagada oportunamente, se impone reajustarla, para representar el valor adeudado, porque esa es la única forma de cumplir con el requisito de la integridad del pago.*

En efecto, aludiendo al tema de que el pago, para que libere al deudor, debe ser completo, sostiene el tratadista chileno Fernando Fueyo Laneri, lo siguiente: "Hay códigos que para expresar la idea de integridad dicen que tal exigencia se logra cuando el cumplimiento se hace 'completamente' o 'por completo'.

"El nuestro, sin usar esas expresiones, es justamente explícito, sobre todo para nuestro interés en este caso: 'El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban' (art. 1591, inc. 2º). Por consiguiente, el capital, o la cantidad de dinero en su origen, es sólo una base, una parte. Para nosotros, ahora, faltarían 'las indemnizaciones que se deban'.

"¿Qué más de indemnización de pérdida que enterar lo que sea necesario para contrarrestar la depreciación monetaria? Si partimos de la deuda pecuniaria de mera cantidad de moneda es absolutamente cierto que debemos integrar el pago, con algo que entere, *que* complete, *lo que se debe. Bien puede llamarse, también, indemnización, si miramos desde ese ángulo, o si nos agrada más la expresión legal" (Corrección Monetaria y Pago Legal, págs. 99 y 100).*

De suerte que no resulta ser exacto y legal que el deudor moroso que paga con moneda desvalorizada, extinga en esas condiciones real e íntegramente la obligación por él debida y, menos, que el pago así efectuado sea justo y equitativo, como quiera que de aceptarse obtendría un provecho indebido, producto de su propio incumplimiento y con desmedro económico para el acreedor.

¿Podrá afirmarse, con algún criterio de justicia, que un deudor moroso satisface plenamente su obligación, pagando con moneda desvalorizada? ¿Podrá sostenerse que el acreedor, de ese deudor moroso, que recibe un pago depreciado y, por ende parcial, tenga que correr con la pérdida del poder adquisitivo de la moneda? ¿Podrá decirse con fundamento en el derecho positivo, que un pago en esas condiciones es completo o íntegro y tiene eficacia para extinguir la obligación? ¿Podrá ser justo y legal que el deudor moroso se quede con la ventaja o lucro económico que le reporta pagar a destiempo con moneda envilecida? Realmente el derecho no está ciertamente para patrocinar atropellos y premiar la conducta ilegal de deudores incumplidos, que en el común de los casos, conscientemente, se desinteresan de pagar oportunamente para sacarle provecho a los efectos de la inflación en que se debaten las economías de los países de la América Latina, que al decir de la doctrina particular, "carcome paulatinamente la base económica de los Estados... trayendo aparejadas consecuencias injustas. La moneda, cuya función principal es la de ser una medida de valor de bienes, deja de serlo. Es un metro cada vez más corto y al que los par-

ticulares, al tiempo de contratar, miran con indisimulable y creciente desconfianza. ¿Cómo podría un químico que debe efectuar un delicado pesaje de sustancias para preparar una fórmula emplear medidas de peso que continuamente están variando? ¡El resultado sería un brebaje diabólico. que podría envenenar al mismo que lo prepara! Las monedas que se recibirán mañana como pago de la prestación que hoy se realiza, ¿guardarán relación con ésta? La inflación destruye totalmente los fundamentos del nominalismo, que en dichas circunstancias se aparta no sólo del postulado de justicia, sino también de aquel otro al que se pretendía elevar a primer plano: la seguridad" (La Inflación y Actualización Monetaria. Moisés de Espanés, Pizarro y Vallespinos).

3. *Es innegable, en la actual coyuntura económica en que se desenvuelve el país, que el deudor desde que injustificadamente incurre en mora en el pago de una obligación de dinero, por una parte asume una conducta antijurídica y, por otra, ocasiona un daño al acredor, que aquél, frente al derecho positivo, está obligado a repararlo, sin que se requiera prueba de la inflación y, por ende, de la depreciación monetaria, porque como lo tiene sentado la doctrina más generalizada y aceptable, se trata de un hecho público y notorio que exime al damnificado de demostrarlo.*

4. *A nadie ofrece hesitación que la crisis económica que viven los países, especialmente los subdesarrollados como Colombia, uno de los problemas que los azota es el de la inestabilidad monetaria y pérdida del poder adquisitivo de su signo o peso. Por ello, no puede ignorar o desentenderse el juzgador de reconocer la revaluación del crédito cuando el* solvens *no cumple oportunamente con la obligación de su cargo, sobre el supuesto de que no hay prueba que demuestre el descenso del poder de compra del peso, porque, se reitera, se trata de un hecho coruscante, generalizado, que lo vive y lo siente el país y no de un simple rumor, o de situaciones inciertas o equívocas.*

5. *Sin que la Corte se vea en la necesidad de tomar partido en el enfrentamiento en que se debate la doctrina sobre si el juzgador puede o no decretar oficiosamente el pago de la obligación con corrección monetaria, el cargo que aquí se estudia, en la modalidad de* "extra petita", *no se abre paso, puesto que al pedir el demandante el pago de perjuicios ocasionados por la sociedad demandada, por la no cancelación oportuna de las obligaciones de su cargo, tal pretensión comprende la corrección monetaria.*

Por tanto, el cargo no prospera.

Cargo cuarto

Lo hace consistir en contener la sentencia en su parte resolutiva decisiones contradictorias.

Sostiene la censura, en el desarrollo de la misma, que el Tribunal en la parte motiva de su fallo sentó que la sociedad demandada recibió dineros, que al retenerlos injustificadamente, le causaron perjuicios al demandante; mas sin embargo confirmó la decisión del *a quo* denegatoria de la pretensión séptima de la demanda, o sea, que al disponer el pago de las sumas de dinero con corrección monetaria y a la vez confirmar la resolución del Juzgado sobre denegación de perjuicios por no estar demostrados, produjo decisiones contradictorias.

Culmina la parte recurrente pidiendo que se case la sentencia, y en su lugar, se declare que no hay lugar al pago con ajuste monetario.

Se considera

1. La causal tercera de casación tiene lugar cuando la sentencia contiene declaraciones contradictorias o encontradas, de tal forma, que haga imposible la ejecución simultánea de las mismas, lo cual acontece, a título de ejemplo, cuando en una de las disposiciones del fallo se decreta la resolución del contrato y en otra su cumplimiento, o también cuando en una se reconoce la subsistencia de una obligación y, en la otra su extinción por pago.

2. Mas acontece, en no pocos casos, que el fallador, alejándose un tanto de la técni-

ca con que debe estructurar la sentencia, comete algunas imprecisiones o se resiente en su claridad, ya en la parte motiva, ora en la resolutiva. En tales circunstancias, si la situación aparentemente confusa que ofrece el fallo desaparece a través de una sana y razonada interpretación que de él se haga en su conjunto, de tal manera que ciertamente no contiene decisiones contradictorias, la causal en comento no se configura.

3. El reparo que le formula la parte recurrente a la sentencia del Tribunal, no conduce a su despacho favorable, en primer término, porque al condenar a la sociedad demandada a pagarle al demandante varias sumas de dinero, con corrección monetaria, y negar la súplica séptima por no estar probados los perjuicios "morales y materiales" pedidos en ella, rechazó lógicamente los que exigían su demostración y no los que estaban fundados en la depreciación monetaria, por tratarse de un hecho público y notorio, que no requiere de prueba (art. 177, inc. 2º del C. de P. C.), como quedó suficientemente explicado en el análisis del cargo anterior.

De suerte que las decisiones del fallo del Tribunal son ejecutables, por no ofrecer contradicción.

4. Finalmente, el cargo no se abre paso, porque en el supuesto de que le asistiera razón a la recurrente, el fallo impugnado no puede quebrarse, porque la Corte, en instancia, tendría que llegar al mismo resultado al que llegó el *ad quem* en materia de corrección monetaria.

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 11 de octubre de 1982, pronunciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso de casación son de cargo de la parte recurrente.

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

Horacio Montoya Gil, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS

Competencia de la Corte para conocer en segunda instancia de los procesos de separación de cuerpos de matrimonios canónicos sin limitación alguna, en razón de la causal invocada. Reseña histórica

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., abril dos de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

En grado de consulta de la sentencia de fecha 1º de diciembre de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, llegó a la Corte el proceso de separación de cuerpos promovido por Luis Hernando Quintero Umbarilla contra Oliva Rengón de Quintero.

El Magistrado a quien le correspondió en el reparto, en providencia de fecha 8 de febrero de 1983, oficiosamente declaró la nulidad en todo lo actuado, providencia contra la cual el Procurador Delegado en lo Civil ha interpuesto el recurso de súplica que se procede a resolver.

Al decidir un recurso idéntico al presente en el proceso de separación de cuerpos de Irma Ofelia Morales contra Rafael Eduardo Urrutia, esta Sala expuso lo que enseguida se transcribe:

I

Fundamentación del auto impugnado

1. Como soporte de la nulidad decretada, se afirma que en virtud del Concordato ahora vigente, se estableció que el conocimiento de los procesos de separación de cuerpos entre católicos de que antes conocían los Tribunales Eclesiásticos, es de competencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en primera instancia y de la Corte en segunda; que de tales procesos, también llamados de divorcio no vincular, conocían anteriormente las autoridades eclesiásticas y se regían por las leyes de la Iglesia, según los artículos 17 y 18 de la Ley 57 de 1887; y que, cuando entró en vigencia el Concordato, los citados procesos continuaron rigiéndose por las leyes eclesiásticas "en punto a causales".

2. "Varios años después el Estado dictó la Ley 1ª de 1976, por la cual se creó una institución denominada separación de cuerpos, por causales específicas, incluida entre éstas el mutuo acuerdo, aplicable tanto al matrimonio civil como católico (sic), de los cuales (sic) son competentes los Jueces Civiles del Circuito. A raíz de la expedición de dicha ley en los procesos de separación regulados por el Concordato se ha sustituido el Derecho Canónico por la (sic) aquella, y se han venido invocando las causales consagradas en la misma".

3. La Ley 1ª no dice que las causales de separación que ella consagra sustituyen a las canónicas, ni podía decirlo, porque ello habría implicado la modificación unilateral de un tratado internacional; por consiguiente, cuando se invocan aquéllas en vez de las canónicas, los únicos competentes para conocer de los procesos de separación de cuerpos son los Jueces Civiles del Circuito en primera instancia y los Tribunales Superiores en segunda.

De lo expuesto se concluye en la providencia impugnada que la Corte carece de competencia para conocer en segunda instancia de esta clase de procesos y que,

como es sabido, la falta de competencia constituye motivo de nulidad inallanable.

II

Razones en que se apoya el recurso

A) El Procurador replica que lo expuesto inicialmente en el auto recurrido, "no está acorde con la interpretación que se les debe dar a las normas pertinentes, pues las causas o procesos de separación de cuerpos de los matrimonios católicos no se rigen por las leyes de la Iglesia... porque precisamente el artículo III del Concordato de 1973 estatuye que 'la Legislación Canónica es independiente de la civil y no forma parte de ésta...'.

"... Al sostenerse, como lo hace el auto recurrido —continúa el Procurador—, que un proceso de separación de cuerpos de matrimonio católico 'se rige por las leyes de la Iglesia', equivale a argumentar que estas leyes forman parte de la Legislación Civil..." en abierta contradicción con lo dispuesto en el artículo III del Concordato;

B) Tampoco está de acuerdo el recurrente con el argumento de que al entrar en vigencia el Concordato y antes de que ocurriera lo propio con la Ley 1ª de 1976, los procesos de separación de cuerpos de matrimonios canónicos debían fundarse en las causales consagradas en las leyes eclesiásticas, ya que a falta de causales específicas para esa clase de procesos, dice, debían aplicarse analógicamente las que establecía el artículo 154 del Código Civil para los procesos de divorcio no vincular, que era el único que entonces existía y que equivalían a los actuales de separación de cuerpos;

C) Afirma enseguida que tales causales sí se debían y se podían invocar para esa clase de procesos en la época comprendida entre la vigencia de la Ley 20 de 1974 (aprobatoria del Concordato) y de la 1ª de 1976, por los motivos que enseguida se resumen:

a) Cuando los artículos 153 y siguientes del Código Civil se referían al divorcio del matrimonio civil, ha de entenderse que lo hacían a la simple separación de cuerpos, porque el divorcio vincular de tal matrimonio solamente vino a ser establecido por la Ley 1ª de 1976. Otro tanto ocurre con los juicios de divorcio del matrimonio católico de que tratan los artículos 17 y 18 de la Ley 57 de 1887, puesto que la Iglesia no admite la disolución del vínculo matrimonial;

b) Antes de la vigencia del Concordato, de los procesos de divorcio no vincular o separación de matrimonios canónicos "conocían exclusivamente los Tribunales Eclesiásticos, 'con arreglo a las leyes canónicas', o sea que las causales de separación que se invocaban en esos juicios eran las establecidas por la Legislación Canónica";

c) Desde que entró a regir el Concordato de 1973, según su artículo IX, los procesos de separación de cuerpos de matrimonios canónicos son de competencia exclusiva de los Tribunales Superiores en primera instancia y de la Corte en segunda. "Es entendido que estos procesos deben ser tramitados de conformidad con la legislación civil, incluyendo en ésta lo que se refiere a las causales... pues no se podrán invocar... las de la legislación canónica por ser ésta independiente de la civil y no formar parte de la misma", de donde se concluye que mientras se dictaba y entraba en vigencia la Ley 1ª de 1976, de conformidad con el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, por analogía debían aplicarse, como atrás se dijo, las causales establecidas por el artículo 154 del Código Civil;

d) En contra de lo que se afirma en el auto objeto del recurso, el Procurador sostiene que la Ley 1ª de 1976 no creó la institución de la separación de cuerpos, porque ésta ya estaba establecida en el Código Civil con la denominación de "divorcio" el cual, según el artículo 153 de dicho estatuto, no disolvía el matrimonio, pero suspendía la vida en común de los casados;

e) "El Estado colombiano —prosigue el Procurador— ejerciendo su soberanía dictó la Ley 1ª de 1976, la cual ordena en su artículo 29 que esta misma Ley se debe aplicar, en cuanto a la separación de cuerpos se refiere, a los matrimonios civiles y

católicos, motivo por el cual las causales de separación de cuerpos que se deben invocar para los matrimonios tanto civiles como canónicos son las determinadas por el artículo 15 de dicha Ley 1ª".

Como conclusión de las razones que se dejan resumidas, el Procurador expone: "El proceso de la referencia cursó en primera instancia ante el respectivo Tribunal Superior que es el organismo competente, y la segunda instancia del mismo modo debe tramitarse ante la Corte..., debido a que ésta tiene la competencia funcional correspondiente... por lo tanto, el auto recurrido debe ser revocado y sustituido por otro por medio del cual se ordene al proceso de la referencia el trámite correspondiente a la segunda instancia".

Para resolver se considera

"De la drástica e intransigente exigencia del Estado en 1887 —dice el doctor Antonio Rocha en el prólogo de su libro 'Matrimonio, Educación y Actualidad Concordataria' (Ed. Revosta Colombiana, Bogotá 1975, pág. XI)—, de no reconocerle efectos civiles sino al matrimonio católico y por tanto el desuso absoluto del contrato civil, o la apostasía pública de los contrayentes para unirse en esta última forma, se pasa en el nuevo convenio con la Santa Sede al matrimonio facultativo civil o católico a opción de los cónyuges y sin declaración privada ni pública alguna, y el Presidente de la República apoya francamente en el Congreso la ley sobre divorcio vincular de los matrimonios civiles, es decir del contraído por católicos que opten por ese rito; así mismo, de las causas y juicios civiles para obtener o legalizar ante los tribunales de la Nación la separación de personas de matrimonios católicos y, obviamente, de los civiles, con sus consecuencias sobre la disolución de la sociedad conyugal y tutela de los jueces de la república, y solamente se reserva a los funcionarios eclesiásticos el conocimiento y decreto de las causas de nulidad o anulación vincular de los matrimonios in facie eclesiae".

Situación jurídica bajo el Concordato de 1887 en punto a nulidad, divorcio y separación de matrimonios católicos.

La Ley 57 de 1887 preceptúa lo siguiente: Artículo 17. "La nulidad de los matrimonios católicos se rige por las leyes de la Iglesia, y de las demandas de esta especie corresponde conocer a la autoridad eclesiástica...". Artículo 18. "Lo dispuesto en el artículo anterior sobre causas de nulidad se aplica a los juicios de divorcio".

En armonía con lo dispuesto en esa ley, el artículo 19 del Concordato de 1887, aprobado por la Ley 35 de 1888, disponía: "Serán de la exclusiva competencia de la autoridad Eclesiástica las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges *(se subraya)... Los efectos civiles del matrimonio se regirán por el poder civil".*

La norma transcrita se refería exclusivamente a los matrimonios católicos, puesto que los de carácter civil, como es obvio, no podían ser objeto de estipulación concordataria. Además, según el artículo 17 del mismo Convenio, la obligación de contraer matrimonio por los ritos de la Iglesia Católica pesaba únicamente sobre las personas que profesaban esa religión.

De consiguiente, los Tribunales Eclesiásticos, con sujeción a las leyes de la Iglesia y ateniéndose a las causales del derecho canónico, conocían privativamente de los procesos de nulidad del matrimonio y de divorcio no vincular, o sea de separación de lecho, mesa y habitación de los bautizados, porque la Iglesia no admitía ni admite el divorcio vincular. Así lo estatuía también el artículo 51 de la Ley 153 de 1887.

Para los no bautizados que contraían el matrimonio civil previsto y reglamentado en el Título IV del Libro Primero del Código Civil, regían y les eran aplicables las normas que sobre "nulidad del matrimonio y sus efectos", "divorcio, sus causas y sus efectos" y "simple separación de bienes" establecían los Títulos 5º, 7º y 9º, capítulo 3º del mismo Libro del citado Código, sobre la base común que señalaban los artículos 152 y 153 ibídem *de que sólo la muerte de uno de los cónyuges disolvía el matrimonio y por tanto que el vínculo no obstante decretarse el divorcio y con tanta*

mayor razón la simple separación de bienes continuaba vigente.

Tanto el proceso de nulidad del matrimonio civil como al de divorcio se aplicaban exclusivamente las normas de la legislación civil y las causales previstas para una y otro por el Código Civil, porque según el artículo 3º del Concordato entonces vigente y el artículo 16 de la Ley 153 de 1887, la legislación canónica era independiente de la civil y no formaba parte de ésta. Como obvio corolario de lo expuesto, la competencia para conocer de esa clase de procesos sólo pertenecía a los jueces del Estado.

Los procesos de simple separación de bienes que regían por las normas de la legislación civil, cualquiera que fuera la naturaleza del matrimonio contraído por los cónyuges (católico o civil) y de ellos conocía exclusivamente la justicia ordinaria.

Esta era, a muy grandes rasgos, la situación que existía antes de que entrara en vigencia el Concordato de 1973, aprobado por la Ley 20 de 1974, en lo que toca con las normas a que estaban sujetos los procesos antes mencionados y con la competencia para conocer de ellos.

Situación jurídica bajo el actual Concordato en lo que se refiere a nulidad, divorcio y separación de matrimonios canónicos.

El actual Concordato cambió la situación descrita en varios aspectos, pero la mantuvo en cuanto a la explícita declaración que contiene el artículo 3º, según el cual "la Legislación canónica es independiente de la civil y no forma parte de ésta, pero será respetada por las autoridades de la República". Como atrás se vio, el Concordato de 1887 contenía en su artículo 3º una declaración idéntica a la que se deja transcrita.

El Concordato anterior, en su artículo 19, establecía lo siguiente: "Serán de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afecten el vínculo y la cohabitación de los cónyuges... Los efectos civiles del matrimonio se regirán por el poder civil".

La innovación, muy importante por cierto que introdujo a este respecto el acuerdo concordatario en vigencia, consistió en lo siguiente: el artículo 8º conservó la competencia de los Tribunales Eclesiásticos para conocer de las causas relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos, incluidas las que se refieren a la dispensa del matrimonio rato y no consumado, luego el artículo 17 de la Ley 57 de 1887 está aún en vigor. En cambio, en el artículo 9º, las Altas Partes Contratantes convinieron *en "que las causas de separación de cuerpos de los matrimonios canónicos sean tramitadas por los Jueces del Estado, en primera instancia ante el Tribunal Superior respectivo y en segunda instancia ante la Corte Suprema de Justicia".*

En la exposición de motivos del proyecto de la Ley aprobatoria (20 de 1974), el doctor Alfredo Vásquez Carrizosa, quien como Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia suscribió el Concordato de 1973 con el Nuncio Apostólico Monseñor Angelo Palmas, al comentar en su libro denominado "El Concordato de Colombia con la Santa Sede" (Italgraf, Bogotá 1974, pág. 62), observa a este respecto que mediante el citado artículo 9º, para las causas de separación "Colombia reivindicó *(se subraya) la plena competencia de sus jueces para dirimir las causas de separación que se ventilen en el territorio nacional. El principio al cual obedece esta reforma introducida en el muy importante artículo noveno del Concordato de 1973, es el de que:* No puede el Estado desconfiar de sus propios jueces". *(subraya el texto).*

Contrasta el verbo reivindicar *empleado por el Ministro Vásquez Carrizosa, según acaba de verse, con el texto del artículo 10 del Concordato Echandía-Maglione de 1942, que nunca entró en vigencia por falta de canje de sus ratificaciones, según el cual la "Santa Sede consiente (se subraya) en que las causas de separación de cuerpos sean juzgadas por los jueces del Estado".*

El texto del artículo 9º que se comenta fue objeto de largas controversias entre los negociadores del Concordato, doctores Antonio Rocha y Aurelio Caicedo Ayerbe, por el Gobierno Nacional, y Monseñor José de Jesús Pimiento, Monseñor Darío Castrillón y el Padre Jorge Ardila en representación de la Iglesia. Como puede verse en el proyecto final del acuerdo concordatario (Vásquez Carrizosa, op. cit., págs. 284 y 285) y en el Acta Nº 19 correspondiente a la reunión de los negociadores llevada a cabo el 3 de diciembre de 1971, cada uno de ellos presentó un proyecto distinto, de los cuales las Altas Partes Contratantes acogieron una fórmula híbrida que en lo esencial fue la sugerida por el doctor Rocha en cuanto a que "las causas de separación de cuerpos son de exclusiva competencia de los jueces del Estado". A esta fórmula se le agregó, de la propuesta por Monseñor Castrillón, que de esas causas conocerían, en primera instancia, los Tribunales Superiores y en segunda la Corte, y de la presentada por el doctor Caicedo Ayerbe, que a solicitud de uno de los cónyuges, la causa respectiva se suspendería para dar lugar a que se ejerciera la acción conciliadora y pastoral de la Iglesia.

El texto aprobado en definitiva, como atrás se vio es del siguiente tenor:

"Las Altas Partes Contratantes convienen en que las causas de separación de los matrimonios canónicos sean tramitadas por los jueces del Estado, en primera instancia ante el Tribunal Superior respectivo y en segunda instancia ante la Corte Suprema de Justicia.

"A solicitud de uno de los cónyuges la causa respectiva se suspenderá en primera instancia y por una sola vez, durante treinta días, para dar lugar a la acción conciliadora y pastoral de la Iglesia, salvo la competencia del Tribunal para adoptar las medidas precautelativas que estime convenientes. Vencido el plazo el respectivo Tribunal reanudará el trámite correspondiente".

Esta norma, como es obvio, derogó el artículo 18 de la Ley 57 de 1887 según el cual, los procesos de divorcio no vincular, o lo que era lo mismo, de separación de lecho, mesa y habitación, se regían por las leyes de la Iglesia y estaban sujetos al conocimiento de los Tribunales Eclesiásticos.

Destaca también la exposición de motivos atrás mencionada, que "las causas de separación de mesa, lecho y habitación, llegarán a los jueces civiles con plena competencia" *(se subraya), sin perjuicio de la acción conciliadora de la Iglesia Católica, estipulada en el segundo inciso de dicho artículo.*

Expresa también el Ministro en el documento mencionado, que "el Estado ha previsto que dichas causas sean ventiladas ante los Tribunales Superiores con derecho de apelación ante la Corte Suprema de Justicia, para darle mayor jerarquía a las sentencias que se profieran sobre la separación matrimonial".

En vista de lo expuesto, en contra de lo que se dice en el auto recurrido, cuando entró a regir el Concordato de 1973 los procesos de separación de matrimonios canónicos quedaron sujetos exclusivamente a las normas de la legislación civil, a todas ellas, y no sólo en punto a causales como lo sostiene el auto impugnado. Ello estaría en contradicción con la norma del artículo 3º que reitera la total independencia que existe entre las legislaciones civil y canónica.

La citada Ley 1ª, en armonía con el artículo noveno del Concordato de 1973, vino a establecer dos competencias, según que se trate de separaciones de cuerpos de matrimonios civiles o canónicos. El conocimiento de aquéllos, corresponde en primera instancia a los Jueces Civiles del Circuito y en segunda a los Tribunales Superiores, al paso que tratándose de matrimonios católicos, el proceso de separación compete a los Tribunales en primera instancia, con apelación o consulta ante la Corte Suprema de Justicia. Unos y otros están sometidos a las causales que señala la Ley 1ª; lo único que cambia es la competencia.

Esta Sala en sentencia del 14 de febrero de 1977, dijo que los "jueces colombianos deben aplicar la legislación nacional y no la canónica en estos procesos de separación de cuerpos" y a renglón seguido, transcribió un párrafo de la obra del profesor Fernando Hinestrosa denominada: "Concordato, Matrimonio y Divorcio", así:

" 'Atribuidos los procesos de separación de cuerpos a la jurisdicción civil, ésta ob viamente habrá de aplicar la ley civil' " (CLV, pág. 50).

Días más tarde, la Sala Plena al resolver la acusación que por inexequibilidad de la Ley 1ª formuló un ciudadano, en sentencia del 7 de marzo de 1977 (CLVI, págs. 108 y 109), expuso lo siguiente:

"Entre el proceso civil y el derecho sustancial hay una coherente relación que surge de la plenitud de la soberanía del Estado porque éste no es delegatario de ninguna otra potestad para la decisión de los negocios que le competen por autoridad propia o por pacto internacional.

"No habiéndose convenido concretamente la aplicación del derecho canónico, la deferencia de tales causas a los jueces civiles del Estado colombiano, lleva consigo la aplicación del derecho sustantivo del Estado. Por lo demás, esta deferencia a la jurisdicción del Estado, hecho en el Concordato, requería una reglamentación de parte del Estado, que no podía hacerse sino por ley, tanto de las causales como del procedimiento para adoptar las decisiones correspondientes. Es la reglamentación jurídica de una situación nacida de un tratado público.

"Esta separación de competencia entre el Estado y la Iglesia en cuanto al matrimonio canónico y el acatamiento que aquél hace de las decisiones de ésta, tomadas con sujeción a su propio derecho, se ciñen al respeto recíproco que la Constitución ordena. Como ocurre también a la inversa en cuanto a las decisiones que el Estado, por medio de los jueces competentes, adopta respecto de la separación de cónyuges del mismo matrimonio. En esta forma se acata estrictamente el deseo del constituyente expresado en el precepto 53-4 sobre las relaciones entre el Estado y la Iglesia se convengan con bases de recíproca deferencia y mutuo respeto".

Como consecuencia de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, *revoca* el auto objeto del recurso de súplica interpuesto por el Procurador Delegado en lo Civil, o sea el que declaró la nulidad en todo lo actuado en este proceso y en su lugar declara *admisible* la consulta ordenada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de su providencia fechada el 1º de diciembre de 1983.

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

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

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO

Efectos de la sentencia. Cuando se formula oposición es pertinente ventilar asuntos relacionados con el derecho de dominio

COSA JUZGADA

La sentencia es definitiva, inmutable y coercible. Límites de la cosa juzgada: identidad de sujetos, de objeto y de causa

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., abril veinticuatro de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Luego de casado el fallo recurrido extraordinariamente, actuando en sede de instancia procede hoy la Corte a desatar la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia de 4 de marzo de 1982, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué en este proceso ordinario instaurado por Arturo Durán Bernal en frente de la entidad "Transportes Rápido Tolima S. A.".

I

Antecedentes

Como se dijo en la sentencia de casación que la Corte profirió el 7 de febrero pasado, tomados del acervo probatorio practicado en este proceso, por su trascendencia en el presente litigio es pertinente relievar los siguientes hechos:

1º En remate verificado el 2 de octubre de 1894 por la Junta de Hacienda del Municipio de Ibagué, aprobado el 18 siguiente, subasta protocolizada con el otorgamiento de la escritura pública Nº 740 de 20 de diciembre de dicho año, de la Notaría de esa ciudad e inscrita en el registro de allí el 23 siguiente, se adjudicó a Floro Vásquez el solar Nº 35, situado en el área urbana de dicha ciudad tolimense, carrera Santander, calle 10 y comprendido dentro de las siguientes alindaciones: "Al norte: calle de por medio, con el solar número 53; al sur: con el zanjón del colegio de San Simón; al occidente: calle de por medio con el solar número 34; y al oriente: con el solar número 36".

En dichos remate y escritura de protocolización se expresó que el inmueble subastado "mide 25 metros de frente por 66 de fondo".

2º Diciendo que la había edificado a sus expensas y el solar por haberlo adquirido en remate que hizo al municipio, mediante escritura pública Nº 63 de 17 de febrero de 1896 otorgada en esa fecha en la Notaría Principal de Ibagué, el sobredicho Floro Vásquez enajenó a favor de Sandalio Arteaga la 'casa de bahareque y paja" y el terreno sobre el cual se construyó, "ubicada en este distrito, en la carrera Santander y la cual linda así: Por el frente, hacia el norte, calle de por medio, con casa y solar de Carolina Patiño; por el este con casa y solar de Arcadio B. Aya; por el oeste, con casa de Julián Ortiz; y por el sur, con terreno del Municipio".

En dicha escritura se expresó que el inmueble enajenado, "mide de frente once metros cinco centímetros (11.05) y tiene de fondo hasta el zanjón".

3º El citado Sandalio Arteaga posteriormente enajenó a favor de Julián Ortiz, mediante escritura número 264 de 28 de mayo del mismo año, otorgada en la misma notaría e inscrita en el registro de allí, ese inmueble que, aunque se determinó con diferentes colindantes en su lindero oriental, se le asignaron las mismas extensión y dimensiones: 11,05 metros de frente "y tiene de fondo hasta el zanjón".

A su vez el citado adquirente Ortiz transfirió en favor de Laura Martínez el dominio de los citados casa y solar, por compraventa que se plasmó en la escritura Nº 424, otorgada en la misma notaría el 13 de septiembre de 1905, aunque en dicho instrumento se dijo que el inmueble está ubicado "en la carrera Santander, del barrio de El Camellón..." Laura Martínez, por su parte, a igual título enajenó en favor de José Ramírez dicho inmueble mediante escritura Nº 147 de 3 de septiembre de 1912, otorgada en la Notaría 2ª de Ibagué, en la cual se hizo constar que el colindante por el frente es la "casa de los Padres Salesianos" y se determinó como lindero sur "con terreno de Jesús Arbeláez".

4º Por escritura Nº 648 de 2 de septiembre de 1926, otorgada en la citada Notaría Segunda, José Ramírez transfirió a título de venta a favor de Ignacio y Rosa Ruiz la casa y solar que dijo había adquirido por compra a Laura Martínez, inmueble que en dicho documento se determinó por estas dimensiones: "... de frente, hacia el norte, trece metros con veinte centímetros (13,20) y de fondo hacia el sur, en sus dos paralelas sesenta y tres metros (63) hasta el zanjón llamado del Colegio de San Simón...".

Por su parte los hermanos Ruiz vendieron a Mercedes Solanilla de López, por escritura Nº 759 que el 5 de septiembre de 1927 otorgaron ante el Notario Principal de esa ciudad tolimense, ese mismo inmueble, determinándolo por los mismos linderos y dimensiones que se le habían asignado en título anterior.

5º La mentada Mercedes Solanilla de López otorgó mediante la escritura pública Nº 944 de 21 de noviembre de 1927, pasada en esa fecha ante el Notario Principal de Ibagué, su testamento abierto: en su memoria la testadora, después de enlistar dentro de los bienes de su propiedad el referido inmediatamente atrás, instituyó como heredera universal suya a su hija Hermelinda López de Jaramillo.

Y esta asignataria, por escritura Nº 424 que se pasó ante el mismo notario el 19 de septiembre de 1933, cedió al presbítero Darío Góngora "los derechos y acciones que, como única heredera de su madre..." le correspondían "sobre una casa y el solar en donde se halla edificada", la que entonces se identificó con los números 300 y 302 de la carrera 5ª de Ibagué y con los linderos y dimensiones consignados en el título inmediatamente precedente.

6º Mediante escritura Nº 564-*Bis* de 31 de julio de 1940, pasada en esa fecha ante el Notario Primero de esa ciudad, el presbítero sobredicho vendió a Otilia Barreto de Almanza "todos los derechos y acciones que al exponente corresponden o puedan corresponder como cesionario de Hermelinda López de Jaramillo, en su carácter de única y universal heredera de su madre Mercedes Solanilla de López...".

La mentada Barreto de Almanza, a su vez, mediante escritura Nº 1244 de 3 de noviembre de 1945, otorgada ante el Notario Segundo ya citado, ratificada por la Nº 645 de 18 de junio de 1947 de la misma notaría, manifestando que entonces estaba reconocida como cesionaria de derechos en la sucesión conjunta de Mercedes Solanilla de López y Luis López, cónyuge de ésta, expuso que "cede a título de venta para el patrimonio de Jorge Durán..., todos los derechos que tiene como cesionaria de la única heredera de los causantes Mercedes Solanilla de López y Luis López...", vinculando tales derechos a la casa Nº 300 y 302 de la anterior nomenclatura, hoy "número 19-14 de la carrera 5ª...", y en donde ya se citó

como lindero occidental "la calle 19 o avenida del Fundador Andrés López de Galarza...".

7º Posteriormente el citado Jorge Durán Bernal, manifestando que la compraventa de derechos hereditarios se le había ratificado como de cuerpo cierto, relativamente a ese inmueble determinado por sus especiales nomenclatura, dimensiones y linderos enajenó a título de venta a favor de su hermano Manuel Durán Bernal el dominio sobre ese fundo, contrato que se plasmó en la escritura Nº 306 de 31 de marzo de 1953, pasada ante el mismo Notario Segundo e inscrita en el Registro de allí el 14 de julio siguiente.

8º Finalmente el dicho Manuel, por medio de la escritura Nº 320 de 30 de abril de 1955, pasada en esa fecha ante el Notario Primero de Neiva e inscrita en el Registro del Círculo de Ibagué el 3 de mayo siguiente, transfirió también a título de venta en favor de su hermano Arturo Durán Bernal el dominio sobre "una casa de habitación" ubicada en ese municipio, "en el cruzamiento de la carrera 5ª con calle 19 o avenida del Fundador Andrés López de Galarza, distinguida en su puerta principal con el Nº 19-14, antes con los números 300 y 302, con su correspodiente solar...", inmueble que sin indicarle dimensiones se dijo tener los siguientes linderos: "Por el frente o norte, con carrera 5ª en medio, con propiedad de la Pía Sociedad Salesiana; por el oriente, con propiedad que es o fue de Arcadio B. Aya, hoy sucesión del mismo; por el fondo o sur, con el zanjón llamado del Colegio de San Simón; y por el occidente, con la calle 19 o avenida Andrés López de Galarza, antes de propiedad de Ignacio Castillo".

9º Después de algunas querellas policivas que surgieron por razón de linderos, el 23 de mayo de 1960 el citado Arturo Durán Bernal demandó ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué a la empresa de Transporte denominada "Rápido Tolima S. A." a efecto de que, previos los trámites que a la sazón consagraba la Ley 105 de 1931 en el Título XXVI de su Libro Segundo, con citación de "la mencionada empresa comercial de transporte..." se declarase que "la línea divisoria por la parte sur del terreno de Arturo Durán Bernal, y por la parte norte del terreno de la empresa comercial denominada 'Rápido Tolima S. A.', es la siguiente: El zanjón llamado del Colegio de San Simón; y fijar sobre el terreno la mencionada línea divisoria, haciendo colocar los mojones necesarios para marcarla ostensiblemente".

En dicho proceso se surtieron los actos que, por ser relevantes en el presente, se concretan así:

A) Notificado el auto admisorio al demandado y corrido a éste el traslado de ley, presentadas por las partes sus pruebas, el Juez de la causa practicó la diligencia de deslinde que concluyó el 11 de diciembre de 1963, en la que luego de considerar las escrituras allegadas, el dictamen de los peritos y otros documentos, decidió que "la raya divisoria que separa el costado sur del predio del demandante Arturo Durán del costado norte del predio de la Sociedad 'Rápido Tolima S. A.', es una línea recta entre dos estacas de madera, colocadas, la una en el paramento occidental de los citados predios, a una distancia de diez (10) centímetros del remate de un muro de contención existente sobre la calle 19, y a cincuenta y ocho metros sesenta y siete centímetros (58,67) del paramento norte de la carrera 4ª... y la otra estaca de madera, localizada a cincuenta y un metros (51) sobre el costado oriental del actual edificio de la sociedad demandada, contados a partir del mismo paramento norte de la carrera 4ª, quedando a una distancia de sesenta centímetros (60) de un mojón de concreto allí existente...";

B) No se conformó el demandante con la línea divisoria así trazada y por ello durante el curso de la diligencia, después de expresar su no aceptación, manifestó oponerse, por lo que impidió que se dejase a las partes "en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo de la línea fijada";

C) En desarrollo de tal situación, mediante demanda de enero siguiente el referido Arturo Durán formalizó su oposición

al deslinde, escrito en el cual dedujo estas pretensiones: a) "que se deje sin valor ni efecto legal alguno la diligencia de deslinde... esencialmente en cuanto fijó como línea divisoria entre los predios de demandante y demandado la que determina el citado fallo"; b) que se fijase una nueva línea, teniendo en cuenta los linderos de los diferentes títulos de propiedad, especialmente en la parte que dicen que el predio del demandante se extiende, *"por el fondo o sur, con el zanjón llamado del Colegio de San Simón..."*; y c) que se haga entrega al demandante de la zona que "por razón de esa demarcación le corresponde y que en la actualidad ocupa el demandado".

En esa misma demanda el demandante invocó a su favor "el fenómeno jurídico de la prescripción, a fin de que el fallo..., reconozca y declare que el señor Arturo Durán Bernal ha tenido y tiene la posesión real y material del lote a que se refiere la demanda y el título de adquisición por la situación y linderos expresamente determinados allí, y especialmente, por la parte sur, *hasta el zanjón llamado del Colegio de San Simón, inclusive*";

D) Rituado que fue el trámite ordinario, luego de algunas incidencias el Juzgado Primero Civil de Ibagué, mediante su fallo de 30 de abril de 1965 puso fin a la primera instancia, al denegar las peticiones deducidas por el demandante en esa demanda ordinaria y absolver, como consecuencia, a la entidad demandada "de todos los cargos de la demanda";

E) Al decidir la apelación que contra esta sentencia interpuso el demandante, el Tribunal Superior de Ibagué la confirmó por la suya, proferida el 30 de septiembre de ese mismo año, resolución ésta que alcanzó el sello de su firmeza, pues el desfavorecido con ella tácitamente la consintió al no interponer el recurso de casación; y,

F) Así las cosas, el 17 de febrero del año siguiente se hizo la diligencia de entrega para "poner en posesión del lote alinderado... a la Empresa Rápido Tolima... con arreglo a la línea adoptada", decisión que alcanzó su ejecutoria pues la impugnación que el demandante interpuso contra ella no alcanzó prosperidad.

10. Entonces, la sociedad demandada, que a la sazón ocupaba la parte del lote que había estado en controversia y que se decidió a su favor, procedió a construir "un muro de hormigón o pared por el lado oriental de sur a norte", actuación que dio lugar a nuevas denuncias policivas y penales por parte del demandante, que ningún éxito alcanzaron para él.

II
El litigio en el presente proceso ordinario

1. Mediante escrito de 2 de mayo de 1980, que en repartimiento del día siguiente correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, el precitado Arturo Durán Bernal demandó a la entidad "Transportes Rápido Tolima S. A." a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que el demandante es el dueño pleno y absoluto del lote de 240,05 metros cuadrados, ubicado en el área urbana del Municipio de Ibagué, "en el cruce de la carrera quinta (5ª) con la avenida diecinueve (19), o avenida del Fundador Andrés López de Galarza" y comprendido dentro de las especiales alindaciones que se consignaron en la escritura pública Nº 320 de 30 de abril de 1955, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Neiva, cuyo lindero "por el lado sur lo es con el edificio de Rápido Tolima, y por el norte, con propiedad o lote que le queda al mismo demandado...";

b) Que, consecuencialmente, se condene a la sociedad demandada a restituir al demandante, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo disponga, el referido inmueble;

c) Que la misma demandada está obligada a pagar a su demandante, dentro del mismo término indicado en el numeral anterior, el valor de los frutos naturales y

civiles producidos por el fundo "desde cuando entró a poseerlo de mala fe, hasta cuando se haga la entrega", y no solamente los percibidos sino los que su dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad;

d) Que si por razón de las edificaciones en él construidas el referido lote no pudiere ser restituido a su legítimo dueño, se condene a la sociedad "Transportes Rápido Tolima S. A." a pagarle al demandante "su justo precio, con los intereses legales por todo el tiempo que lo ha tenido en su poder, y a la indemnización de los perjuicios" de acuerdo con la corrección monetaria; y

e) Que se condene igualmente a la demandada al pago de las costas procesales.

2. Además de los que fluyen de los antecedentes relatados, el demandante invocó como hechos constitutivos de la *causa petendi*, los que esencialmente se compendian en las siguientes afirmaciones:

a) Que desde el año de 1944 Arturo Durán Bernal venía poseyendo materialmente, en forma quieta y pacífica, el terreno que pretende reivindicar, con extensión hasta el "zanjón de San Simón, o zanjón del Colegio de San Simón", como lo dicen todos los títulos de transferencia... sin que ninguno de ellos "nombre la quebrada de San Simón, porque sólo existía el zanjón por donde corrían las aguas negras que después fueron canalizadas...";

b) Que mucho antes de haberse presentado los procesos policivos y de deslinde atrás referidos, la sociedad "Transportes Rápido Tolima S. A.", por medio de sus representantes, "empezó por ocupar una franja de terreno" de Durán Bernal, lo que provocó la oposición formal de éste manifestada legalmente ante las autoridades respectivas, "sin que por esto haya perdido su derecho a reivindicar, pues el Juez de primera instancia que conoció del asunto, trazó la línea divisoria avanzando sobre el lote que era de su propiedad";

c) Que la entidad demandada, una vez fenecido el proceso de deslinde, sin conocimiento de su verdadero dueño y contra la voluntad de éste "se dio a la tarea de levantar una construcción o edificio sobre el lote que se pretende reivindicar", empezando por la destrucción del muro que lo encerraba y siguiendo con la correspondiente excavación;

d) Que el lote materia de este litigio es parte integrando del que fue comprado por Durán Bernal en abril de 1955, que éste no ha desmembrado ni enajenado a persona alguna;

e) Que la entidad demandada es poseedora de mala fe de esa franja de terreno, "por haberla ocupado violentamente... hace más de un año atrás"; y

f) Que la existencia de una sentencia ejecutoriada, proferida en proceso de deslinde con oposición, no constituye cosa juzgada, "porque dicho juicio carece de la naturaleza de una acción reivindicatoria, porque, por su objeto y fines, sólo controvierte la línea concreta y definida entre dos predios colindantes, pero sin que se controvierta quién tiene el carácter de verdadero dueño para perseguir el predio contra quien lo está poseyendo".

3. En su oportuna contestación a la demanda la entidad demandada se opuso a las súplicas de su demandante; y en cuanto a los hechos, aceptó algunos y negó otros.

Expresó entonces la sociedad "Transportes Rápido Tolima S. A.", y en tales asertos apoya totalmente su oposición, que ella es propietaria y legítima poseedora del inmueble cuya restitución pretende el demandante, desde el 18 de mayo de 1957, por haberlo comprado en esa fecha a Horacio Gómez Jiménez por escritura pública Nº 262 de la Notaría de Armero; que su posesión se ha visto frecuentemente amenazada por el aquí demandante, quien "sin razón alguna promovió en 1960 demanda de deslinde que culminó trazando la línea divisoria en la forma y términos y dimensiones" contenidos en la escritura 262, aludida, a la que se opuso ese demandante sin que hubiera alcanzado éxito alguno; que su posesión material, iniciada en 1957 como se ha dicho, se le ratificó al hacerse la

entrega como consecuencia del rechazo de la oposición a la diligencia de deslinde; y que el demandante, ante el fracaso de las frecuentes acciones judiciales, ha acudido a denuncias penales "que no le han prosperado porque los juzgados han encontrado que no tiene título ninguno de dominio" sobre el lote.

4. Trabada así la relación jurídico-procesal, con aducción de pruebas por ambas partes se surtió la primera instancia, a la que el Juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 4 de marzo de 1982, mediante la cual tomó las siguientes resoluciones:

a) Declaró no probada la objeción que al dictamen pericial rendido en el proceso formuló la entidad demandada; b) reconoció el dominio del demandante respecto del inmueble materia del litigio; c) como consecuencia condenó a la empresa "Transportes Rápido Tolima S. A." a restituir a su demandante el predio referido; d) impuso a la misma sociedad demandada la obligación, *in género*, de pagar al demandante el valor de los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble, "desde cuando la parte demandada lo entró a poseer, hasta cuando se haga la entrega"; e) dispuso que si el predio referido, "en razón a las obras que sobre el mismo adelanta la demandada", no fuere restituido, esta parte debe pagar a Arturo Durán Bernal "el justo precio, con los intereses legales..., y la indemnización de perjuicios..."; y, f) finalmente, impuso a la entidad mencionada las costas procesales.

5. Entonces la sociedad demandada, "Transportes Rápido Tolima S. A.", que fue la parte desfavorecida con dicho fallo, interpuso contra él el recurso de apelación que es el que hoy debe decidir la Corte Suprema luego de haber quebrado la sentencia de 13 de diciembre de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

III
Los fundamentos del fallo de primer grado

1. Después de historiar los antecedentes del litigio, dentro de los cuales hace énfasis en el proceso de deslinde y amojonamiento surtido entre las mismas partes, deduce el Juzgado Cuarto del Circuito Civil de Ibagué que en el presente caso se instaura *la acción reivindicatoria o de dominio*, cuyo fundamento jurídico ubica en la preceptiva del artículo 946 del Código Civil.

Estima el Juzgado Cuarto, y en tales asertos edifica sus decisiones estimativas de las pretensiones del demandante, que en el presente caso sí fueron probados y se dan por tanto cita todos los cuatro presupuestos esenciales de la acción reivindicatoria, o sea el derecho de dominio en el demandante, la posesión material por parte del demandado, la identidad entre el bien que se pretende y el poseído, y, por último, la singularidad del mismo.

2. Refiriéndose al antecedente relacionado con el proceso de deslinde, tramitado entre las mismas partes aquí en contienda, y a los fallos en éste proferidos, dice el *a quo*: "que no se diga ahora, que por existir sentencia de deslinde sobre los predios materia de esta litis (obra en el proceso) el juzgado está impedido para hacer la declaratoria de dominio, pues en aquellos juicios, no se trata de dirimir la propiedad de un bien raíz alguno, sino la de señalar los límites de dos o más predios, o más concretamente, la relacionada con la línea divisoria".

3. El criterio del *a quo* en este específico punto no fue compartido por el Tribunal Superior de Ibagué, quien al estimar que sí se configuraba un fenómeno de cosa juzgada así lo declaró en su fallo de 13 de diciembre de 1982.

La sentencia del *ad quem* fue sin embargo quebrada por haber incurrido en error de derecho al atribuir mérito probatorio a unas copias no expedidas legalmente, ni aducidas al proceso en forma regular, por lo que la Corte consideró su deber purificar o corregir tales vicios con la práctica correcta de las probanzas. Los medios de convicción así decretados se han practicado y allegado al proceso.

IV

Consideraciones de la Corte

Primera. *Los presupuestos del proceso*

En el caso que aquí se analiza por la Corte los presupuestos del proceso, es decir, los requisitos legalmente necesarios para la regular formación y el perfecto desarrollo de la relación jurídico-procesal, se encuentran presentes. No halla entonces la Sala, por este aspecto, impedimento que la inhiba para decidir con sentencia de mérito la cuestión controvertida.

En efecto. La capacidad para ser parte de un proceso está presente, desde luego que las personas natural y moral que figuran en éste como demandante y demandada, en su orden, tienen ambas existencia jurídica, como sujetos de derecho que son; la capacidad procesal de ellas, o sea su aptitud para comparecer al proceso, tambien es evidente, ya que la primera es mayor de edad y la segunda actúa por intermedio de su representante legal; la demanda con la cual se inició el proceso observó en su estructuración las formalidades exigidas por la ley para las de su clase, y, finalmente, teniendo en cuenta que se trata de un asunto contencioso entre particulares, ningún reparo puede hacerse al presupuesto de la competencia para decidir el litigio.

Segunda. *La cosa juzgada*

A) Parece axiomático afirmar que ante el Derecho, y precisamente para que éste cumpla su fin esencial, se impone la certeza como una necesidad imperiosa; una manera de hacer nugatorios los derechos sería la de que nunca se supiera en qué consisten ellos. Es una necesidad político-jurídica la que exige que el proceso sea temporal; que se le ponga término a los litigios decididos judicialmente, para evitar su sucesivo replanteamiento, pues si tal no ocurriere las relaciones jurídicas privadas que en el proceso se controvierten jamás saldrían de la incertidumbre.

Ordinaria y normalmente el proceso termina con el pronunciamiento de la sentencia, que es la manifestación mediante la cual el Juez, aplicando al caso litigado la voluntad abstracta de la ley, resuelve el conflicto sometido a su jurisdicción, ora acogiendo la pretensión del demandante o ya la excepción del demandado.

B) *De conformidad con elementales reglas del derecho procesal, proferida la sentencia deviene el término de su notificación a las partes, dentro del cual ellas pueden asumir una de estas tres posiciones: a) dejar que el término pase sin objetarla; b) aceptarla expresamente; c) impugnarla mediante los recursos pertinentes, caso en el cual tiene que sobrevenir un juicio definitivo sobre su legalidad. Ora por el consentimiento expreso o implícito, o ya por virtud del juicio definitivo referido, la sentencia adquiere firmeza y se torna, las más de las veces, en definitiva e inmodificable; pasa en autoridad de cosa juzgada, lo que por definición significa que ni el mismo Juez que la ha pronunciado, ni otro diferente, pueden variar la voluntad de la ley declarada en ella para ese litigio.*

Jurídicamente la cosa juzgada equivale, entonces, a las calidades de definitiva e intangible que la ley positiva de cada país atribuye a ciertas sentencias.

En su sazón, ya el jurista romano Modestino, en "El Digesto", expresó que por cosa juzgada tenía que entenderse la que puso término a la controversia con el pronunciamiento del Juez. Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accepit *(Libro XLII, Título I, Ley 1ª); e indicó Ulpiano que la cosa juzgada es admitida como verdad:* res iudicata pro veritate accipitur.

C) *En verdad que para que la jurisdicción cumpla a cabalidad sus fines propios, es necesario que la sentencia judicial sea, a partir de determinado momento, definitiva, inmutable y coercible. Por razón de la primera de tales tres necesidades, la ley impide todo ataque posterior tendiente a obtener la revisión de la sentencia que ha resuelto un conflicto de intereses; por cuanto la sentencia es inmutable, ni el mismo Juez que la emitió, ni otro distinto, pueden modificarla oficiosamente o a petición de parte; la coercibilidad consiste en*

la posibilidad de ejecución forzada de sus disposiciones.

Ya decía Gayo en sus "Instituciones" que "la parte a la que el bien de la vida le fue negado no puede reclamarlo más; la parte a la que fue reconocido no sólo tiene derecho a conseguirlo prácticamente frente a la otra, sino que puede sufrir de ésta ulteriores ataques a este derecho y a este goce" (Lib. I, pág. 387).

Apunta Piero Calamandrei que "esos residuos de incertidumbre psicológica que pueden quedar en la conciencia del Juez, con margen más o menos amplio según los medios de investigación de que disponga, no tienen relevancia jurídica alguna. En el momento en que la sentencia pasa en cosa juzgada, la crisis de conciencia del Juez pierde todo significado: la falta de certeza psicológica del juzgador no deja huellas en el fallo, el cual crea en todo caso la certeza jurídica" (Estudios sobre el Proceso Civil, t. III, pág. 320, Edición 1962).

D) *Para atender a la necesidad de certeza que deben tener las relaciones jurídicas individuales, las legislaciones han consagrado pues el fenómeno de la cosa juzgada, el cual, si bien no es absoluto porque en excepcionalísimos casos sus efectos los limita el recurso extraordinario de revisión, fundamenta la prédica de que la sentencia que tiene ese timbre trae como consecuencia jurídica la normatividad de su contenido, por virtud de la cual no puede volverse a discutir ni resolver, entre las mismas personas vinculadas con el fallo, el objeto jurídico ya decidido. En la medida de la cosa juzgada se veda a las partes todo litigio futuro sobre la misma causa y es inadmisible nueva resolución sobre ella; y todos los jueces están obligados a basar su conducta sobre esa sentencia.*

De ahí que, sin disidencias, los doctrinantes atribuyen a la cosa juzgada dos funciones, que si bien se hallan íntimamente relacionadas entre sí, son, sin embargo, diferentes: positiva la una y negativa la otra. Por la primera se vincula o se constriñe al Juez a reconocer y acatar el juzgamiento anterior; por la segunda se pretende excluir no sólo una decisión contraria a la precedente, sino simplemente toda nueva decisión sobre lo que ya ha sido juzgado, meta que el demandado en el segundo proceso alcanza con la exceptio rei judicatae. *Ya expresaron los romanos en su "Codex" que el retornar sobre la cosa juzgada es grave como precedente:* Res iudicata instauraris, exemplo grave est *(Lib. VII, Título 52, Regla 4ª).*

E) *Sucede, empero, que como la autoridad de la cosa juzgada no se produce sino en relación con una sentencia determinada, las denominadas* identidades procesales *constituyen el elemento de contraste para precisar si existe o no; y respecto de esa cuestión concreta se habla de los llamados* límites de la cosa juzgada; *es decir, que así como la sentencia sólo puede afectar a los sujetos contendientes y generalmente a nadie más que a ellos, así también ha de versar sobre el* objeto *a que el proceso alude, y ha de pronunciarse únicamente por la* causa *que se alegó para deducir la pretensión o la excepción. Solamente cuando el proceso futuro es idéntico, en razón de estos tres elementos, la sentencia dictada en el anterior produce cosa juzgada material.*

La eadem conditio personarum *o límite subjetivo de la cosa juzgada consiste en esencia en la identidad jurídica de las partes en los dos procesos, y cuyo fundamento racional está en el principio de la relatividad de las sentencias (art. 17 C. C.), según el cual por regla general la fuerza obligatoria de un fallo judicial se limita a las personas que han intervenido como partes en el proceso en que se profiere. Por lo consiguiente, en principio quienes no han sido partes en éste no son afectados por la sentencia, y pueden proclamarse ajenos a ésta según la máxima latina* res inter alios iudicata, aliis neque prodesse neque nocere potest.

La eadem res, *una de las dos facetas del límite objetivo de la cosa juzgada, se traduce esencialmente en que no le es permitido al Juez, en proceso futuro, desconocer o disminuir de cualquier manera el bien jurídico disputado en juicio precedente y*

reconocido en la sentencia proferida en éste.

El otro factor del límite objetivo, la eadem causa petendi *o identidad de la causa de pedir, se concreta en el motivo o fundamento inmediato del cual una parte deriva su pretensión deducida en el proceso.*

F) *Y si bien hoy es ya indiscutible que el límite objetivo de la cosa juzgada lo forman, en conjunto, el objeto y la causa de pedir, no siempre resulta fácil escindir lo que es materia de decisión en la sentencia, o sea su objeto en sí mismo considerado, y la razón o motivo de la reclamación de tutela para un bien jurídico, desde luego que se trata siempre de dos aspectos íntimamente relacionados entre sí.*

Por lo consiguiente, jamás será imprudente y antes bien las más de las veces necesario examinar tales dos cuestiones como si se tratase de una unidad, para así determinar precisamente en todo el conjunto de la res judicium deductae, *tanto la identidad de objeto como la identidad de causa: sobre qué se litiga y por qué se litiga.*

El planteamiento nuevo de determinadas cuestiones, y las futuras decisiones acerca de estos puntos específicos, solamente estarán excluidos en cuanto tengan por resultado hacer nugatorio o disminuir de cualquier manera el derecho tutelado en la sentencia precedente.

Tercera. *Los efectos de la sentencia en el proceso de deslinde y amojonamiento*

A) Según lo establecía el Código Judicial de 1931 (arts. 862 a 871), el trámite para deslindar predios colindantes tenía carácter especial, pero podía trocarse en ordinario en el evento de que alguno de los interesados no se conformaba con la línea divisoria trazada por el Juez y oportunamente formalizaba su oposición.

El proceso especial de deslinde, que luego del traslado de la demanda a los demandados, sin que éstos pudiesen proponer excepciones de mérito, terminaba con la diligencia de apeo en la cual el Juez, previo el análisis de los documentos aportados y demás pruebas allí practicadas, señalaba la línea divisoria y dejaba a las partes, si ninguna de éstas se oponía "en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada". Era pues, en esta primera parte, un procedimiento de controversia de linderos y cuyo único fin consistía en fijar, aclarar o rectificar la línea de demarcación entre dos o más predios vecinos; determinar el contenido espacial de cada uno de éstos, sin que pudieran las partes discutir el dominio de dichos inmuebles.

Pero si alguno de los interesados no se conformaba con el deslinde trazado, el proceso no terminaba allí, sino que, convirtiéndose en ordinario, en esta segunda etapa, luego de formalizada la oposición mediante la correspondiente demanda, en un trámite de amplia controversia se ventilaba y decidía la inconformidad expresada: "... el punto se ventila en juicio ordinario", decía el artículo 870 de esa codificación, juicio en el cual, como lo aceptó la jurisprudencia, podía discutirse la titulación exhibida y plantearse hechos atinentes a la prescripción, como motivos de oposición a la línea divisoria. "... la facultad de demarcar no es sino una proyección necesaria del dominio, de modo que si éste cambia, por la usucapión, por ejemplo, llegando a cobijar más de lo que declaran los títulos, se comprende que la demarcación haya de variar también y que no pueda hablarse exactamente de una demarcación justa y verdadera, excluyendo la porción prescrita", dijo la Corte en sentencia de 5 de marzo de 1954 (G. J., t. LXXVII, 75).

B) *Jamás la jurisprudencia ha negado la diferencia existente entre la acción de deslinde y la reivindicatoria o de dominio; y ha sido severa en verdad al impedir que dentro del juicio especial se ventilen y controviertan cuestiones de propiedad, pero sí ha permitido, pues los trámites y el fin último lo permiten, que en la segunda parte del proceso se propongan hechos referentes al dominio como serían, la nulidad o ineficacia de un título, con el fin*

de descartarlo, o la simple posesión material que consume una prescripción.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia han visto razón valedera alguna para que en el proceso ordinario, en que se convierte el especial de deslinde por razón de la oposición a la línea divisoria señalada, no puedan los demandantes u opositores hacer valer todo hecho jurídico que tenga la fuerza legal de producir la variación del contenido espacial que con relación a los predios vecinos persigue la parte objetante o inconforme. Si la aducción, proposición, contradicción y decisión de tales cuestiones no se permitiesen en esta etapa de dicho proceso, la oposición resultaría inocua en los casos en que ésta está motivada o determinada por esos precisos aspectos de la prescripción, que el inconforme con la demarcación trazada considera como razón de la variación de un lindero.

C) *Y si la discusión y decisión de hechos referentes al dominio en el proceso ordinario que, por razón de la oposición referida, devenía al especial de deslinde y amojonamiento, se estimó por la jurisprudencia como posible al amparo del Código Judicial derogado, con tanta mayor razón lo será hoy a la luz del nuevo Código de Procedimiento Civil, el que, sin modificar sensiblemente la estructura del proceso de deslinde, al determinar que la oposición se formalice al través de demanda, en su artículo 465 dice que mediante ésta el opositor "podrá alegar* los derechos que considere tener *en la zona discutida"; y agrega esta misma norma que en la sentencia el Juez "resolverá sobre la oposición al deslinde* y demás peticiones *de la demanda y si modifica la línea fijada, señalará la definitiva..." (subraya la Sala).*

Lo cual significa que la juricidad de la jurisprudencia de la Corte al punto, reiterada a partir de 1940, fue tan seria y atendible y que, con el fin de que el procedimiento alcance su objetivo propio cual es la efectividad de los derechos sustanciales, amparado en ella el legislador de 1970 elevó a norma positiva y por ende en permisión legal lo que hasta entonces fue producto jurisprudencial y doctrinario. Que en el trámite de la oposición a la línea divisoria el opositor o demandante, aquí por la vía de acción y no de excepción, puede suplicar que se declare que él adquirió por prescripción la zona de terreno, y, en fin, cualquier derecho o circunstancia que justifique su no aceptación a la línea divisoria fijada.

Ni al amparo de la ley procesal de 1931, ni menos a la luz de la de 1971, puede afirmarse entonces que el único objeto del proceso de deslinde y amojonamiento es la fijación de linderos de acuerdo con los títulos, y que en él toda otra cuestión es totalmente extraña a sus fines. Esto puede ser cierto en la etapa especial del proceso, la que implica una aceptación de la titularidad no discutida y el amojonamiento es el resultado o la expresión del contenido espacial de tales títulos; no en la etapa ordinaria en la cual, para determinar la legalidad o ilegalidad de la demarcación hecha, tienen que estudiarse hechos referentes al dominio alegados por el inconforme como motivo de su oposición.

D) *En estos casos, es obvio pensar que la discusión sobre tales extremos, que en verdad son distintos del contenido espacial de los títulos, y que en últimas versan sobre el dominio de los predios, impedirá un nuevo pronunciamiento en proceso posterior por impedirlo la cosa juzgada.*

Porque replantear en proceso futuro las mismas cuestiones referentes al dominio y que fueron, en razón de su influencia en el deslinde, debatidas y falladas en la sentencia que puso fin al ordinario de oposición a la línea demarcatoria trazada, sería tanto como dejar en la incertidumbre un derecho que ya fue definido por sentencia judicial ejecutoriada.

Porque si la insatisfacción que lo decidido en la segunda sentencia final del proceso de deslinde produjo en el aquí demandante Durán Bernal lo autorizara para formular luego, otra y cuantas veces lo quisiera, nuevas demandas sobre el mismo objeto jurídico ya resuelto, cual es el de-

recho de propiedad sobre la zona que pretende reivindicar, sin ser éste precisamente uno de los casos en que la ley expresamente establezca tal especie de revisión, eso sería tornar indefinibles los derechos e interminables los litigios, autorizar su sucesivo replanteamiento en procesos posteriores por la parte desfavorecida con la sentencia y permitiendo la revisión de ésta en proceso ulterior, que a su vez podría ser atacado y así sucesivamente hasta el infinito, todo lo cual es contrario a la seguridad jurídica.

Cuarta. *El caso* sub júdice *y las pruebas practicadas*

A) Como se infiere claramente de las copias que a petición de la Corte expidió el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué y se allegaron a este proceso, en mayo de 1963 el aquí demandante demandó a la empresa de Transportes "Rápido Tolima S. A." en proceso de deslinde, para que se declarase que "la línea divisoria por la parte sur del terreno de Arturo Durán Bernal, y por la parte norte del terreno de la empresa 'Rápido Tolima S. A.', es la siguiente: El zanjón llamado del Colegio de San Simón...".

Señalada que fue en la diligencia de apeo la línea divisoria, el demandante no se conformó con la demarcación y por eso, para formalizar la oposición, presentó la demanda que trocó el proceso en ordinario, en el cual pidió señalamiento de nueva línea y concretamente para que se determinara el lindero de su predio, por la parte sur, "hasta el zanjón llamado del Colegio de San Simón". Allí mismo el demandante u opositor invocó a su favor "el fenómeno jurídico de la prescripción", a fin de que se le reconociese y declarase por tanto que "ha tenido y tiene la posesión real y material del lote" que se extiende, por la parte sur, "hasta el zanjón llamado del Colegio de San Simón"; pretensiones éstas que le fueron finalmente denegadas por fallo de 30 de abril de 1965, en el que, por consiguiente, la justicia ordenó "poner en posesión del lote... a la empresa Rápido Tolima S. A.... con arreglo a la línea adoptada", lo que efectivamente se hizo el 17 de febrero del año siguiente.

En la demanda con la cual se inició el presente proceso reivindicatorio el mismo Arturo Durán Bernal solicita que, luego de declararlo dueño absoluto del lote que describe, y cuyo lindero por el lado sur lo es con el Edificio de Rápido Tolima, y por el norte, con propiedad o lote que le queda al mismo demandante, se condene a "Transportes Rápido Tolima S. A." a restituírselo.

B) Una ligera labor de parangón de tales dos demandas autoriza afirmar, sin asomo de hesitación, que el objeto jurídico disputado en el proceso de deslinde es idéntico al que en el presente se reclama: trátase en ambos del derecho de dominio sobre la misma franja o zona de terreno singularizada, que en la sentencia proferida en el primero de estos dos procesos se le dijo al demandante no pertenecerle a él sino a la sociedad allá demandada.

Ese mismo cotejo permite advertir claramente que la causa para pedir en ambos casos es, también, idéntica, pues que los motivos o fundamentos invocados para reclamar justicia en los dos casos son los mismos: que por razón de oscuridad e imprecisión de los títulos de propiedad en lo referente a las respectivas demarcaciones de los lotes de demandante y demandada, ésta ha despojado a aquélla de una parte de su predio la cual por tanto ocupa de mala fe.

Examinadas las dos demandas que generaron los procesos de oposición al deslinde señalado y este reivindicatorio, y comparadas en todo el conjunto de las pretensiones deducidas en ellas, fácilmente frente a las dos se pueden contestar con la misma respuesta los interrogantes, ¿sobre qué litigan y por qué litigan Durán Bernal y la Sociedad "Transportes Rápido Tolima S. A."? sobre el mismo inmueble y por razón del derecho de propiedad de ese bien.

C) Ni procede poner en tela de juicio tampoco el límite subjetivo de la cosa

juzgada, desde luego que tanto en este proceso como en aquél figuraron como partes las mismas personas.

No pasaría de ser una sutileza aseverar que la sociedad demandada en este proceso, "Transportes Rápido Tolima S. A.", es distinta de la que fue demandada en el juicio de deslinde y amojonamiento, o sea, "Rápido Tolima S. A.", cuando en la demanda inicial de este negocio ordinario es el propio demandante Durán Bernal quien da por sentada esa identidad; y le quitaría seriedad al aserto la misma posición del demandante, quien desde el inicio de este proceso se apresuró a afirmar el hecho de que hubiera existido entre estos dos litigantes un proceso de deslinde con oposición, lo que dijo, no constituye cosa juzgada, no porque las partes no sean las mismas, sino porque los juicios tienen objeto y fines diferentes.

Y si, como lo afirma el demandante en esta última hora, la entidad aquí demandada "Transportes Rápido Tolima S. A." fuese persona diferente de "Rápido Tolima S. A.", en tal evento no se le encontraría ninguna lógica a la pretensión de aquél para que se condene a aquella entidad y no a ésta.

D) Está pues demostrado plena y eficazmente que en el presente caso concurren, relativamente a las sentencias precedentes dictadas en el juicio de deslinde, las tres identidades procesales que para el reconocimiento de la cosa juzgada requiere el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil: sujetos, objeto y causa.

Dada la profunda solidez jurídica que estructura los pilares en que se apoya la doctrina que se expone en esta providencia, es decir, la que consiste en sostener que es posible en el juicio ordinario de oposición al deslinde, la proposición y decisión de las cuestiones referentes al dominio de los predios colindantes, hay que aceptar, tiene que aceptarse por fuerza de la lógica, que la sentencia que defina esos precisos aspectos impide, por virtud del fenómeno jurídico de la cosa juzgada, replantear en proceso posterior la misma controversia.

Esta tesis, que además de ser la que mejor se aviene con los principios generales del derecho procesal referentes al objeto de los procedimientos y a la economía de éstos, impide que un litigante proponga sucesiva y repetidamente pretensiones que le fueron rechazadas; y evita, consiguientemente, que el derecho reconocido al litigante victorioso quede siempre en la incertidumbre.

V

Conclusión

De todo lo expuesto tiene que seguirse, como corolario lógico, que como en este caso se ha replanteado una cuestión ya decidida por la justicia en sentencia definitiva, es imperioso reconocer la excepción de cosa juzgada, lo que impulsa a revocar el fallo materia de esta apelación para, en su lugar, absolver a la sociedad demandada. Se debe condenar al demandante en las costas causadas en las dos instancias del proceso, tal cual lo manda el numeral 4 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

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, actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve:

Primero. Revócase en todas sus partes la sentencia de cuatro (4) de marzo de mil novecientos ochenta y dos (1982), proferida en este proceso por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué.

Segundo. Declárase probada la excepción de cosa juzgada.

Tercero. Deniéganse, en consecuencia, las peticiones formuladas por Arturo Durán Bernal en la demanda inicial de este proceso y por lo mismo se absuelve a la sociedad demandada, "Transportes Rápido

Tolima S. A.", de los cargos que en dicho libelo se le enrostraren.

Cuarto. Cancélese la inscripción de la demanda, para lo cual por el juzgado de la primera instancia se librarán los oficios correspondientes.

Quinto. Se condena al demandante en las costas causadas en las dos instancias de este proceso, las cuales serán liquidadas en la oportunidad debida.

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

Horacio Montoya Gil, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Nicolás Pájaro Peñaranda, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

LEGITIMIDAD PRESUNTA

Impugnación de la filiación legítima y reclamación del verdadero estado de hijo natural, de mujer casada

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., abril dos de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fecha 23 de agosto de 1982 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de Manuel Humberto Morales Fierro contra Gabriel Morales y otros.

Manuel Humberto intentó contra los herederos de Talero Rodríguez, Gabriel Morales y Carlos y María Teresa Morales Fierro, como herederos de Lilia Fierro de Morales los dos últimos, las acciones de reclamación de su *legitimidad presunta, de filiación natural y de petición de herencia.* En apoyo de sus pretensiones expuso los hechos que se resumen a continuación.

Gabriel Morales y Lilia Fierro contrajeron matrimonio en el año de 1948, durante el cual nacieron María Teresa, Jaime Idelfonso (fallecido), Carlos Alberto y Manuel Humberto, este último el 1º de febrero de 1955.

Gabriel y Lilia fueron a trabajar en el mes de enero de 1954 a una finca que tenía Carlos Alberto Talero Rodríguez denominada "Mochilero", en calidad de administradores.

"Desde que los esposos Morales se instalaron en Mochilero... el marido no volvió a tener acceso carnal por habérselo ésta impedido abiertamente... a mediados de febrero de ese año de 1954, el marido pretendió afanosamente el acceso carnal de su mujer... y no sólo lo rechazó violentamente, sino que separó, de manera inmediata y definitiva la habitación con su marido".

De consiguiente, ella continuó sola, en una habitación de la casita de los administradores y el marido con los hijos en la contigua.

Lilia se trasladaba por las noches, hasta altas horas, a la casa de la hacienda donde vivía Talero. Fruto de ese trato sexual fue el demandante Manuel Humberto, quien nació, como atrás se dijo, el 1º de febrero de 1955. Sin embargo, por consideraciones con la familia y a petición de Lilia, fue bautizado como si fuera hijo del matrimonio Morales-Fierro de Morales.

Durante el embarazo de Lilia, Talero se preocupaba mucho por ella, le pagaba los chequeos médicos, le prohibía que montara a caballo y cuando Manuel Humberto iba a nacer, le consiguió y le pagó un carro expreso para que la llevara al Hospital de Pacho.

En los años que la familia Morales Fierro continúa viviendo en la finca de Mochilero, Talero Rodríguez velaba por el cuidado de Lilia y de Manuel Humberto, le suministraba vestidos y al niño le prodigaba mimos y golosinas.

Lilia murió el 15 de mayo de 1975 y Carlos Alberto Talero dos años más tarde.

Por todo lo anterior, se lee en la demanda, el actor "reclama jurídicamente el puesto que le corresponde, el apellido de

su padre y su reconocimiento como heredero de éste, para que vuelva así a su cauce normal el curso de la vida que se descarriló en 1961, como consecuencia de la incomprensión y de un tercer años apasionado de la madre, hechos de los que mi poderdante ha sido un simple y sufrido espectador".

Como consecuencia de los hechos expuestos en el libelo y que se han dejado resumidos en lo esencial, Manuel Humberto promovió demanda ordinaria, por una parte contra Gabriel Morales, Carlos y María Teresa Morales Fierro en su calidad de herederos de Lilia Fierro de Morales y por otra contra Luis Alfredo, Julio Eduardo, Bernardo, Fidel Talero Rodríguez, Paulina Talero de Alvarado, Ana Isabel Talero de Ramos y Matilde Talero de Talero hermanos legítimos de Carlos Alberto Talero Rodríguez y de Hernando, Jorge, Guillermo y Elvira Gutiérrez Talero en representación de Elisa Talero Rodríguez de Gutiérrez, todos ellos herederos de Carlos Alberto, para que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

I. Que el demandante no es hijo legítimo de Gabriel Morales sino hijo natural de Carlos Alberto Talero Rodríguez.

II. Que en su calidad de hijo natural del citado Talero, el actor tiene la calidad de heredero *ab intestato* de éste, de mejor derecho que los hermanos y sobrinos atrás mencionados.

III. Que los demandados que fueron reconocidos como herederos de Talero deben restituir al actor los bienes sucesorales correspondientes, junto con sus frutos.

Con oposición de algunos de los demandados se tramitó la primera instancia, durante la cual se allegaron numerosas pruebas. El juzgado del conocimiento dictó sentencia el 15 de diciembre de 1980 en un todo desfavorable a las pretensiones del demandante. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desató el recurso de apelación interpuesto por la parte desfavorecida con aquella decisión, confirmándola en todas sus partes, en el fallo objeto del recurso de casación que interpuso esa misma parte y que ahora se decide.

Motivación del fallo impugnado

Luego de transcribir las súplicas de la demanda y de compendiar los hechos expuestos como fundamento de la misma, el Tribunal entra a estudiar la primera de las acciones intentadas por el demandante, o sea la de impugnación de su calidad presunta de hijo legítimo.

En este orden de ideas hace un breve recuento de las normas legales a que ha estado sometida la acción en referencia, para concluir que actualmente, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 3º de la Ley 75 de 1968, el hijo está también legitimado para ejercerla. Dice enseguida, que de autos aparece la prueba del nacimiento del demandante, como fruto del matrimonio que años antes habían contraído Gabriel Morales y Lilia Fierro, y que con el acervo probatorio allegado por el actor, éste pretende desvirtuar la presunción de legitimidad que consagran los artículos 213 y 214 del Código Civil, y al mismo tiempo acreditar respecto de Talero Rodríguez la presunción de filiación natural que consagra el numeral 4º del artículo 6º de la citada ley.

Del análisis que hace del acervo probatorio respecto de la impugnación y al mismo tiempo de la presunción de paternidad natural, destaca la confesión del demandado Gabriel Morales y menciona los testimonios de varios trabajadores de la finca de Mochilero. De aquélla se desprende —dice— que el citado Morales, su esposa y sus hijos vivieron contínuamente en la finca Mochilero desde el mes de enero de 1954 hasta cinco años después del nacimiento de Manuel Humberto. "Lo cual muestra con sobra de argumentos —agrega—, sin que sea menester el examen de otros medios probatorios al proceso, que no existe la prueba plena y completa acerca de las circunstancias que sirven para calificar como cierta la causal fijada en la ley para que opere el reclamo contra la legitimidad presunta, esto es, 'cuando su nacimiento se ha verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la

mujer abandonaron definitivamente el hogar conyugal'.

"A propósito, de nada sirve argüir si tendrían o no aceptación las causales inherentes a la reclamación contra la legitimidad del hijo por parte del marido, puesto que éste no es quien impugna, sino el hijo; y mirando el factor tiempo, teniendo ocurrencia (sic) el nacimiento del demandado en febrero 1º de 1955, para entonces no existía abandono definitivo del hogar conyugal por parte de ninguno de los cónyuges, ya que dicho nacimiento se verificó en época de convivencia conyugal, estando ambos al servicio del señor Talero Rodríguez en su finca 'Mochilero', lo cual hace imposible, en el orden físico, computar el lapso de diez meses de que habla la ley, por la obvia razón de que si hubo abandono definitivo del hogar conyugal por parte del marido o de la mujer, esto sucedió mucho después de aquél nacimiento (más de cinco años), según la confesión del propio Gabriel Morales en su declaración de parte ya comentada".

En lo que toca con la pretendida filiación natural, el sentenciador expresa que no es posible acceder a declararla, porque según el artículo 3º de la Ley 75 ya citada, el "hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural", siendo de advertir, que el demandante no demostró encontrarse en ninguno de los tres casos de excepción a esa norma prohibitiva que consagra el mismo precepto legal. De lo expuesto, concluye que no puede prosperar ninguna de las pretensiones del demandante.

El recurso de casación

Como atrás se dijo, el demandante recurrió en casación la sentencia cuya reseña acaba de hacerse y resume su ataque textualmente así:

"Bien por violación directa proveniente de una errónea interpretación de la norma, bien por violación indirecta apoyada en errores de hecho sobre la apreciación de la prueba, es lo cierto que el Tribunal le dio un sentido diferente a la disposición pertinente, aplicando igualmente, en forma indebida, las normas sobre presunción de paternidad legítima y dejando de aplicar la disciplina de la impugnación de la filiación natural y de la petición de herencia, en contra de las pretensiones legítimas del demandante".

Primer cargo

Por la vía directa y dentro del campo de la causal primera se acusa la sentencia por interpretación errónea de los artículos 5º y 6º de la Ley 95 de 1890 y 3º numeral 3, de la Ley 75 de 1968.

El recurrente reconoce que el "Tribunal consideró que no hubo abandono del hogar conyugal por parte de ninguno de los esposos, durante los diez meses anteriores al nacimiento del actor y estimó que éste no podía impugnar la paternidad legítima, por lo que no se decidió sobre su filiación natural y petición de herencia".

Al fundamentar su acusación afirma que no pueden confundirse —como lo hizo el Tribunal—, por ser conceptos diferentes, el domicilio y, el domicilio civil o vecindad con el "hogar conyugal", porque éste, como ocurría en la hacienda "Mochilero", estaba circunscrito a la parte de la casa que estaba destinada a vivienda de los administradores. Que por consiguiente, erró el Tribunal al estimar que no se había probado que hubiera habido abandono del hogar conyugal por parte de Gabriel o de Lilia al haber permanecido ambos en la hacienda durante los diez meses anteriores al nacimiento del demandante, para con apoyo en ese aserto, restringir el verdadero alcance que tiene el segundo inciso del artículo 3º de la Ley 75.

Para sacar avante su acusación, el recurrente dedica largos párrafos a comentar la manera como jurídicamente se debe interpretar un texto legal y concluye insinuando que en el presente caso bastaba con la prueba de que Gabriel y Lilia no habían vuelto a dormir en la misma habitación durante los diez meses anteriores al nacimiento de Manuel Humberto, para que al aplicar el mencionado precepto, bien en-

tendido e interpretado, hubiera prosperado la acción de impugnación.

Se tiene en cuenta

Este cargo adolece de varias y graves fallas que impiden su prosperidad, es a saber:

a) Los artículos 5º y 6º de la Ley 95 de 1890, referentes a la acción de impugnación de la legitimidad de un hijo de mujer casada por parte del marido de ésta, no eran aplicables al caso *sub júdice* ni lo fueron, ni podían serlo, por la potísima razón de que la acción en referencia la promovió el mismo hijo. De esta suerte, mal pudo el Tribunal haber interpretado equivocadamente las normas en cuestión.

"La errónea interpretación —ha expuesto la Corte—, de uno de los tres modos como puede ser vulnerda una norma de derecho sustancial, tiene en casación una inteligencia propia que difiere fundamentalmente del sentido que a esa locución se le da en el lenguaje común y también en otros campos del derecho. Interpretar erradamente una norma, 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 un alcance de que dicha norma carece en realidad. Con otras palabras, en casación el erróneo entendimiento de 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 o inteligencia 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" (CLII, págs. 181 y 182).

b) Otro tanto ocurre con el numeral 3º del artículo 3º de la Ley 75, porque de haber sido aplicado, habría prosperado la acción de impugnación propuesta en este proceso. De consiguiente, como atrás se dijo, sino se aplicó, mal puso haber sido interpretado equivocadamente por el Tribunal. En estas condiciones, la acusación ha debido formularse por falta de aplicación de la referida norma.

"De ahí que se ha llegado a sostener que la Corte no puede tener en cuenta los motivos de casación, consistentes en infracción de determinadas normas sustantivas, 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" (LXI, pág. 398 y CXXI, pág. 216, entre muchas otras).

c) Dada la naturaleza de las diversas pretensiones del demandante, el recurrente ha debido incluir en su acusación el quebranto de las normas legales referentes a la filiación natural y a la petición de herencia, y no limitarse, como lo hace en este cargo, a acusar las que tocan con la acción de impugnación de la legitimidad.

En virtud de lo expuesto, el cargo no puede prosperar.

Segundo cargo

También por la causal primera se acusa la violación indirecta de los artículos 213 y 214 del Código Civil; 5º y 6º de la Ley 95 de 1890 y 3º, numeral 3º de la Ley 75 de 1968, por aplicación indebida, y de los artículos 26, 28, 30, 32, 76, 77, 78, 80, 84, 89, 113, 176, 178 y 179 del Código Civil; 6º, numerales 4º, 5º, 6º y 7º de la Ley 75 de 1968, por falta de aplicación. "Tampoco aplicó —agrega textualmente el censor— los artículos 174, 187, 195, 196, 200, 248, 249 y 4º del Código de Procedimiento Civil.

"La sentencia del Tribunal viola la normativa citada, al aplicar indebidamente la normativa relacionada con la presunción de paternidad legítima y al dejar de aplicar la disciplina sobre la filiación natural, que también se presume en ciertos casos, y debe declararse judicialmente, al haber incurrido en errores manifiestos de hecho en la apreciación de la prueba".

Dice, en efecto, que el sentenciador "cercenó o mutiló la confesión del demandado

Gabriel Morales", porque no tuvo en cuenta que éste manifestó textualmente que a raíz de su llegada a Mochilero, Lilia se fue a dormir a un cuarto diferente al que antes compartía con él y que además no volvió a permitirle ningún acercamiento carnal. En respaldo de este error de hecho que atribuye al Tribunal, la censura transcribe algunos párrafos de la declaración de parte rendida por el citado Morales e insiste, que para los efectos del citado artículo 3º, numeral 3º de la Ley 75 de 1968, por "hogar conyugal" debía entenderse la habitación que los esposos Morales-Fierro de Morales inicialmente ocupaban juntos, y no la casa de la hacienda Mochilero donde ellos residían con sus hijos.

Afirma igualmente que el fallador de segundo grado erró de hecho cuando ignoró por completo la confesión del demandado Carlos A. Morales Fierro y las declaraciones testimoniales de Carlos Julio López Bernal, Enrique Garzón Cañón y Alvaro Peña Rodríguez, quienes corroboran lo afirmado por Gabriel Morales, en cuanto a que éste y su esposa "separaron pieza" recién llegados a Mochilero.

Por último, el recurrente achaca al Tribunal un nuevo error de hecho al haber preterido "los indicios que obran en el expediente en contra de la mayor parte de los demandados quienes, debidamente notificados, no contestaron la demanda".

La Corte considera

En vida del marido, sólo éste y el hijo concebido durante el matrimonio pueden reclamar contra la legitimidad presunta que consagran los artículos 213 y 214 del Código Civil.

El marido puede desvirtuar esa presunción de legitimidad en tres casos, a saber: demostrando que durante todo el tiempo en que, según el artículo 92 ibídem, *se presume la concepción, estuvo en "absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer", o cuando el nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que "la mujer abandonó definitivamente el hogar conyugal", siempre que no la haya recibido nuevamente en él, y por último, en caso de divorcio declarado por adulterio de la mujer, si acredita que durante la época en que pudo tener lugar la concepción no hacía vida conyugal con su mujer.*

Así lo disponen muy claramente los artículos 214 y 215 del Código Civil, y 5º y 6º de la Ley 95 de 1890.

La Ley 75 de 1968 confirió al hijo derecho a impugnar su legitimidad y por ende a desvirtuar la presunción mencionada atrás, pero solamente en el caso que señala el numeral 3º en su segundo inciso así: "El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya efectuado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal" *(se subraya).*

Así, pues, los hechos que permiten ejercer la acción de impugnación son diferentes según que la ejerza el marido o el hijo. Para el caso de este último, sólo puede incoarla con éxito, si demuestra que su madre o el marido de ésta abandonaron en forma definitiva el hogar conyugal diez meses antes de su nacimiento.

En cambio, el marido, como quedó visto anteriormente, puede fundamentar la acción de impugnación, además del motivo indicado en el párrafo precedente, en que durante los diez meses anteriores al parto no hizo vida conyugal con su mujer o estuvo en imposibilidad física de tener acceso a ella. En caso de demostrarse el adulterio de la mujer durante la época en que se presume ocurrida la concepción del hijo, para que el marido pueda ejercer la acción de impugnación "se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre" (art. 215, C. C.).

Dicho en otras palabras, cuando la acción de que se trata la ejerce el hijo, no puede hacerlo con fundamento en los mismos hechos o circunstancias que la ley autoriza cuando es el padre quien la intenta. Le está vedado apoyarla demostrando que durante el tiempo en que pudo haber ocurrido su

concepción el marido de su madre no tuvo acceso a ella o estuvo en imposibilidad de tenerlo o que no hicieron vida conyugal. La norma legal que le otorgó la acción de impugnación es clara y terminante en el sentido de que sólo le sirve de soporte el abándono definitivo *del hogar conyugal por parte de la madre o del marido durante la época de que trata el artículo 92 del Código Civil.*

La Corte ha dicho "que cuando el nacimiento del hijo natural de mujer casada se ha verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la mujer abandonaron definitivamente *el hogar conyugal, bien puede el hijo, que no está en posesión de su verdadero estado civil, reclamar en cualquier tiempo contra la sediciente legitimidad. De suerte que el* abandono definitivo del hogar conyugal, *como presupuesto para la impugnación de la presunta legitimidad, puede tomar punto de partida en cualquiera de los cónyuges o en los dos, pues es indiferente que se realice originalmente por la madre o por el marido de ésta" (se ha subrayado - CLII, pág. 473).*

De esta suerte, resultan inexistentes los errores de hecho que se atribuyen al sentenciador, porque ni la confesión del demandado Morales ni los testimonios que menciona el recurrente, demuestran que Gabriel o Lilia hubieran *abandonado definitivamente el hogar conyugal* que tenían establecido en la hacienda de Mochilero, diez meses antes del nacimiento del actor.

El cargo en estudio merece reparos similares a los que se hicieron al anterior, ya que las normas que se mencionan como indebidamente aplicadas no lo fueron y además, porque habiéndose intentado también la acción de petición de herencia, la censura no acusó quebranto alguno de las normas pertinentes.

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 impugnada y condena en costas a la parte recurrente.

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

Horacio Montoya Gil, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén - Aclaración de Voto, *Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura* - Salvamento de Voto.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

SALVEDAD DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE SALCEDO SEGURA

TECNICA DE CASACION: La interpretación errónea de una norma sustancial es concepto autónomo y por tanto se tipifica cuando como consecuencia de la equivocada interpretación se deja de aplicar o se aplica indebidamente

Impugnación de paternidad por parte del hijo. Hogar doméstico y hogar conyugal

Proceso: Ordinario de Manuel Humberto Morales contra sucesores de Carlos Alberto Talero y otros.

Fundamentalmente las razones dadas por la Sala para no casar la sentencia son de carácter procesal, concretamente que no hay lugar al concepto de la interpretación errónea de una norma sustancial cuando el Tribunal ha dejado de aplicar la norma en cuestión.

Se trata concretamente del artículo 3º de la Ley 75 de 1968, que consagró la posibilidad de que el presunto hijo legítimo pudiese incoar en cualquier tiempo la acción de impugnación de su legitimidad, paso previo pero indispensable para la viabilidad de la acción de investigación de su paternidad natural. El Tribunal, entendiendo la norma citada en el sentido de que el hijo no puede deprecar la acción de impugnación de su propia legitimidad sino exclusivamente cuando ha habido abandono de uno cualquiera de sus progenitores del hogar doméstico, es decir, del lugar común que habitaban, estimó que como quiera que la madre del demandante y su presunto padre legítimo compartieron una misma casa en la hacienda "Mochilero" durante la época en que se presume de derecho debió ocurrir la concepción, en modo alguno se estructuraba la causal única de impugnación por parte del hijo. Es decir, como consecuencia del entendimiento que le dio a esa norma dejó de aplicarla y, por tanto, en criterio de la Sala, ha debido acusarse en casación por ese concepto de violación. Es cierto que el juzgador dejó de aplicarla. Pero, ¿por qué? Porque la interpretó erradamente, en concepto del censor. En tal caso, estima el suscrito, el concepto de la violación no puede ser otro que el que acertadamente alegó el casacionista, porque cada uno de los tres de posibles violaciones de ley sustancial, la falta de aplicación, la aplicación indebida y la interpretación errónea, son autónomos, y no se pueden mezclar uno con otro. Ciertamente la Corte ha dicho en reiteradas jurisprudencias que a la violación por interpretación errónea se llega cuando quiera que el juzgador le da un alcance o entendimiento que no corresponde y como consecuencia de ese error hermenéutico la aplica. Ignoro cuál ha sido la causa o motivo para que la Corte haya expresado lo anterior, pues en los distintos fallos en que ha sostenido esa tesis simplemente se limita a expresar que si la norma no se aplicó no hay lugar a la interpretación errónea. ¿Por qué? No lo dice la Corte. En mi opinión cada concepto de violación es autónomo y no se puede hacer un híbrido entre la interpretación errónea y la aplicación indebida, excluyendo el caso de que como consecuencia exclusiva de la errónea interpretación se

deja de aplicar. Por tanto, si el fallador ha intentado una interpretación de la norma que el censor estima equivocada, y exclusivamente como consecuencia de ese razonamiento deja de aplicarla o la aplica obviamente mal como corolario del inadecuado entendimiento, se tipifica el concepto de violación autónomo por interpretación errónea. Pero si fuera dable mezclar la interpretación errónea con los otros dos conceptos, no se ve la razón de que la Corte haga la discriminación para mezclarla únicamente con la indebida aplicación y excluirla en el evento de la falta de aplicación, porque cuando el legislador no distingue no le es dable distinguir al intérprete.

Ciertamente, aunque el Código de Procedimiento Civil se refiere a tres posibles conceptos de violación, la falta de aplicación (antes denominada impropiamente "infracción directa"), la aplicación indebida y la interpretación errónea, bien analizadas las cosas no pueden ser sino dos: que la norma se dejó de aplicar o se aplicó pero mal. Nada más. En el fondo, la interpretación errónea en sí misma no debería ser un concepto autónomo de violación, ya que el proceso de interpretación es anterior y por tanto diferente a la aplicación. Cuando se interpreta una norma simplemente se busca su verdadero entendimiento. Toda norma, aun la más clara que imaginar se pueda, debe interpretarse; es más, cuando se afirma que una norma es clarísima se está interpretando. Pero el hecho de interpretarla, bien o mal, no implica que se viole. La norma se viola cuando el juzgador subsume el hecho dentro del supuesto contemplado en la norma. Entonces, después de interpretada, el Juez la aplica o la inaplica. Si hace lo uno o lo otro como consecuencia exclusiva de su interpretación, pues en el fondo se tipifica una de esas dos causales de casación; sin embargo es allí cuando el censor la puede acusar por errónea interpretación.

A la inaplicación se puede llegar porque: a) El juzgador no conoció la norma; b) A pesar de conocerla, dejó de aplicarla, quizás pensando que "cuando la ley es injusta frente a un caso determinado, el violarla representa el único medio de hacer justicia" (Carnelutti, Derecho Procesal Civil, número 605, literal i); c) En un conflicto de varias leyes en el tiempo dejó de aplicar la que estaba vigente; d) En un conflicto de varias leyes en el espacio, dejó de aplicar la que correspondía al respectivo lugar. Y e) Interpretó erróneamente el precepto y por ende dejó de aplicarlo. Podría pensarse, entonces, que cuando ha habido interpretación equivocada y como corolario se deja de aplicar, exclusivamente se tipifica la falta de aplicación, se está en presencia de una de las variantes de ese concepto de violación. Sobre lo fácil que es confundir los dos conceptos, la falta de aplicación y la interpretación errónea. Calamandrei (citado en su obra por el Magistrado Murcia), dice: "es más doctrinal que práctica; en efecto, también cuando el Juez se engaña acerca del significado de la norma jurídica rectamente elegida por él, los efectos de este error son similares a los que se producirían si el Juez ignorase la existencia de la norma misma..." Sí. Calamandrei tiene razón. Los efectos son similares. Pero, ¿por qué lo dijo? Ah. Es que en Italia, la ley ante cuya vigencia escribió su obra, consagraba 8 causales de casación, de las cuales verdaderamente es *error in judicando*, o sea una pugna entre la sentencia y una norma jurídica, el tercero de ellos, que reza: "La sentencia pronunciada en grado de apelación podrá ser impugnada mediante el recurso de casación: ...3º sí contiene violación o falsa aplicación de la ley". Por manera que ante tan escueto enunciado de la causal, que no tipifica la errónea interpretación, es perfectamente explicable que Calamandrei hubiese expresado el parecido entre la falta de aplicación y la interpretación errónea cuando como consecuencia del equivocado entendimiento se dejó de aplicar. Pero en Colombia, a la luz de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, hay que aceptar que aun cuando la interpretación errónea por sí sola no es violatoria de ley sustancial, cuando la mala interpretación conduce a que no se aplique o se aplique indebidamente la norma debe acusarse por el tercero de los conceptos de violación, sin detenerse a dis-

criminar si la falsa apreciación condujo a malaplicarla o a no aplicarla. Quizás esos dos últimos aspectos puedan y deban examinarse a propósito de la trascendencia de la violación en la parte resolutiva de la sentencia atacada, pero jamás para desestimar un recurso de casación.

* * *

¿Interpretó el Tribunal el inciso del numeral 3º del artículo 3º de la Ley 75 de 1968? Obviamente sí. Para el Tribunal el concepto de "hogar conyugal" es sinónimo de "hogar doméstico", es decir, comunidad de habitación, de casa. Y como quiera que encontró que la madre del demandante y su esposo vivían en una misma casa, consideró que no se estructuraba la causal de impugnación en favor del hijo, o sea el abandono del "hogar conyugal". Hay entonces, lugar a que la Corte estudie y se pronuncie sobre si los dos conceptos son sinónimos o hacen referencia a situaciones fácticas distintas, como acertadamente lo planteó el censor al enfilar la acusación por interpretación errónea, independientemente de si como consecuencia de tal intepretación la aplicó o dejó de aplicarla.

Ahora bien, despejado el punto de técnica de casación, es mi deber tratar de examinar si el Tribunal acertó o se equivocó al interpretar la norma en comento al darle el entendimiento que consignó en la sentencia, como en mi concepto ha debido hacerlo la Corte. A ello dedicaré los siguientes párrafos.

Sea lo primero advertir que desde la más remota antigüedad los distintos ordenamientos jurídicos únicamente le han dado titularidad para la acción de impugnación al marido y presunto padre. La gran mayoría de legislaciones del mundo entero han excluido de la posibilidad de discutir judicialmente la presunción legal de paternidad atribuida al marido, a la madre, al hijo y a los descendientes de éste, ¿por qué? Posiblemente la concepción patriarcal de la familia y el poder preponderante y omnímodo que sobre ella detentaba el *pater familiae,* quien ejercía sobre la mujer y la prole un derecho "dominical", o sea de dominio, sean factores que expliquen, que no justifican, tal solución. Dentro de esa concepción "el hijo es del marido, o pertenece al marido por derecho de accesión: porque le pertenece la madre, le pertenece hijo, no en cuanto 'genitor' sino en cuanto *'dominus'* " ("La presunción de paternidad legítima", Francisco Rivera Hernández, Editorial Tecnos, 1971, pág. 209, al final).

Sin embargo, la doctrina ha estado muy lejos de compartir ese criterio y bajo su sano influjo ciertos países han reconocido titularidad para impugnar la legitimidad a personas diferentes del marido. "Algunas legislaciones, particularmente las germánicas, no han sido insensibles a esos razonamientos. Así, en Austria, y a instancias de la doctrina, fue modificado, el 19 de marzo de 1916, el artículo 159 del Código Civil, concediendo al hijo una acción de impugnación en el caso en que el marido haya muerto o esté en lugar desconocido desde el nacimiento del hijo, pero esa disposición, importante por cuanto reconocía aquel derecho al hijo, duró poco, hasta que tras el 'Anschluss' fue modificada por la Ordenanza de 6 de febrero de 1943, que negaba al hijo ese derecho, aunque se lo concedía al Ministerio Fiscal, además del marido. El B. G. B., en su redacción originaria, seguía el sistema tradicional (y ello, en contra del 'gemeines Recht'); pero la Ley de 12 de abril de 1938 suprimió la acción que por influencia del 'gemeines Recht' se había concedido en la práctica a todo interesado en ciertas circunstancias (muerte del marido, pendiente la acción, o antes del nacimiento del hijo), y la concedía, en cambio, al Ministerio Fiscal. Posteriormente, la Ley 11 de agosto de 1961 suprimió la impugnación del Ministerio Público y la concedió al propio hijo. En Derecho suizo, aunque el Código Civil seguía la dirección tradicional restrictiva, bajo la presión de un notable movimiento doctrinal y de ciertos Tribunales (especialmente de Zurich), el Tribunal Federal, que se había opuesto antes, ha terminado concediendo esa acción al hijo (sentencia de 18 de octubre de 1962 y 23 de noviembre de 1962). En el mis-

mo sentido ciertas legislaciones euroorientales". "También conceden el derecho a impugnar la paternidad presunta del marido a personas diferentes de éste la ley húngara del matrimonio y la familia de 1952 (art. 43: al hijo, y después de su muerte, a sus descendientes y en su defecto al Ministerio Fiscal), y el Código polaco de la Familia, de 1950, reformado en 1953 (arts. 51-52, conceden este derecho a la madre y al hijo" (Obra citada, págs. 414 y 415).

Colombia, afortunadamente, es de los excepcionales países que tienen consagrada la acción de impugnación en favor del hijo, aunque aún no la ha consagrado en favor de la madre.

Unos pueden ser los fundamentos que tenga el padre para impugnar y otros muy diferentes son los del hijo. Respecto de aquél unos basan la presunción de paternidad en la coabitación exclusiva que debe existir entre los casados y la fidelidad que debe guardar especialmente la mujer, otros en el reconocimiento o admisión anticipada por parte del marido de los hijos que nazcan en el matrimonio que ha celebrado: algunos otros en la presunción de veracidad de que están revestidas las partidas del estado civil, referida expresamente a la de nacimiento; quienes invocan la seguridad de la familia, advirtiendo que el más interesado en ella es el marido como jefe del hogar, motivo por el cual a él se otorga la oportunidad de decidir si impugna o se abstiene de hacerlo, actitud esa última con la cual le da firmeza a la paternidad. Cualquiera de las anteriores opiniones que sea la verdadera, o un criterio ecléctico que tome de cada una de ellas un aporte, es lo cierto que ninguna contempla el derecho indiscutible e inalienable del hijo a establecer su verdadera paternidad. El padre puede consolidar una paternidad que sabe ajena, porque, por ejemplo, es infértil, y él lo sabe a ciencia cierta, absteniéndose de impugnar, puede hacerlo por un afán de satisfacer el natural deseo de perpetuarse con descendencia, o para evitar el escándalo que se suscitaría ante la prueba del evidente adulterio de su mujer; ese es su criterio. Respetable, desde luego. Pero ¿por qué se obliga al hijo a aceptar como padre a un hombre evidentemente infértil, quizás un eunuco? Bien hizo, entonces, el legislador colombiano en acoger la tendencia doctrinaria universal de ampliar la titularidad de la acción de impugnación.

La acción de impugnación del padre tiene lugar en tres situaciones diferentes, a saber: a) "... si prueba que durante todo el tiempo que, según el artículo 92, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer" (art. 214); b) "... cuando el nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que la mujer abandonó definitivamente el hogar conyugal..." (art. 6º de la Ley 95 de 1980), y c) "... probado el adulterio (cometido durante la época en que pudo verificarse la concepción) se le admitirá (al marido) la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre" (art. 215).

Conocidas esas normas, ¿en qué sistema puede catalogarse el legal colombiano? A primera vista parecería que encaja en uno rígido o cerrado, según el cual se descarta la libertad probatoria y se concretan por el legislador los hechos que dan lugar a la impugnación. Pero mejor examinado el punto, ¿acaso siempre que el marido impugne no está afirmando explícita o implícitamente que su mujer le fue infiel, es decir que fue adúltera? En la historia de la humanidad solamente un marido habría podido impugnar la paternidad putativa prósperamente sin imputarle adulterio a su mujer, y es el caso de San José, esposo de María y padre putativo de Jesús. De resto, impugnación próspera necesariamente supone adulterio, sin excepción alguna. Y si ello es así, como en efecto lo es, sin que nadie pueda ser osado en contradecirlo, el marido siempre podrá colocarse en la hipótesis contemplada en el artículo 215 del Código Civil, es decir "se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre". Entre tales se pueden citar los examenes sanguíneos, los heredo-biológicos, los de tipo racial y otros. Estamos, pues, por obra

del artículo 215, dentro de un sistema amplísimo o abierto, con la mayor libertad probatoria posible.

Eso es respecto del marido. Pero si éste ignora el adulterio o conociéndolo lo tolera, y se echa la carga de levantar un hijo ajeno, sus razones tendrá. En "las secretas galerías del alma" hay espacio para todos los sentimientos. Casos hay en que un hombre infértil siente alegría con el embarazo de su esposa que le va a deparar legalmente el hijo que le negó la naturaleza; y otros en que el terror de exhibir ante los jueces su adornada frente los inhibe de la oportuna impugnación. Los intereses paternales para impugnar o dejar de hacerlo son unos. Pero ¿serán los mismos del hijo? En modo alguno. Pueden ser antitéticos o simplemente diferentes.

Si, como vimos, en últimas el Código Civil le reconoce al marido la más amplia posibilidad probatoria, al hijo se la restringe. En efecto, el inciso del numeral 3º del artículo 3º de la Ley 75 de 1968 establece que "el hijo podrá reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal". Desde luego la interpretación que le de el Juez a la locución "hogar conyugal" hará tanto más o menos extensa esa restricción.

¿Será lo mismo "hogar doméstico" que "hogar conyugal"? Ese es el tema central que nos ocupa. Para el Tribunal, en la sentencia acusada, los dos términos son sinónimos. Empero, necesario es puntualizar que ello no es así. La expresión "hogar doméstico" está empleada en el Código en el artículo 79, para indicar que quien lo tenga está domiciliado en el municipio en que funcione. Esa connotación que el "hogar doméstico" le deduce la norma citada es correcta, —porque en el fondo— "doméstico" viene de *"domus"*, casa. De suerte que hogar doméstico es en el fondo comunidad de vivienda. Tendrá, pues, hogar doméstico el padre viudo que vive en una misma casa con sus hijos, los hermanos que comparten vivienda. Pero "hogar conyugal" es algo distinto, algo más que la vivienda en una misma casa. Para que se configure el "hogar conyugal" se requiere que convivan en "hogar doméstico" un hombre y una mujer, ligados entre sí por el vínculo matrimonial, y que en desarrollo de esa institución cohabiten, es decir, tengan trato sexual. No tienen, por tanto, "hogar conyugal" esos esposos que por apariencia viven en una misma casa, totalmente aislados el uno del otro, llevando cada cual por su lado su "soledad de dos en compañía". Marido y mujer pueden tener, pues "hogar doméstico", porque viven juntos, pero ello no implica que exista "hogar conyugal". Con el debido respeto, puedo citar como ejemplo el que nos brinda la historia sagrada. La Sagrada Familia es el caso típico de un matrimonio que tiene un hogar doméstico, ejemplo de hogares. Sin embargo, la no existencia de un hogar conyugal es uno de los pilares sobre los cuales se ha edificado la religión católica.

Si como quedó anteriormente puntualizado, el Código le otorga plena libertad probatoria al marido de la mujer casada que ha alumbrado un hijo para impugnar la paternidad presunta, y se la restringe al hijo, es necesario concluir que el legislador no fue ecuánime al reglamentar las dos acciones de impugnación. Entonces, el Juez al interpretar el concepto de "hogar conyugal" no puede, no debe, hacer más difícil la situación del hijo haciendo una interpretación restrictiva de esa locución. Por el contrario, si se entiende como lo pregono, que hay que referirla al concepto de cohabitación, de trato material entre marido y mujer, y no solamente el trato sexual sino más concretamente el que pudo haber originado la concepción y subsiguiente paternidad, es decir, una cohabitación causal, se le estará colocando al hijo cada vez más en un pie de igualdad con el padre para indagar su verdadero origen.

En el caso de autos se contempla una situación de hecho según la cual el marido y mujer vivían en la misma casa, la que el patrono de aquél les suministró en desarrollo de un contrato de trabajo en una

hacienda; que el patrono entabló relaciones amorosas con ésta; que a raíz de ese hecho marido y mujer continuaron manteniendo un hogar doméstico (vivienda común) pero no un hogar conyugal, pues el demandante afirma que no volvieron a tener jamás relaciones sexuales. Entonces, independientemente de cómo haya probado esos hechos, es lo cierto que con la interpretación que al inciso del numeral 3º del artículo 3º de la Ley 75 de 1968 le dio el Tribunal en el fallo acusado, según el cual no había lugar a la impugnación porque marido y mujer mantuvieron un mismo domicilio, le mermó enormemente al hijo la posibilidad de indagar quien es su verdadero padre. En cambio, con la interpretación que prohijo en esta salvedad, de "hogar doméstico" entendido como comunidad de casa, y "hogar conyugal", entendido como cohabitación causal, como relación marital entre marido y mujer, se le abriría al hijo la posibilidad de rastrear en su historia para ver de establecer quién es su verdadero padre. Estimo que no puede haber derecho más sagrado que ese. Considero que la legislación debe consagrarlo con la mayor amplitud. Es más, que se debe establecer la posibilidad de la impugnación a la madre. Los tres, el padre, la madre y el hijo tienen que estar en un plano de igualdad en cuanto a posibilidades de impugnar la presunta legitimidad que surge del matrimonio. La interpretación que dio el Tribunal ciertamente aleja la realidad de ese ideal. En cambio la que a mi entender acertadamente propuso el casacionista y que comparto, reivindica para el hijo parte de su derecho a indagar sobre sus auténticos ascendientes, no los meramente putativos o presuntos.

Por todo lo anterior estimo que desde el punto de vista de la técnica de casación el recurso fue bien formulado. Y en cuanto al punto sustancial que el recurente planteó era de recibo. Independiente, claro está, de las conclusiones a que la Corte hubiese podido llegar al examinar las pruebas con que el demandante procuró probar los supuestos de hecho que le sirvieron como causa para pedir.

Bogotá, abril 2 de 1984.

Jorge Salcedo Segura.

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR HUMBERTO MURCIA BALLEN

1. Comparto, tanto la motivación como la resolución de la sentencia que antecede y por tal razón di mi voto favorable a sus disposiciones. Mas, como en su salvedad de voto uno de los magistrados estima que sí es dable, desde el punto de vista de la técnica de casación, denunciar "interpretación errónea de una norma sustancial cuando el Tribunal ha dejado de aplicarla", aserto del que frontalmente discrepo, creo necesario hacer esta aclaración, tanto más cuando la sentencia apenas se limita a expresar, sin fundamentación, el postulado contrario al del salvamento de voto.

2. La legislación civil positiva en Colombia siempre ha establecido, relativamente a la causal primera de casación, que la trasgresión de una norma de derecho sustancial puede ser por omisión o por comisión: ocurre lo primero cuando el Juez pretermite su aplicación a los casos que la requieren y reclaman; y sucede lo segundo cuando la aplica a supuestos que tal ley no contempla, o cuando, siendo la pertinente, la hacen actuar en la controversia pero atribuyéndole un sentido que ese precepto no tiene.

O sea, que el quebranto por omisión de la norma de derecho sustancial sólo se da por inaplicación de ella; a lo que otrora equivalía la *infracción directa*; y la violación por comisión ocurre cuando hay aplicación indebida, o interpretación errónea del precepto.

El artículo 520, ordinal 1º, de la Ley 105 de 1931, o sea el Código Judicial derogado, decía en efecto que la causal primera de casación consistía en "ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea". El Decreto 528 de 9 de marzo de 1964, mediante el ordinal 1º de su artículo 52, instituyó dicho motivo de casación con los siguientes términos: "Ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea". Y el Código de Procedimiento Civil hoy vigente, dice que la causal primera de casación consiste en "ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial, por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea".

3. En congruencia con la legislación positiva, doctrinas y jurisprudencias patrias han sostenido al unísono y tradicionalmente, como que tal es lo que corresponde a los claros mandatos de la ley al punto, que una norma de derechos sustancial puede resultar trasgredida por uno cualquiera de los siguientes tres conceptos: falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea. Y muy a pesar de que en el Código de Procedimiento Civil de 1970 se plasmó la expresión "falta de aplicación", a cambio de "infracción directa", que empleaba el anterior, esas doctrinas y jurisprudencia no han cambiado ni pueden variarse, no sólo porque corresponden al sentido exacto de esos mandatos legales, sino también, y fundamentalmente, porque no se ve, fuera de las tres indicadas, otra forma de trasgredir las normas jurídicas.

E invariablemente ha sostenido la doctrina de la Corte que se viola la ley sustancial por falta de aplicación cuando no se hace obrar el precepto pertinente en el caso controvertido, debiendo haberse aplicado en el fallo; por aplicación indebida, cuando entendida rectamente la norma se la aplica sin ser pertinente al asunto que es materia de la decisión; y por interpretación errónea, cuando, siendo la corres-

pondiente, se la entendió sin embargo equivocadamente y así se la aplicó.

4. Si el Juez tiene el deber señero de indagar cuál es el pensamiento latente en la norma jurídica, como medio único de aplicarla en su sentido y alcance estrictos, tiene que interpretarla sin desviaciones o errores: cuando en éstos incurre y con tales vicios la aplica, cae en infracción por interpretación errónea, pues la hace actuar en la controversia atribuyéndole una inteligencia que no le corresponde.

De lo cual se sigue, tiene que seguirse por imperativo de la lógica, que la interpretación errónea de una norma de derecho sustancial presupone que, independientemente de toda cuestión fáctica, se aplique dicho precepto al caso litigado. Por ello ha dicho la Corte que "interpretar erróneamente un precepto legal es, en casación, aplicarlo al caso litigado por ser el pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde. De consiguiente, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea, excluye la falta de aplicación de la misma; y excluye igualmente la aplicación indebida, porque en el caso del yerro hermenéutico se aplica la disposición legal que corresponde, pero con una inteligencia que no puede dársele, en tanto que en la aplicación indebida se emplea el precepto que no corresponde al caso litigado" (G. J., CXLIII, 168).

5. La inaplicación de una norma de derecho sustancial en una sentencia, o sea su violación por omisión, puede encontrar su causa en una de las tres circunstancias siguientes: a) porque el juzgador ignora totalmente la existencia de ese precepto; b) porque partiendo de su conocimiento, no la aplica sin embargo por no encontrar relación de semejanza entre el hecho específico y el hipotetizado por la norma legal; y c) porque partiendo de su existencia en el mundo jurídico, le desconoce validez en el tiempo o en el espacio. En estos dos últimos supuestos, como es apenas obvio pensarlo, el Juez puede equivocadamente creer que la norma que él analiza no es aplicable al caso que estudia; entonces surge la falta de aplicación de la norma al supuesto en que debería aplicarse, y no la interpretación errónea, pues ésta, en ese supuesto, no ha trascendido a la parte resolutiva del fallo porque no se aplicó en él.

Pero como es lo cierto que en cualquiera de tales tres hipótesis el Juez no hace actuar la norma jurídica en el caso litigado, el quebranto de ella, en caso de existir, lo será necesariamente por falta de aplicación y no por interpretación errónea. De ahí que, como ya lo ha dicho la Corte, "es verdad que el juzgador, al desatar el conflicto de intereses que se le ha presentado para su composición, puede dejar de aplicar la norma pertinente de derecho sustancial o aplicar la impertinente por haberla interpretado equivocadamente. Pero, así en la primera como en la segunda de estas dos hipótesis, el verdadero concepto de violación, dentro de la técnica del recurso extraordinario, no es la interpretación errónea, sino la inaplicación o la aplicación indebida, respectivamente" (G. J., CXLIII, 168).

En verdad que resulta inaceptable la tesis que propugna el salvamento de voto al sostener, en términos generales, que cuando la norma no se hace actuar en el fallo porque el Juez yerra al determinar su signficado, el concepto que realmente corresponde es el de la interpretación errónea, la que de contragolpe conduce a la inaplicación del precepto, pues ello es tanto como sostener que dichos dos conceptos, la inaplicación y la interpretación errónea, se reducen en últimas a uno solo: el segundo. Y este criterio es ostensiblemente inadmisible en la técnica de la casación, sencillamente porque choca bruscamente con las normas legales regulativas del recurso extraordinario, las cuales han consagrado siempre la falta de aplicación y la interpretación errónea como dos conceptos diferentes de quebrantar la norma jurídica sustancial. Como son diferentes también, según esa misma ley, la interpretación errónea y la aplicación indebida, así esta última encuentre su causa directa en la creencia equivocada del Juez de que el precepto sí era aplicable sin serlo.

Fecha *ut supra*.

Humberto Murcia Ballén.

FUERZA Y VIOLENCIA. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

La coacción moral es una especie de violencia, así como el estado de necesidad. Excepcionalmente el ejercicio abusivo del derecho puede llegar a constituir violencia. El contrato así celebrado queda afectado de nulidad relativa. Al juzgador corresponde evaluar en cada caso concreto si se dan o no los presupuestos que la ley contempla para que la fuerza vicie el acto

DEMANDA. Interpretación

Tiene por objeto darle a la demanda en su conjunto el sentido y el alcance que se desprenden de sus términos y no desconocer o variar abiertamente sus factores esenciales

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., mayo tres de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Le corresponde a la Corte decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 26 de julio de 1982, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el proceso ordinario adelantado por Eduardo Suan Gutiérrez contra Salomón González.

Antecedentes

I. Ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Villavicencio, solicitó el mencionado demandante que con audiencia del referido demandado, se hiciesen las declaraciones y condenas siguientes:

a) Que es nulo, *de nulidad absoluta, el contrato de arrendamiento* suscrito el 23 de mayo de 1980 entre Salomón González y Eduardo Suan Gutiérrez;

b) Que como consecuencia de la súplica precedente, se declare que Eduardo Suan Gutiérrez es arrendatario de Salomón Gutiérrez "en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de arrendamiento suscrito entre Elías López Obando y Eduardo Suan Gutiérrez, calendado el quince de junio de mil novecientos setenta y siete y referente al mismo inmueble;

c) Que se condene al demandado al pago de los perjuicios ocasionados y a las costas del proceso.

II. Como hechos de la causa *petendi*, refiere el demandante los que a continuación se compendian:

a) El 15 de junio de 1977, según documento privado, se celebró entre Eduardo Suan Gutiérrez y Elías López Obando contrato de arrendamiento respecto del bien raíz distinguido con el número 46-17 de la ciudad de Villavicencio, ubicado en la vía que conduce a Bogotá, pactándose como precio la suma de $ 10.000.oo mensuales;

b) Al demandante arrendatario, pese a que dio cabal cumplimiento con las obligaciones de su cargo, el arrendador, median-

te comunicación de 8 de mayo de 1979 le solicitó la entrega del inmueble sobre el aserto de que lo había vendido y debía entregarlo al comprador, "completamente desocupado", lo que dio origen, por tratarse de un establecimiento comercial, a que el arrendatario depositara el valor mensual de la renta en el Banco Popular, a favor de Elías López Obando;

c) A raíz de lo anterior, el comprador Salomón González inició proceso de "entrega de la cosa por el tradente al adquirente", el cual culminó con sentencia favorable y "sin ser oído Suan Gutiérrez, resultó vencido por maniobras inescrupulosas y fraudulentas";

d) El Inspector Tercero de Policía de Villavicencio, actuando como funcionario comisionado, llevó a cabo la diligencia de entrega el 22 de mayo de 1980, con desconocimiento del derecho que como arrendatario tenía Eduardo Suan Gutiérrez, a pesar de éste haber exhibido "el contrato de arrendamiento que tenía con Elías López Obando";

e) La entrega del bien "se llevó a efecto desocupándose la totalidad del inmueble y dejándose a la intemperie los bienes muebles y enseres" que constituían la única fuente de ingresos del lanzado;

f) "Estando todos sus bienes y enseres por fuera del establecimiento y ante el hecho real del desamparo absoluto en que quedaba junto con su familia, se vio obligado por fuerza de las mismas circunstancias a contratar con el demandado, quien le exigió la suma de veinticinco mil pesos como canon mensual de arrendamiento para poder de nuevo ocupar él el inmueble";

g) Retirada la fuerza pública que intervino en el lanzamiento y obstaculizada la entrada al inmueble, el demandado en este proceso, Salomón González, "condicionó la entrega del local" al arrendatario expulsado al momento en que se suscribiera "nuevo contrato de arrendamiento. Por lo avanzado de la hora ese mismo día, veintidós de mayo, no se terminó de elaborar el contrato ni se establecieron las demás condiciones", viéndose compelido el demandante Eduardo Suan Gutiérrez a "padecer esa noche las inclemencias del tiempo y observar como sus bienes se deterioraban por los efectos de la torrencial lluvia que cayó". Al día siguiente se firmó el contrato y el arrendatario tuvo que pagar, como precio, la suma de $ 25.000.oo mensuales";

h) Ocurrido lo anterior, el arrendador demandado retiró los obstáculos y permitió al arrendatario ocupar de nuevo el local.

III. Adelantado el litigio, con oposición del demandado, la primera instancia terminó con sentencia de 20 de mayo de 1981, complementada por providencia de 16 de septiembre del mismo año, mediante la cual se despacharon favorablemente las súplicas de la demanda, decisión contra la cual el demandado interpuso el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado de jurisdicción con fallo de 26 de julio de 1982, 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 acusada

Fueron consideraciones fundamentales del fallo atacado, las siguientes:

a) Que "si se tiene en cuenta que el conjunto de declaraciones arrimadas a los autos, si bien no son coincidentes en todos sus detalles, sí convergen, absolutamente todas, a establecer que los muebles con que tenía ocupado el establecimiento de comercio denominado 'La Puerta del Llano' fueron sacados a la vía pública; que el demandante Suan Gutiérrez se hizo presente al lugar en el momento del desalojo, argumentando estarle pagando arrendamiento a Elías Enoc López Obando, sin que su reclamación hubiese sido escuchada. Que el único medio de subsistencia del demandante era precisamente el establecimiento cuyos enseres fueron puestos en la calle. Que los citados bienes permanecieron a la intemperie hasta el día siguiente de la diligencia de entrega, una vez firmado el contrato con el demandado, y final-

mente, que la suma exigida por González a Suan para darle nuevamente en arrendamiento el local fue de $ 25.000.oo, estando demostrado que para la época en que se efectuó el nuevo pacto, el canon estaba fijado en $ 10.000.oo;

b) "Es indudable, que Suan Gutiérrez al apreciar su único medio de subsistencia, como lo afirman los declarantes, tirado en la vía pública, sin tener lugar adecuado para trasladarlos en forma inmediata, experimentó un fundado y justo temor de verse expuesto a quedar sin subsistencia para sí y para su familia, lo que constituye *per se* un mal irreparable y grave, si se tiene en cuenta además que la consecución de un local para establecimientos de tal naturaleza no es muy fácil, y en tales circunstancias, celebró el negocio por temor, con el fin de salvar su patrimonio sin que hubiese existido espontaneidad en su declaración, sino llevado por la apremiante necesidad de acceder a las peticiones del nuevo propietario.

"Cualquier persona colocada en las circunstancias en que estuvo Suan Gutiérrez, hubiese actuado de la misma forma, dado que el mal que se avecinaba era de mayor trascendencia y gravedad que el de aceptar un pacto desventajoso, máxime cuando el negocio instalado constituía su única fuente de ingresos. Tenía conciencia de estar cumpliendo su obligación principal de pagar los cánones de arrendamiento y fue tomado por sorpresa al practicarse la diligencia de lanzamiento de sus haberes, sin tener el menor conocimiento de que ella habría de efectuarse por no haber tenido intervención en dicho proceso de entrega. Este cúmulo de circunstancias, indudablemente afectaron de tal modo a Suan Gutiérrez, que cuando realizó su actividad negocial con González se hallaba intimidado, no sólo por la presencia de un representante de la autoridad y la fuerza pública, sino por la fuerte impresión que causa el desalojo de sus propios bienes a la calle, no estando a su alcance obrar de otro modo que aceptar el nuevo canon, pues de lo contrario estaba expuesto a un mal irreparable y grave";

c) Que "la evidencia de las anteriores afirmaciones no se hace esperar, si se tiene en cuenta que los muebles y enseres del negocio permanecieron desprotegidos de los fenómenos de la naturaleza (sol, lluvia, sereno, etc.), y en la calle hasta el día siguiente, cuando luego de aceptadas las condiciones impuestas —elevar el canon de $ 10.000.oo a $ 25.000.oo— Salomón González permitió la entrada de los bienes, quitando las cadenas y candados con que había asegurado el inmueble";

d) Que según la doctrina, "la fuerza vicia la voluntad por el temor que produce en la víctima y la inhibición en que la coloca, cuando es grave, e injusta, y proviene de cualquier persona, benefíciese o no de su delito.

"Sin embargo, en la vida de relación se observan casos en que un negocio se celebra por temor, estando intimidado su autor, sin que la amenaza provenga de otra persona, sino de un grupo social, de sucesos de la naturaleza, de circunstancias especiales del individuo. Entonces tampoco hay espontaneidad en la declaración; allí el sujeto fue determinado por insuperable coacción extraña y su situación es tan protegible como la del presionado por un hombre".

La impugnación

Dentro de la órbita de la causal primera, cuatro cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los cuales serán estudiados en el orden propuesto.

Cargo primero

Lo hace consistir en quebranto indirecto de los artículos 1502, 1513, 1514, 1602, 1740, 1741, 1743, 1613, 1614, 2341, 1494, 1979, 1974, 1975, 1977, 1978 del Código Civil; 307 y 431 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida, a causa de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

Comienza la censura por resumir y extractar algunos pasajes del fallo impugnado, luego de lo cual y con cita de una

doctrina de la Corte dice que ésta, con fundamento en los artículos 1513 y 1514 del Código Civil, ha considerado que tratándose de la fuerza, el vicio de la voluntad se produce por el resultado sobre la víctima, esto es el estado sicológico de atemorización decisiva proveniente de cualesquiera fenómenos humanos, reflejada en la falta de espontaneidad de la conducta, deducida de la ruindad del trato, "lo que ha venido a hermanar los negocios arrancados a la fuerza con los que se celebran en estado de necesidad o de peligro", o sea, se procura sancionar el aprovechamiento indebido derivado de dicho estado, como cuando un inmueble que vale tres millones de pesos se compra por dos millones, explotando el comprador el estado de necesidad en que se encuentra el vendedor. Empero, no se da el aprovechamiento, ni por ende la violencia si se compra por tres o más millones, como tampoco se da cuando el precio justo del arrendamiento de un local es de veinticinco mil pesos y se celebra por esa suma o por menos.

Enseguida el recurrente le achaca al Tribunal los siguientes yerros fácticos: a) no ver el Tribunal que la desocupación del inmueble practicada por el funcionario comisionado, obedeció exclusivamente a culpa de Eduardo Suan Gutiérrez por no haber presentado en el momento de la diligencia la prueba de su calidad de arrendatario, exigida por el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil; b) erró de hecho el Tribunal al afirmar que el mencionado Suan hizo reclamación en el momento del desalojo alegando su condición de arrendatario, pues de las actas de la diligencia de entrega e inspección judicial, no aparece que hubiera ocurrido tal acontecimiento; c) es, así mismo contraevidente la aseveración del *ad quem* de que cuando se celebró el contrato de arrendamiento entre Eduardo Suan y Salomón González, el primero se hallaba intimidado por la presencia de la autoridad y de la fuerza pública, como quiera que el documento contentivo del referido negocio se elaboró y firmó al día siguiente, sin intervención de ningún funcionario ni de la fuerza pública; d) tampoco vio el Tribunal que del acta de inspección judicial practicada al proceso de lanzamiento de González contra Suan Gutiérrez aparece que éste no pagó el primer mes de arrendamiento, pues de lo contrario habría concluido que el establecimiento "La Puerta del Llano" no era el único medio de subsistencia de Suan; e) no se dio cuenta el sentenciador de segundo grado de que en el proceso no existe prueba de que el precio del contrato de arrendamiento celebrado entre demandante y demandado fuera exagerado, ni se dio cuenta de que dicho monto, dada la desvalorización de la moneda equivalía al de diez mil pesos de tres años atrás; f) finalmente no se dio cuenta de que el contrato de arrendamiento celebrado entre Suan y González terminó por mora en el pago del canon.

Cargo segundo

Por éste denuncia quebranto directo de los artículos 1740 y 1741 incisos 1º y 2º del Código Civil, por aplicación indebida; 1502, 1513, 1514 inciso final y 1746 del Código Civil, por falta de aplicación.

En el desenvolvimiento del cargo, el recurrente sostiene que sobre la base de que el contrato de arrendamiento se celebró sin que hubiera existido espontaneidad en sus declaraciones, la nulidad sería relativa y no absoluta, como lo decidió el juzgado y lo confirmó el Tribunal.

Más adelante expresa la censura que el *ad quem* quebrantó, por inaplicación el artículo 1746 del Código Civil, porque de haberlo hecho actuar, el Tribunal habría ordenado al demandante restituir al demandado el inmueble recibido en arrendamiento. Por consiguiente, al quebrarse el fallo, en instancia se debe declarar que el contrato de arrendamiento celebrado entre los litigantes es relativamente nulo y, como tal el actor debe restituir al opositor el bien raíz que aquél recibió en arrendamiento.

Cargo tercero

Acusa la sentencia del Tribunal de quebranto de los artículos 1494, 1973, 1974, 1976, 1977, 1978 del Código Civil y 431,

inciso final del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida a consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

En síntesis el recurrente expresa que el fallo del *ad quem* en cuanto confirmó la declaración que hizo el *a quo* de que Eduardo Suan es arrendatario de Salomón González en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de 15 de junio de 1977, celebrado entre el primero y López Obando, incurrió en los evidentes yerros fácticos siguientes: a) no se dio cuenta de que la súplica segunda de la demanda no es consecuencia obligada de la primera, pues del hecho de que el contrato de arrendamiento celebrado entre González y Suan sea nulo, no se sigue que sus relaciones se sigan rigiendo por el contrato precedente acordado entre Suan y López Obando. Por tanto, interpretó equivocadamente la demanda en el punto; b) no vio que en el acta de la diligencia de entrega se dice que Eduardo Suan Gutiérrez manifestó que el arriendo del local lo pagaba a Elías López Obando, pero no formuló oposición, ni tampoco presentó documento alguno, por lo que el funcionario comisionado no podía dar cumplimiento al artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, ni puede en este proceso hacerlo valer. Luego el Tribunal al reconocérselo, a causa de los errores fácticos señalados, quebrantó los preceptos sustanciales enunciados al comienzo del cargo.

Se considera

1. *En los negocios jurídicos puede acontecer que éstos se celebren teniendo como postulado esencial y rector la libertad de contratación o, por el contrario, que tengan por venero la fuerza o la violencia, o sea, con desmedro de aquel principio.*

En la última hipótesis, se duele la doctrina y la jurisprudencia, que el derecho positivo no haya sido lo suficientemente exhaustivo y claro al no comprender todas aquellas circunstancias en que la persona, en la expresión de su consentimiento, se vea limitada o constreñida no sólo por la conducta del otro contratante o de terceras personas, sino aún por hechos de la naturaleza.

2. *Ante estas circunstancias, en la doctrina foránea, especialmente en la francesa, empezó a abrirse paso el criterio consistente en que la fuerza o violencia tiene la entidad de viciar el consentimiento no sólo cuando el contratante vio eliminada o menguada su libertad por la violencia de otros seres humanos, sino también cuando se aprovecha a la víctima del estado de necesidad en que ha sido colocada por fuerzas extrañas o de la naturaleza.*

La aceptación en el país de la doctrina precedente comenzó en el año de 1962, cuando la Corte en fallo de 17 de octubre de ese año, afirmó:

"1. A la autonomía de la voluntad como base de la contratación repugna el consentimiento determinado por la violencia. Es porque así el contrato se quiere, no por obra de la voluntad espontánea y libre, sino para evitar el mal que se teme, y a impulsos del miedo. Nada más en desacuerdo con la libertad contractual, con el orden y sosiego de las gentes, y con los cimientos mismos del régimen jurídico.

"2. Toda la teoría de la coacción moral como vicio del consentimiento se encamina a suprimir los efectos del negocio ajustado bajo el peso de situaciones de hecho limitativas en tal grado de la autonomía de quien se obliga, que de otra manera no habría contratado, habida consideración de sus circunstancias personales y del medio en que actúa, aunque la violencia y su intensidad no dependan del otro contratante sino de extrañas personas, y aun en trances conflictivos dependientes nada más que de las fuerzas de la naturaleza. El examen conduce a precisar si la víctima vio su libertad suprimida o gravemente menguada como consecuencia del temor originado en la amenaza o cualquier género de coacción lesiva de su esfera jurídica y moral, en su propia persona, en su hogar, en el campo de sus mejores afectos, o en sus bienes por el aspecto simplemente patrimonial o económico. Es cuestión de equidad que concretamente debe apreciarse por el Juez en ejercicio de los

poderes discrecionales que le incumben, sin exceder los límites generales señalados por las normas sustantivas.

"3. Estas son claras en el ordenamiento civil. Una persona no se obliga a otra por acto o declaración de voluntad cuando su consentimiento adolece de vicio (2º, 1502); vicio del consentimiento constituye la fuerza si 'es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo o condición'; 'se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave' (1513); y 'en caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad se haga en la celebración de un acto o contrato que se traduzca en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiera celebrado'. En estos términos fue 'aclarado el sentido y alcance del artículo 1513 del Código Civil, en cuanto al consentimiento viciado por un estado de violencia generalizada' (1º, Ley 201 de 1959).

"4. El texto interpretativo de 1959 no ha hecho otra cosa que revelar el contenido doctrinal, científico y profundamente humano, por lo equitativo, en que desde 1873 el Código Civil viene inspirado de las mejores fuentes. Siempre ha sido así desde cuando empezó a regir. Pero la coyuntura de violencia generalizada en algunas regiones del país ha sido conducente a que el legislador, además de dar énfasis al vicio del consentimiento originado en fuerza ajena a la voluntad de los contratantes, venga a encontrar su demostración ante la justicia por la inferencia fundada en desventaja económica tan significativa para alguna de las partes, que hagan entender que el negocio no se habría celebrado 'en circunstancias de libertad jurídica'.

"No es ciertamente la teoría de la lesión de ultra mitad, que tiene su propio régimen. Son las condiciones desfavorables del negocio como prueba de estar viciado el consentimiento por la violencia dentro de perturbación del orden público que funda el estado de sitio por conmoción interior. Es la juridicidad que reivindica su imperio civilizador frente a la fuerza que retrograda a estados antisociales" (G. J. t. C, págs. 136 y 137).

El anterior criterio se reitera en fallo de 15 de abril de 1969, en donde dijo la Corte lo siguiente:

"En presencia de situaciones inequitativas, expresamente ubicadas y sancionadas en el campo de la lesión por las legislaciones últimamente mencionadas, pero insolubles dentro de la deficiente organización de dicho vicio y tampoco adaptables estrictamente a la concepción clásica de la fuerza o violencia, los Tribunales franceses se vieron en la necesidad de modificar esta última, extendiendo su radio de acción a los casos de aprovechamiento de la intimidación de uno de los agentes, aunque ella no proviniese de la actuación violenta de la contraparte beneficiada con la celebración del contrato, o de un tercero, sino también de hechos de la naturaleza indebidamente utilizados para el logro de una contraprestación manifiestamente desproporcionada. El ejemplo clásico en esta nueva doctrina jurisprudencial es el del contrato de salvamento marítimo, cuando el capitán de la nave en peligro ha sido forzado por la otra parte a reconocerle una recompensa excesiva en relación con el servicio prestado, mas no cuando dicho contrato se ha celebrado en condiciones equitativas. Tiénese, pues, que esta variante de la fuerza o violencia, considerada como vicio del consentimiento y denominada 'del estado de necesidad' o también 'de la fuerza de la naturaleza', se caracteriza: porque deja de atender, aun menos que dentro de la concepción clásica, al origen de la fuerza, o sea a si ésta proviene del acto de una de las partes, o de un tercero, o de hechos meramente naturales en que no interviene la voluntad humana, sino que mira directamente al verdadero vicio del consentimiento, cual es la intimidación de la víctima; y porque introduce una nueva aplicación

en lo que toca con el requisito tradicionalmente exigido de que la fuerza sea injusta, en el sentido de considerar como tal, no ya sólo las actuaciones humanas violentas y, por ende, condenables dentro del ordenamiento jurídico, sino también el aprovechamiento del temor o estado de necesidad de la víctima, cualquiera que sea su causa, para el logro de ventajas económicas excesivas, aunque éstas no alcancen al límite a partir del cual se configura la lesión enorme" (G. J., t. CXXX, pág. 29).

3. *Aclarado lo anterior, se tiene que para que una persona se obligue para con otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario, entre otros requisitos, que consciente en dicho acto o contrato y su consentimiento no adolezca de vicios (art. 1502 del C. C.), entre los cuales se cuenta la fuerza, cuando ésta "es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo o condición" (art. 1513 del C. C.).*

Por consiguiente, cuando el consentimiento es determinado por la coacción moral, que es una especie de violencia, o sea, cuando la víctima se ve compelida a celebrar el acto para evitar el mal que se le está ocasionando o con el que se le amenaza, menguándole en tal forma su libertad, el negocio jurídico así celebrado se encuentra afectado de nulidad relativa y no absoluta como desacertadamente la calificó el Tribunal al confirmar sin reproche en el punto la decisión del a quo.

4. *Ahora bien, la fuerza o violencia puede tener un designio económico, como acontece cuando se constriñe al deudor a pagar intereses usurarios, o a dar una cosa de valor mucho mayor que el crédito, o a lograr la celebración de otro contrato más desventajoso para la víctima, etc. Y, algo más, excepcionalmente el ejercicio abusivo del derecho puede llegar a constituir violencia que afecte el consentimiento, como lo tiene sentado la doctrina de la Corte al afirmar que "el que la violencia para que exista debe ante todo ser injusta, no significa que con ausencia total de derecho se haya determinado a la víctima a consentir ni que precisamente medie culpa en el intimidado, sino que es suficiente, aun cuando se amenace para obtener una cosa permitida en sí, que el influjo o inflexión de la voluntad de violentar sobre el intimidado por la amenaza sea ilícito. De ahí que la violencia se pueda producir también mediante el ejercicio abusivo de un derecho" (Cas. Civ. de 5 de octubre de 1939, XLVIII, 720). En igual sentido se ha pronunciado la doctrina francesa al sostener que "el empleo de una vía legal, regular en apariencia, puede constituir una maniobra injusta, ejercida sin otro motivo que el deseo de obtener una ventaja ilegal; la nulidad entonces debe ser pronunciada" (Tratado de Derecho Civil. Ripert y Boulanger, t. IV, pág. 141).*

5. *La prueba de la violencia moral, como vicio del consentimiento, se concreta e verificar si la víctima vio suprimida o menguada su libertad a consecuencia del temor originado en la amenaza y, por tratarse de una cuestión de hecho le corresponde a los juzgadores de instancia determinar, dentro de sus poderes discrecionales, si con fundamento en los elementos de convicción se da en cada caso concreto los presupuestos necesarios que la ley contempla para que la fuerza vicie el consentimiento.*

6. En la especie de esta litis, el cargo primero no se abre paso, por lo siguiente:

a) El Tribunal, como claramente se desprende de la transcripción que se hizo del fallo, para sacar la conclusión de que el contrato de arrendamiento impugnado era nulo, por estar viciado el consentimiento por fuerza o violencia, fundamentalmente se apoyó en la prueba testimonial, que la censura no combate en el cargo, o sea, que al quedar incólume ese soporte de la sentencia, con él se sostiene.

b) Por otra parte, la prueba testimonial no atacada, pone de manifiesto que el contrato de arrendamiento celebrado entre Eduardo Suan Gutiérrez y Salomón González se encuentra afectado de nulidad, por haber actuado el primero a causa de la presión o violencia ejercida por el segundo.

En efecto, la declarante Luzfigye Saakan Ruiz expresa, sobre lo ocurrido el día de

la diligencia de lanzamiento, que ella vive como "a seis casas hacia arriba de La Puerta del Llano, y entonces ... me asomé y llegó un Renault como café, un Nissan color zapote con blanco en el cual venía un señor bajito y gordito y la señora venía con el pelo como peluca, ella manejaba el Renault, llegaron los policías, sin llaves quitaron el candado y una cadena, abrieron la puerta y empezaron a sacar las cosas como sillas, mesas, un bar que había en la parte de arriba, de por sí lo tiraron al suelo y se desbarató, los bafles, el salón quedó completamente desocupado, también violaron un candado donde el señor Suan tenía unas lámparas y cosas de papelería, y lo que es envase no sacaron porque eso estaba con candado, después fue cuando al rato llamaron a don Eduardo Suan, llegó él con los papeles donde constaba que él estaba pagando arriendo y se los mostró al señor bajito, porque éste decía que él era el dueño y don Eduardo no lo sabía, después entonces... se pusieron a mirar todos los papeles empezó a acosar a don Eduardo de que tenía que desocupar, entonces él viéndose acosado, el otro señor, el gordito le insinuó de que le diera más de lo que estaba pagando de arriendo, yo alcance a escuchar cuando Suan le dijo, pero si yo estoy pagando diez mil pesos al dueño anterior del inmueble y el señor ese le exigía $ 25.000.oo para que Eduardo pudiera tener las cosas en ese local, después fue cuando empezó a llover bastante como a eso de las 3 de la tarde y se mojaron los muebles y todo lo que estaba en la calle y después mandó a comprar unos papeles para hacer el negocio, los mandó don Eduardo, no estoy segura, y entonces quedaron en que al otro día iban a hacer el negocio porque fue cuando llovió fuerte y las cosas quedaron toda la noche en la calle a la intemperie, al rato llegó un señor alto, de gafas, viejón, tenía cara de tinterillo porque estaba muy degenerado y era el que más discutía y alegaba a favor del señor bajito y gordito y la señora que manejaba el Renault no quería entregar el candado ni la cadena, después entonces el muchacho, uno de los que tenían en el bar le robaron una mesa y una silla, pues cuando se levantó cuando ya arreglaron el negocio todo estaba desbaratado y firmaron ese contrato pero creo que al otro día yo no supe".

El declarante Luis Arturo Morales Pérez refiere que él vio que "en las horas de la mañana por ahí más o menos a las diez ellos los policías y un señor un tal Salomón rompieron los candadados de la puerta del negocio y empezaron a sacar todo a la calle toda la silletería, congelador, decoración un poco de envase viejo que había viejo, un bar todos los elementos de dicho negocio y quedó el establecimiento completamente desocupado hasta los parlantes o bafles los bajaron y después fue cuando le avisaron a don Eduardo como a la una o dos de la tarde, fue cuando habló con este señor Salomón y lo forzaban para hacer un nuevo contrato si quería seguir disfrutando del local porque el señor Salomón era el nuevo dueño y la exigían la suma de $ 25.000.oo como arrendamiento y estaba pagando la suma de $ 10.000.oo ese mismo día fue cuando llovió y se mojó todo lo que había en la calle a la intemperie y estuvo todo mojado hasta el otro día fue cuando firmaron el contrato por $ 25.000.oo y volvieron a meter las cosas, en el momento de la diligencia estaban varios policías y un inspector me parece que era el de la Esperanza, y don Eduardo le mostró al inspector y a Salomón el contrato anterior de arrendamiento en el cual estaba pagando la suma de $ 10.000.oo y decía Salomón que eso no tenía nada de importancia porque él era el dueño de ese inmueble, ese día yo vine por el abogado de Eduardo y después me mandaron a comprar las hojas para el nuevo contrato de arrendamiento don Eduardo fue el que me envió, y don Eduardo aceptó ese contrato porque se veía obligado debido a que tenía todo lo del negocio afuera dañándose y era perjudicial para él, fue obligado que tuvo que hacer eso".

El testigo Ernesto Alejandro Salamanca Aguirre refiere, que a él le consta que González le arrendaba a Eduardo Suan "un local donde sacaron los trastes, ese día, creo que fue el 21 de mayo, no tengo presente qué día fue, le iba a arrendar nuevamente el local porque ya era tarde, era de noche

y se lo arrendaba nuevamente por la suma de $ 25.000.oo, eran ya como las 6 de la tarde cuando oí del nuevo contrato, en vista de que era tarde y estaban en ese aguacero, lo oí de palabra, no si lo hayan arreglado a ese precio o le haya bajado". Luego el declarante refiere que él vio cuando los enseres habían sido sacados del local La Puerta del Llano y que considera que se le dañaron varias cosas con motivo del "aguacero que cayó toda la noche"; que le consta, por haberlo oído de Salomón González que éste le dijo a Eduardo Suan que le arrendaba el local por un precio de $ 25.000.oo mensuales.

Por su parte el declarante Roberto Valencia, respecto de los hechos ocurridos en la diligencia de entrega, manifiesta que por ese entonces era empleado de Eduardo Suan; que "ese día que hubo el lanzamiento salí en horas de la mañana del negocio La Puerta del Llano al regresar a las doce y media o una de la tarde me di cuenta que todos los enseres del negocio se encontraban fuera en la calle, me le dirigí al señor Eduardo Suan quien era mi patrón y le pregunté qué había pasado y él me comunicó que eso era un lanzamiento del negocio por el señor Salomón González. Estaba el señor inspector, había un abogado, el señor Suan le pidió el favor al inspector y al abogado que había ahí con ellos que él tenía un contrato de arrendamiento del negocio con el señor Elías López y ellos no le prestaron atención a dicho contrato. El señor Suan se movilizó para venir por el abogado de él, cuando regresaron al negocio ellos sostuvieron diálogo en el cual se veía en la forma el señor Eduardo Suan obligado a firmar un nuevo contrato de arrendamiento porque todos los enseres del negocio se encontraban fuera y él no tenía a donde llevar eso. El contrato de arrendamiento le pidieron $ 25.000.oo mensual al señor Eduardo Suan. Ellos o sea el inspector y el abogado de Salomón González le pidieron que harían un contrato de arrendamiento ese día, el señor Eduardo Suan salió a comprar unos papeles para elaborar el contrato de arrendamiento, no lograron elaborar dicho contrato por el tiempo, porque ya era tarde, dejaron para acabar de elaborarlo al otro día en las horas de la mañana. El señor inspector dijo que dejaría a unos agentes de la Policía para la vigilancia de todo lo del negocio que se encontraba en la calle, cosa que no fue verídica porque eso no se vio, esa noche estuvimos con otro compañero de trabajo cuidando todo lo del negocio que se encontraba afuera para que no se fueran a llevar nada de lo que había ahí. Hubo bastante daño en los muebles y esa noche estuvo lloviendo, los muebles se mojaron y se dañaron en su material, como silletería, decoración y mesas. Por ahí a las tres de la tarde llegó el señor Salomón González a abrir el establecimiento que ya había firmado el contrato de arrendamiento, puesto que ya se había abierto el negocio nuevamente y nos dedicamos a entrar lo del negocio que se encontraba afuera y seguir con volver a decorar el negocio que había sido totalmente despojado de la decoración que tenía, la caseta del bar esa decoración también fue tumbada, la decoración del negocio fue nuevamente hecha para posteriormente abrir nuevamente las puertas del negocio";

c) Según la prueba antes referida, todo indica, además, que al cumplirse la diligencia de entrega del predio por el funcionario comisionado, éste se desentendió, con desmedro de los derechos de Suan Gutiérrez, de las alegaciones y pruebas que este último hizo en la referida diligencia;

d) Aunque el Tribunal no se hubiera referido en concreto a los otros elementos de juicio que la censura señala como preteridos en el cargo primero, lo cierto es que con la prueba antes indicada se llega a la conclusión de que el consentimiento dado por Eduardo Suan para la celebración del contrato de arrendamiento atacado, no fue espontáneo, sino por el contrario, fruto de la fuerza o violencia ejercida por su contraparte ante las circunstancias de angustia y difíciles de sortear en que se encontraba aquél. Se produjo, pues, un consentimiento arrancado.

7. Respecto del cargo segundo, si bien le asiste razón al recurrente en el sentido

de que la nulidad del contrato, por vicios del consentimiento, no genera nulidad absoluta sino relativa, lo cierto es que produciendo los mismos efectos, el reparo en el punto es intrascendente y apenas sirve como corrección doctrinal a lo afirmado por el *ad quem*.

8. Finalmente, y con relación al cargo tercero, si también es cierto que con motivo de la nulidad las cosas deben regresar al estado anterior, también lo es que al quedar vigente el contrato de arrendamiento precedente, el demandante queda con derecho a continuar en la tenencia del predio.

Además, aunque el acta de la diligencia de entrega advierta que no hubo oposición de Suan, lo cierto es que sí ocurrió, según la prueba testimonial que se indicó al comienzo y que el censor no combate en el punto.

Por tanto, los cargos no prosperan.

Cargo cuarto

Por este último denuncia quebranto de los artículos 1613, 1614, 2341, 2343 del Código Civil y 307 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida, a consecuencia de errores fácticos cometidos por el *ad quem* en la estimación de las pruebas.

Desarrolla el censor el cargo sobre las apreciaciones siguientes:

a) Que "con el propósito de garantizar el principio de la lealtad procesal e impedir que el demandado pueda ser sorprendido en el curso del proceso con pretensiones que por no haberse aducido en la demanda introductoria del proceso no forman parte de la relación procesal ni, por ende, del *thema decidendum*, se exige que en esa pieza fundamental del proceso se exprese con claridad y precisión lo que se pide, y los hechos que sirven de fundamento a la petición. De ahí que el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil disponga que la demanda debe contener, entre otros requisitos, 'lo que se pretenda, expresado con claridad y precisión', y 'los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones'. Al demandado no se le puede llamar a responder por hechos que no se adujeron como fundamento de la pretensión aducida en el libelo, pues se violaría el derecho de contradicción que exige darle oportunidad para discutir la pretensión en sus dos elementos: *petítum* y *causa petendi*. El sentenciador no puede, por lo mismo, condenar al demandado con base en hechos distintos de los afirmados en la demanda, aunque se encuentren probados en el proceso";

b) El criterio precedente lo ha expuesto la Corte en forma reiterada y uniforme desde hace más de cincuenta años, y al efecto transcribe apartes de algunas sentencias;

c) Que en ninguno de los catorce hechos de la demanda se afirma que el demandado le hubiere causado perjuicios al demandante;

d) Que no existe prueba en el proceso de que Salomón González le hubiera causado perjuicios a Eduardo Suan, ni prueba de la culpa de aquel desalojo.

Se considera

1. *Como el ámbito de la controversia que se somete a la decisión del juzgador queda en principio delimitada por la demanda y la contestación que a la misma se ha dado, como quiera que el fallo que se produzca debe estar en armonía con las pretensiones aducidas por el actor en su libelo y con los medios exceptivos alegados si así lo exige la ley, fácil es inferir que el escrito con el cual se pretende deducir por sentencia un derecho tiene trascendental importancia y, por ende, debe contener todas las exigencias formales que la legislación ha considerado indispensables para conocer la verdadera intención del litigante, en procura de que quien deba responderlo no quede ubicado en la penumbra o expuesto a no poder contradecirlo mediante la prerrogativa constitucional de la defensa.*

2. *Es por virtud del criterio precedente que la ley procedimental le señala al demandante un conjunto de requisitos de forma, a los cuales debe sujetarse al estructurar el escrito con el cual se propone iniciar un litigio, figurando como uno de ellos el de expresar "con claridad y precisión" lo que se pretende y la de referir "los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados" (art. 75, numerales 5º y 6º del C. de P. C.).*

3. *En pos de lo expresado, ha venido la doctrina de la Corte sosteniendo que los hechos fundamentales de la pretensión o pretensiones deben estar referidos con la conveniente clasificación y claridad, porque alrededor de ellos gira todo el debate y el diálogo probatorio, como quiera que tales presupuestos fácticos son los que le sirven de fundamento al derecho invocado y es sobre la comprobación de su existencia y de las circunstancias que los informan sobre lo que habrá de girar la controversia.*

4. *Empero, no es infrecuente que el demandante, al elaborar su demanda no lo haga con la nitidez y precisión anheladas; cuando así acontece, para no sacrificar el derecho cuya tutela se solicita, al juzgador le compete interpretarla en su conjunto, en forma razonada y lógica, como quiera que la intención del actor muchas veces no está contenida en el capítulo de las súplicas, sino también en los presupuestos de hecho y de derecho por él referidos a lo largo de la pieza fundamental. Basta que la intención aparezca claramente del libelo, ya de manera expresa, ora por una interpretación lógica basada en todo el conjunto del mismo. "En la interpretación de la demanda —tiene dicho la Corte— existe el poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo" (Cas. Civ. de 20 de septiembre de 1936, XLIV, 439). También tiene sentado que la torpe expresión de las ideas* per se *no puede ser motivo de rechazo del derecho suplicado cuando este alcanza a percibirse en su intención y en la exposición que de los presupuestos fácticos hace el demandante en su demanda (Cas. Civ. de 12 de diciembre de 1938, XLVII, 483).*

5. *No es que se quiera sentar con el criterio precedente que en la labor de hermenéutica de la demanda pueda el juzgador moverse en forma ilimitada y arbitraria hasta el punto de desconocer o variar abiertamente los factores esenciales de la misma, integrados por las súplicas y los hechos en que ella se apoya, sino que es preciso darle a la demanda, en su conjunto, el sentido y alcance que se desprende de sus términos. Por consiguiente, se ha considerado, con fundamento en las reflexiones expuestas, que el yerro en la denominación de la acción o en la cita de los preceptos legales, o un simple error de detalle, no pueden prevalecer sobre un derecho claramente reclamado y demostrado en el proceso.*

6. En el caso *sub lite*, se tiene:

a) En las súplicas de la demanda, entre otras cosas, concretamente pidió que se condenase "al demandado al pago de los perjuicios ocasionados" al demandante; b) como *causa petendi* o presupuestos de hecho expresó que con motivo de la diligencia de entrega, los bienes muebles y enseres del establecimiento "La Puerta del Llano" quedaron a la intemperie y que por efecto "de la torrencial lluvia que cayó", sus bienes "se deterioraron" (ver hechos 8 y 12); c) por otra parte, tal como lo exterioriza la prueba testimonial, el demandante Suan alegó, fundado en medios de convicción, su derecho a permanecer en el predio, a pesar de lo cual no fue oído; d) la misma prueba testimonial pone de presente que al demandante Suan le causaron daños.

7. Viene de lo dicho, que 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 26 de julio de 1982, pronunciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

No hay lugar a costas por la corrección doctrinal.

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

Horacio Montoya Gil, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Nicolás Pájaro Peñaranda, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

INEXISTENCIA Y NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS

Son conceptos jurídicos diferentes. Sin embargo el sistema procesal colombiano no ofrece un camino diferente para declarar la inexistencia y para declarar la nulidad; por ello desde el punto de vista práctico es inoficioso insistir en la falta de similitud de los dos fenómenos

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., mayo tres de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Decide hoy la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 9 de marzo de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este proceso ordinario instaurado por María Antonia Cote vda. de Rincón en frente de José Daniel Guevara Cote.

I

El litigio

1. Mediante escrito de 28 de octubre de 1976, que fue repartido el 30 siguiente al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, la citada Cote vda. de Rincón demandó al mentado Guevara Cote a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de *mayor cuantía*, se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que el *contrato de compraventa* contenido en la escritura número 2828 de 9 de septiembre de 1974, otorgada en la Notaría 3ª del Círculo de Bucaramanga, por la cual María Antonia Cote vda. de Rincón aparece vendiendo a José Daniel Guevara Cote la casa de habitación y el lote sobre el cual se halla edificada, ubicada en el barrio de la Mutualidad, Boulevard Santander de esa ciudad santandereana, marcada con los números 16-55 y 16-63 de allí y comprendida dentro de los linderos especiales que la demanda consigna, "ha sido y es inexistente y sin ningún valor";

b) Que, "como consecuencia de la declaración de inexistencia de la escritura pública" precitada, se condene al demandado a restituir a la demandante, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo que así lo ordene, el ya referido inmueble, junto "con todas sus anexidades, usos, costumbres y servidumbres";

c) Que se disponga que la propiedad inscrita del inmueble relacionado quede en poder de quien la tenía antes del 9 de septiembre de 1974, o sea en cabeza de la demandante, para lo cual se librarán los oficios pertinentes al Notario Tercero y al Registrador de Instrumentos Públicos de Bucaramanga a fin de que procedan a la cancelación de la sobredicha escritura número 2828 y su inscripción;

d) Que se condene al demandado José Daniel Guevara Cote, como poseedor de mala fe que es, a pagar a su demandante, dentro del mismo término señalado anteriormente, el valor de los frutos civiles producidos por el inmueble, y no solamente los percibidos sino los que su dueña hubiera podido percibir administrándolo con mediana inteligencia y actividad, desde el día en que "se llevó a cabo la falsedad de la escritura número 2828... hasta la fecha de la ejecutoria del fallo", a razón de $ 2.500.oo mensuales; y

e) Que se condene al demandado, además, en las costas procesales.

2. En apoyo de sus pretensiones la demandante invocó los hechos que, en esencia, quedan sintetizados en las siguientes afirmaciones:

a) En la escritura Nº 2828 de 9 de septiembre de 1974, otorgada en esa fecha en la Notaría 3ª de Bucaramanga, aparece "consignado que" en esa fecha la demandante "compareció a la citada oficina notarial" y transfirió a título de venta a favor del demandado, el derecho de dominio y la posesión que a aquélla correspondía sobre la casa Nº 16-55 y 16-63 del Boulevard Santander de esa ciudad, inmueble comprendido dentro de las especiales alindaciones que en dicho documento escriturario se consignan;

b) En tal escritura se estipuló que el precio de la casa compravendida fue la cantidad de $ 133.000.oo, suma que, según se expresó en la cláusula 3ª, "la exponente vendedora declara haber recibido de manos del comprador a su entera satisfacción";

c) En la parte final de la referida escritura pública se dejó la siguiente constancia: *"Los otorgantes:* Como la otorgante María Antonia Cote vda. de Rincón, identificada con la cédula de ciudadanía número 27.900.076 expedida en Bucaramanga, manifiesta no saber firmar, lo hace a su ruego el señor Roberto Rodríguez, varón, mayor de edad, vecino de Bucaramanga, identificado con la cédula de ciudadanía número 2.022.948 expedida en Bucaramanga, sin libreta militar por ser mayor de cincuenta años, la otorgante imprime su huella dactilar del pulgar derecho";

d) Afirma la demandante en su libelo que lo aseverado en la escritura pública referida, "son hechos completamente falsos, de absoluta falsedad" porque ella, por la fecha en que se dice se otorgó la escritura, se encontraba gravemente enferma, pues ingresó al hospital "Rafael González Valencia" el 15 de agosto de 1974, de donde fue trasladada el 6 de septiembre siguiente al hospital "San Juan de Dios", institución ésta de la cual sólo salió el 12 de noviembre de ese mismo año, tal cual aparece de la constancia expedida por el Jefe de Servicios Administrativos del primer centro hospitalario referido, con los siguientes datos que aparecen en la correspondiente historia clínica: *"Accidente cardiovascular por tipo trombótico. Infección urinaria. Crisis hipertensiva"*;

e) La precitada señora Cote vda. de Rincón, al contrario de lo que se hizo aparecer en la escritura pública referida, no solamente sí sabe firmar, sino también leer y escribir, pues que hizo estudios secundarios;

f) El demandado Guevara Cote, quien es sobrino de la demandante, aprovechándose de la enfermedad de ésta y singularmente de su estada en el hospital, entró a la residencia de su tía y empleando la violencia física "logró abrir un armario" de donde sustrajo la cédula de ciudadanía de María Antonia, la escritura que ésta tenía sobre el inmueble y una letra de cambio girada a su favor por la suma de $ 14.000.oo, la que procedió a cobrar a su deudora Isabel Esparza de Martínez; y

g) Dice finalmente la demandante que José Daniel Guevara Cote, con los documentos sustraídos en esa forma, obtuvo que en la Notaría 3ª se extendiera a su favor, el 9 de febrero de 1974, la sobredicha escritura pública Nº 2828, mediante la cual María Antonia aparece vendiéndole el inmueble relacionado por la suma de $ 133.000.oo.

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a las pretensiones de su demandante; en cuanto a los hechos afirmados por ésta, salvo los referentes al otorgamiento de la escritura y sus cláusulas, los cuales aceptó como ciertos, negó los demás.

Expresó entonces el demandado y en tales asertos ha edificado cardinalmente su defensa, que la escritura pública se otorgó realmente, pues lo que pudo "haber ocurrido" fue que "se otorgara en el hospital y no en el local de la Notaría"; que aún aceptando que para el 9 de septiembre de

1974 la demandante se encontraba en el hospital, tal circunstancia "no obsta para que, un enfermo otorgue una escritura en un hospital"; y que no es imposible que si la vendedora sabía firmar, hubiera expresado lo contrario "y así lo consignó el Notario".

4. Replicada en tales términos la demanda, 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 de 24 de septiembre de 1982, mediante la cual resolvió el litigio, así:

a) Declaró "la nulidad de la escritura pública Nº 2828" de 9 de septiembre de 1974, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá por María Antonia Cote vda. de Rincón a favor de José Daniel Guevara; b) dispuso oficiar al Notario 3º y al Registrador de Instrumentos Públicos de Bucaramanga "para los efectos subsiguientes"; c) denegó "las demás pretensiones" de la demandante; y d) finalmente, condenó al demandado al pago de las costas procesales.

5. Inconforme con lo así resuelto, el demandado interpuso contra dicho fallo el recurso de apelación por virtud de lo cual el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el que, una vez rituado el trámite de la segunda instancia, incluso el decreto y práctica de pruebas, por su sentencia de 9 de marzo de 1983 confirmó "en todas sus partes" la apelada, con costas para el apelante.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Después de referirse a los antecedentes del litigio y de hacer expresa alusión a ellas, discriminándolas y extractando su contenido, tanto a las pruebas pedidas por las partes en las dos instancias del proceso como a las que se decretaron oficiosamente, en el proemio de las consideraciones de su sentencia advierte el *ad quem* que en el presente caso la demandante pretende la declaración de "inexistencia del contrato de compraventa", contenido en la escritura pública Nº 2828 de 9 de septiembre de 1974, otorgada en esa fecha en la Notaría 3ª de Bucaramanga.

2. Determinada pues por él la pretensión deducida en la demanda, el sentenciador de segundo grado acomete el análisis de los elementos de prueba aducidos al proceso.

En esta tarea el Tribunal se refiere, delanteramente, a la copia de la historia clínica de María Antonia Cote vda. de Rincón, expedida por el Jefe de Servicios Administrativos del Hospital González Valencia. Observa, al punto, que según ella "la salud de la actora para la época del contrato, no era satisfactoria y, por el contrario estaba muy deteriorada"; y luego de observar que dicha historia "nada dice del estado clínico de la paciente durante los días 8, 9, 10 y 11 de septiembre de 1974", transcribe lo referente a los días 7 y 12 de ese mes, cuyo texto es, en su orden, el siguiente: "Paciente pálida, enflaquecida, con parálisis facial derecha y hemiplegía izquierda (con incontinencia vesical, hay historia de hipertensión pero el examen se encuentra 12 x 8 sin tomar droga) infección urinaria requiere sonda vesical"; y "congestión bronquial, estertores en ambos campos, expectoración abundante, mal estado general, obnubilada".

Considera el Tribunal que si el día 12 de septiembre se encontraba la paciente "obnubilada", ello no puede entenderse sino como de "un estado mental disminuido"; que el mal estado general ese día, "es manifestación de su salud durante los días anteriores y posteriores respecto de los cuales no puede afirmarse que fuese diferente".

3. Dice, para abonar el indicio que saca de la historia clínica, que ahí está la "prueba testimonial de las personas que la atendieron, visitaron y acompañaron ese día" que se otorgó la escritura pública cuya ineficacia jurídica se demanda. Y al efecto cita, transcribiendo de ellas sus pasos relevantes, las declaraciones de Hernando Vargas Castillo, Magola Valencia y la de la religiosa hermana Luisa Marina o Na-

tividad Cote Bautista; alude también al interrogatorio de parte que a instancia de la demandante absolvió el demandado el 2 de febrero de 1977, prueba en la cual el Tribunal también encuentra la demostración de que para el 9 de septiembre de 1974 aquélla se encontraba gravemente enferma.

Considera el sentenciador de segundo grado, y así lo afirma en su sentencia, que la deducción a que llega de las pruebas antecitadas se refuerza con los dictámenes rendidos por los médicos neurólogos Carlos Eduardo Corso Illera y Alfonso Sánchez Montenegro, prueba ésta que dice "no fue objetada por las partes en traslado que de ella se les dio"; y que tal elemento probativo, "por su coincidencia en el campo científico constituye un indicio que señala la improbabilidad de haberse recuperado la paciente en breve tiempo en sus facultades mentales afectadas por tan grave enfermedad".

4. Conclusión de su análisis probatorio es, para el Tribunal de Bucaramanga, la de que la demandante, "para el día 9 de septiembre de 1974, fecha en que otorgó en favor del demandado la escritura pública de compraventa del inmueble de que habla la demanda, no se hallaba en condiciones físicas normales ni de salud mental, para realizar actos voluntarios contractuales".

Y sobre tal corolario cardinal asevera el *ad quem* que, según lo preceptuado por el artículo 1740 del Código Civil, el contrato aquí cuestionado es nulo puesto que, de acuerdo con esa norma legal, dicha irregularidad la reserva la ley para los pactos en los que se omite "alguno de los requisitos que la ley prescribe" para el valor de los mismos, "según su especie y la calidad y estado de las partes". Que, a términos del artículo 1502 *ibídem*, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: "1. Que sea legalmente capaz; 2. *Que conscienta en dicho acto o declaración* y su consentimiento no adolezca de vicio".

Considera finalmente el Tribunal que estando probado, en el presente caso, "que el contrato es nulo por aprovechamiento del estado de inferioridad mental de la enferma María Antonia Cote vda. de Rincón, no cabe deducción distinta a que el demandado actuó de mala fe, quedando exclusivamente a salvo el abono de las expensas necesarias en el caso de haberse dado, respecto de las cuales ninguna demostración existe en este proceso".

5. Termina el sentenciador de segundo grado sus motivaciones haciendo notar que el Juez *a quo* "negó las peticiones de entrega o restitución del inmueble, objeto de la compraventa que se declaró nula", pero añade que dicha negativa no puede subsanarse en la segunda instancia por cuanto la demandante no apeló del fallo de primer grado, y, por lo tanto, la condena al demandado a la restitución suplicada por aquélla implicaría una clara violación del principio prohibitivo de la reformación en perjuicio.

III

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandado. En la respectiva demanda el recurrente formula contra dicho fallo dos cargos: el inicial con apoyo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; y el siguiente dentro de la órbita de la segunda, que la Corte entra a considerar y despachar en orden inverso al que vienen propuestos, pues es el que corresponde a la lógica de las cosas.

Cargo segundo

1. A través de éste se acusa la sentencia del Tribunal de Bucaramanga de no estar "en consonancia con las pretensiones de la demanda" y de ser, por tanto, violatoria del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

2. Desenvolviendo esta censura, el impugnador comienza por recordar que la demandante pidió principalmente "la inexistencia" del contrato de compraventa contenido en la escritura pública Nº 2828

de 9 de septiembre de 1974, otorgada en la Notaría 3ª de Bucaramanga, y que el fallo del Tribunal, al confirmar el de primer grado, declaró "la nulidad" de esa escritura pública; y que muy a pesar de que se citó como *causa petendi* de tal pretensión "la falsedad de la escritura pública, la suplantación de la persona de la vendedora por 'medios dolosos' y aún por violencia física..., es decir que la *causa petendi* se edificó sobre la no presencia de la vendedora en el momento de otorgar la escritura", sin embargo en la sentencia se reconoció "la insanidad mental (de la vendedora) que no estaba contemplada en las pretensiones de la demanda". Añade la censura que "en el libelo se habló de enfermedad de María Antonia Cote pero no para demostrar que estaba insana mental, sino para decir que ella no podía estar en la Notaría" "porque ese día se encontraba hospitalizada".

A intento de demostrar el cargo por la doble faz en que lo formula, luego de recordar que la inexistencia y la nulidad de los actos jurídicos corresponden a fenómenos diferentes, dice el casacionista que en el presente caso el demandado "organizó su defensa con base en las pretensiones y en los fundamentos de hecho. No se pensó en que el Juzgado cambiara las reglas de juego procesales y de un momento a otro el demandado se vio asaltado en su relación procesal por el advenimiento de una figura no introducida en la demanda como la insanidad mental y con pruebas nuevas decretadas de oficio por el señor Juez".

Se considera

1. En verdad que hoy no es novedad alguna afirmar, dentro de la teoría de la técnica de la casación, que el quebranto de la ley, ora sea de la sustancial o ya de la adjetiva, para que sea trascendente en este recurso extraordinario tiene necesariamente que reflejarse en la parte dispositiva de la sentencia, puesto que es ella y no sus motivaciones lo que tiene fuerza vinculante para el Juez y las partes.

Pero si bien es cierto que, como principio general, son las decisiones del fallo y no sus antecedentes lo que precisa considerar en casación, también lo es que a la hora de enjuiciarlas no puede prescindirse totalmente de su génesis como medio, a veces único, de poderlas interpretar; cuando se trata de conocer los auténticos sentido y alcance de las resoluciones de una sentencia, no es dable prescindir absolutamente de la parte motiva. Así como para interpretar la demanda es indispensable su estudio conjunto y racional, el mismo criterio debe seguirse para interpretar la sentencia cuando en ésta no brilla la claridad.

Constituyendo, como es lógico y natural, la sentencia toda y no una parte de ésta el objeto del respectivo estudio y análisis que del conflicto de intereses sometido a su decisión hace el Juez, no es posible 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 debe desintegrarse, so pena de falsear su verdadero contenido.

2. En el caso de este proceso el Tribunal de Bucaramanga, en la parte dispositiva de su sentencia, dijo confirmar "en todas sus partes" el fallo del *a quo*, esto es, la declaración "de nulidad de la escritura pública Nº 2828 de 9 de septiembre de 1974". Tal decisión, considerada en sí misma, resulta aparentemente carente de armonía o congruencia con la pretensión principal deducida por el demandante en su demanda, y tendiente a que la justicia declare que "es inexistente y sin ningún valor el contrato que contiene" la precitada escritura.

Sin embargo, como los fundamentos de hecho y de derecho que el sentenciador *ad quem* aduce en la parte expositiva de su providencia permiten reconstruir fielmente y determinar en forma precisa su pensamiento, concretado a la nulidad del contrato que se plasmó en dicho documento escriturario, la afirmada incongruencia desaparece del campo de la lógica jurídica. El Tribunal, en efecto, luego de precisar en el proemio de su fallo que en este caso "la actora demanda 'la inexistencia' del contrato de compraventa" contenido en la menta-

da escritura; y de determinar, con apoyo en el análisis de la prueba, que para la fecha en que dicho pacto se ajustó la vendedora "no se hallaba en condiciones físicas normales ni de salud mental, para realizar actos voluntarios contractuales", concluye en la nulidad de la compraventa orientado por los siguientes dos argumentos: a) que conforme al artículo 1740 del Código Civil. "Los actos contractuales son nulos cuando se omite 'alguno de los requisitos que la ley prescribe' según su especie y la calidad o *estado de las partes*"; y b) que por exigencia del artículo 1502 *ibídem*, "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. Que sea legalmente capaz; 2. Que *conscienta en dicho acto o declaración* y su consentimiento no adolezca de vicio".

El contexto del fallo revela nítidamente cuál fue el pensamiento del *ad quem* al emitirlo: amparado en la facultad suya de interpretar la demanda, estimó que demandar la inexistencia de un contrato equivale o da tanto como pedir la nulidad del mismo, y con tal criterio fue justamente que tomó su resolución aquí impugnada. Si en tal modo de decidir el fallador de instancia hubiese incurrido en yerro, en esa hipótesis se estaría en presencia no de un fallo incongruente por *extra petita*, como lo cree el recurrente, sino de una sentencia ilegal por equivocada interpretación de la demanda, falencia que sería acusable en casación con fundamento en la causal primera y no en la segunda, pues se trataría, en tal supuesto, de denunciar un error *in judicando* y no uno *in procedendo*.

3. Y con criterio de amplitud la Corte tendría que decir aquí, por las razones que en seguida se exponen, que ese eventual error de juicio en la interpretación de la demanda, tampoco se estructura. En efecto.

En verdad que, como al unísono lo pregonan doctrinas y jurisprudencias, la nulidad y la inexistencia son conceptos jurídicos diferentes. Ello no obstante, en la inexistencia jurídica de un acto no puede negarse que el negocio existe como hecho, aunque imperfectamente formado y carente de algún elemento esencial, sin embargo de lo cual, como produce efectos jurídicos, así éstos obviamente no sean los propios del acto regularmente realizado, el ordenamiento positivo lo toma en cuenta. De ahí que, como atinadamente lo observa Josserand en su "Cours de Droit Civil Positif", "El acto inexistente es, al menos, un acto abortado; es, en verdad, algo más que la nada. De ahí que de él puedan surgir ciertos efectos jurídicos a título excepcional".

Mas si la Corte ha reconocido la diferencia que conceptualmente hay entre la inexistencia y la nulidad absoluta de un acto, no ha dejado de observar, empero, que el sistema procesal colombiano no ofrece para declarar judicialmente la inexistencia un camino peculiar y distinto del establecido para la nulidad, por lo que resulta en verdad inoficioso, al menos desde el punto de vista puramente práctico, insistir en la disimilitud de tales dos fenómenos. Por lo consiguiente, cuando atemperando su conducta a los principios de la lógica y de la ley el juzgador de instancia omite declarar la demandada inexistencia de un contrato, por no considerarla como figura jurídica de atributos propios, pero en cambio declara la nulidad de ese contrato, pues encuentra que su formación fue viciosa por falta de alguno de sus elementos esenciales, su apreciación dista y en mucho de ser manifiesta u ostensiblemente equivocada.

Con tal interpretación, es decir, declarando la nulidad en casos en que, como aquí ocurre, el contrato que se dice es inexistente ha tenido comienzos de ejecución. se posibilita el decreto de las restituciones recíprocas, o la ordenación pertinente para que las cosas vuelvan al estado anterior, para evitar así el litigio posterior a que daría lugar entre las mismas partes el reconocimiento judicial frío y único de inexistencia del contrato, con abstención de cualquiera otra decisión condenatoria.

4. *Dijo al punto la Corte en su sentencia de casación de 15 de septiembre de 1943, que "en rigor, prácticamente hablando, el problema de si cabe o no pensar en*

inexistencia, es del todo inoficioso, puesto que, aún optando por la afirmativa, ello es que la ley no ofrece casilla especial para tal fenómeno ni le establece tratamiento singular y precisamente, por lo mismo, los casos de esa índole van a dar a la nulidad absoluta, que sí es fenómeno reconocido y reglamentado por la ley. Por tanto, piénsese a aquellos respectos como se quiera, en lo judicial se les ha de colocar en el concepto de nulidad absoluta, lo que los deja en situación o calidad de cuestiones meramente metafísicas, sin trascendencia o sentido práctico, por interesantes que sean de suyo" (G. J., t. LVI, 125).

5. Por lo expuesto, esta censura resulta inane y así habrá de declararlo la Corte en la parte resolutiva de su sentencia.

Cargo primero

1. Mediante él se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1740, 1502, 1746 del Código Civil; 553, 1503, 1602, 1849, 1851, 1857 *ibídem* y 1º del Decreto 2163 de 1970, estos por inaplicación, a causa de los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal por no haber tenido en cuenta algunas pruebas y haber apreciado erróneamente otras.

Como pruebas que, dice el censor, el Tribunal "no tuvo en cuenta", aquél cita las siguientes: a) las escrituras números 2719 y 2720 de 5 de septiembre de 1974, otorgadas ambas en la Notaría 3ª de Bucaramanga; b) el contenido de la propia escritura Nº 2828 de 9 de septiembre del mismo año, en las partes que dicen que "compareció María Antonia Cote vda. de Rincón"; "*advertidos los otorgantes de la formalidad* del registro, se les leyó este instrumento y lo aprobaron"; y "María Antonia Cote se identificó con la cédula de ciudadanía Nº 27.900.076 expedida en Bucaramanga"; c) las copias de las sentencias proferidas por el Juzgado Sexto Superior de Bucaramanga y el Tribunal Superior de ese Distrito, mediante las cuales "se sobreseyó en forma definitiva a José Daniel Guevara por el delito de falsedad en documentos"; y d) las declaraciones de Alfonso Marín Morales, Benedicto Ducón y Roberto Rodríguez, quienes intervinieron en el otorgamiento de la escritura como notario, secretario y testigo y "se ratificaron en el contenido del citado instrumento".

Y como pruebas indebidamente apreciadas el censor cita estas: a) el dictamen de los médicos Carlos Corso Illera y Alfonso Sánchez Montenegro; b) los testimonios de Natividad Cote Bautista, Hernando Vargas Castillo y Magola Valencia "frente a la declaración del demandado José Daniel Guevara"; y c) la demanda introductoria del proceso.

2. Desenvolviendo el cargo por el segundo de los aspectos en que se fundamenta, dice el impugnador que del dictamen de los peritos médicos, "no se puede deducir la demencia o la incapacidad mental de la vendedora", porque ellos no concluyen en esa afirmación; que la historia clínica de la paciente, en que también se basó el sentenciador, "debe tenerse como declaración de terceros y como tal ha debido ratificarse durante el juicio, pero esto no se hizo"; que en el testimonio de Hernando Vargas el Tribunal "no vio el odio, la mentira y el interés" del testigo; que "no se percató el fallo, de la mentira de Magola Valencia cuando dice que 'ella no hizo ninguna venta ni nada', afirmación que riñe con la realidad procesal ya que sí está probado el otorgamiento de la escritura Nº 2828"; que no vio el sentenciador el interés de la testigo Natividad Cote Bautista, "quien es hermana de la demandante y además interesada en recibir la herencia de su hermana"; que en el interrogatorio absuelto por el demandado, éste "en parte alguna confiesa la insanidad"; y, por último, que el Tribunal malinterpretó la demanda porque en ella "el actor no habló de nulidad sino de falsedad de la escritura", ya que la vendedora "se encontraba recluida en el hospital y no podía comparecer a la Notaría", y sin embargo el sentenciador entendió "que el actor invocaba nulidad por falta de sanidad mental de la tradente".

3. Relativamente a las pruebas que en la censura se señalan como preteridas por la

sentencia, el casacionista expresa que en aquélla "no tuvo en cuenta" las dos providencias dictadas por la justicia penal, mediante las cuales se absolvió al demandado, por lo que "el Tribunal violó la jurisprudencia nacional que manda que se debe guardar estrecha armonía entre los fallos penales y civiles"; que tampoco apreció las escrituras números 2719 y 2720 de 5 de septiembre de 1974, que el Tribunal decretó como pruebas oficiosamente, sin que "en ellas el Notario observara signos de anormalidad psíquica de la otorgante"; que no vio que la escritura 2828 de 9 de septiembre del mismo año, cuya eficacia jurídica aquí se cuestiona, se extendió sin que el Notario advirtiera "en el momento de su otorgamiento causal alguna de insanidad; y que el *ad quem*, finalmente, "menospreció los testimonios del Notario Tercero, el Secretario y el testigo Roberto Rodríguez", que intervinieron en el otorgamiento del documento escriturario impugnado, quienes "declaran que la escritura se otorgó con el lleno de las formalidades legales".

Se considera

1. Exhaustivamente lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte que la impugnación por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el sentenciador ha supuesto una prueba que no obra en los autos o ha ignorado la presencia de la que sí está en ellos. Este último supuesto estructura el yerro de facto por preterición de pruebas.

Para que tal falencia tenga trascendencia en casación, lo ha proclamado también la Corte en providencias múltiples, se requiere que, a más de ser evidente u ostensible, sea la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal; por lo consiguiente, hay que decir que no es posible atacar eficazmente la sentencia con fundamento en preterición de pruebas, cuando el sentenciador parte de la base de la existencia de ellas en el proceso, pero no las estima por considerarlas inconducentes o carentes de virtualidad para infirmar los hechos que otros medios probativos le demuestran.

2. Y como no se presume el desconocimiento de una prueba por el sentenciador, cuando sus conclusiones no pugnan con el tratamiento o estimación que a la misma ha debido darse, en el presente caso no puede imputarse al Tribunal yerro de facto, por no haberlas tenido en cuenta dice el casacionista, las pruebas que éste afirma no fueron apreciadas en el fallo.

Expresamente la sentencia se refiere, afirmando que fueron aportadas por la demandante con su demanda, a la escritura pública Nº 2828 de 9 de septiembre de 1974, cuyo contenido compendia; al certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Bucaramanga; y a la historia clínica correspondiente a María Antonia Cote vda. de Rincón. Y alude igualmente, afirmando que fueron pruebas "pedidas por las partes", a las "copias de los fallos penales de primera y segunda instancia respecto de la denuncia penal" que por el delito de falsedad de documentos se siguió contra José Daniel Guevara; a los testimonios trasladados "de José Benedicto Ducón Luna, Roberto Rodríguez y Alfonso Marín Morales —Notaría Tercera del Círculo de Bucaramanga— rendidos en el citado proceso penal; folios 41 a 50, 65 a 70, cuaderno Nº 71"; y a las "copias auténticas de las escrituras públicas números 2719 y 2720 del 5 de septiembre de 1974, de la Notaría Tercera de esta ciudad, Cdno. Trib.".

Sí, pues, el Tribunal en forma expresa se refirió en su sentencia a los medios de prueba indicados, es errado afirmar, como lo hace el impugnador, que el Tribunal no los tuvo en cuenta. Lo que sucede es, sencillamente, que partiendo de su existencia en el proceso no los consideró con virtualidad suficiente para desvirtuar la conclusión fáctica a que llegó con apoyo en otras pruebas.

3. Tomando como estribo cardinal de su conclusión la historia clínica que relativamente a la salud de la demandante expidió el Jefe de Servicios Administrativos del Hospital González Valencia, dijo el sentenciador que la señora Cote vda. de Rincón, "para el día 9 de septiembre de

1974,... no se hallaba en condiciones físicas normales ni de salud mental, para realizar actos voluntarios contractuales". Si, como lo asevera el recurrente, dicho documento, por ser "declaración de terceros y como tal ha debido ratificarse durante el juicio" para atribuirle valor demostrativo, formalidad que no se cumplió, sería aspecto que por referirse a la contemplación jurídica de la prueba y no a su objetividad, debía y tenía que formularse en casación acusando error de derecho, y no de hecho como aquí se plantea.

4. A más de que el *ad quem* no dedujo "la demencia o incapacidad mental de la vendedora", como lo afirma la censura, de los dictámenes rendidos por los galenos Corzo Illera y Sánchez Montenegro, sino, lo que es distinto, que para la fecha en que se otorgó la escritura 2828 aquélla "no se hallaba en condiciones físicas normales ni de salud mental, para realizar actos voluntarios contractuales", habría que recordarle al impugnante que el Tribunal no tomó el concepto de los médicos como prueba independiente y principal sino únicamente "como un indicio que señala la improbabilidad de haberse recuperado la paciente en breve tiempo", y corroborativa de la conclusión a que llegó del análisis de la historia clínica, prueba ésta que por salir ilesa del ataque contra ella formulado serviría para sustentar el fallo, aun en el supuesto de que el ataque a la apreciación pericial resultara próspero.

5. Comenzando por recordar que el demandado ni remotamente formuló tacha alguna contra los testigos Hernando Vargas, Magola Valencia y Natividad Cote Bautista, la Corte agregaría ahora, frente a la apreciación que de sus declaraciones hizo el *ad quem*, que ésta no se resiente de contraevidencia, pues el censor se limita a aseverar que tales testimonios son interesados y mendaces, sin demostrar en forma alguna el fundamento de sus calificativos.

Si el Tribunal tomó la prueba testimonial para, a más de otras, dar por demostrados ciertos hechos, el error de facto en la apreciación de esa prueba no puede consistir simplemente en que el Tribunal apreciara mal esos testimonios, sino en que los apreciara mal por no haber considerado una prueba existente en los autos y que tenga el valor de desvirtuar, de manera evidente, la convicción derivada de ellos; o bien, por haber atribuido a los declarantes aseveraciones que ellos no hicieron en el proceso.

6. Tiene que decirse, finalmente, que por las razones consignadas en el numeral 3 del despacho del cargo anterior, el sentenciador de segundo grado no interpretó equivocadamente la demanda introductoria del proceso.

7. Conclusión de todo lo dicho es, pues, la de que el Tribunal no incurrió en ninguno de los yerros de apreciación probatoria que el casacionista le endilga.

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 9 de marzo de 1983 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este proceso ordinario.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente.

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

Horacio Montoya Gil, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Nicolás Pájaro Peñaranda, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., mayo diez de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 28 de octubre pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso abreviado instaurado por Beatriz Castellanos de Pinilla en frente de Epifanio Pinilla Camacho.

I
El litigio

1. Mediante escrito que fue presentado el 18 de enero de 1982 ante el referido Tribunal Superior, la citada Beatriz Castellanos demandó a su cónyuge Epifanio Pinilla Camacho a efecto de que, previos los trámites del proceso abreviado, se decretase la *separación "definitiva" de cuerpos* en el matrimonio católico contraído por ellos; se declarase, consecuencialmente, disuelta y en estado de liquidación la correspondiente sociedad conyugal; se dispusiese que los menores hijos habidos en el matrimonio, Sandra Patricia y Andrés Esteban Pinilla Castellanos, queden bajo "la tenencia y guarda" de su madre; se determinase la cuota o proporción con que el demandado debe contribuir para los gastos de sostenimiento de su hijos; y, por último, que se condenase al demandado, en caso de oposición, en las costas procesales.

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

Que ella contrajo matrimonio católico con el mentado Epifanio el 19 de diciembre de 1954, en la Iglesia Parroquial de Jesucristo Obrero de esta ciudad de Bogotá; que dentro de dicha unión connubial los contrayentes procrearon a Sandra Patricia y Andrés Esteban Pinilla Castellanos, cuyos nacimientos ocurrieron el 25 de agosto de 1968 y el 18 de septiembre de 1973; que el demandado, desde cuando contrajo matrimonio con la demandante, "ha sido un alcohólico habitual"; y que, además, "no cumple cabalmente con sus deberes de esposo y sus obligaciones pecuniarias".

3. Admitida que fue la demanda y notificado personalmente el auto admisorio al demandado, se le corrió a éste el traslado de ley.

Y en su contestación a la demanda se opuso a las súplicas de la demandante; en cuanto a los hechos, salvos los atinentes a la celebración del matrimonio y al nacimiento de los hijos, los cuales sí aceptó, negó todos los demás, proponiendo la excepción "que se desprenda" de los muchos hechos que alegó y para los que pidió muchísimas pruebas.

4. El Tribunal *a quo*, previo el intento de buscar la conciliación de los cónyuges, que resultó inútil pues los litigantes expresaron no tener "ánimo conciliatorio", decretó la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes, algunas de las cuales se practicaron; y surtida que fue toda la tramitación de la primera instancia del proceso le puso fin con su sentencia de 28 de octubre pasado, mediante la cual, al no

encontrar probados los hechos fundamentales de la demanda, denegó todas las peticiones en ésta deducidas; decretó el levantamiento de las medidas cautelares; y, por último, impuso las costas procesales a la demandante.

5. Esta parte, no conforme con lo así resuelto, interpuso contra dicha sentencia los recursos de reposición y apelación en subsidio; negado que fue lógicamente el primero se concedió el subsidiario, por lo que el proceso ha llegado al conocimiento de la Corte, la que hoy procede a desatar la alzada ya que no advierte causal de nulidad que invalide la actuación, ni reparo qué formular a los presupuestos del proceso.

II

Consideraciones de la Corte

1ª Observa la Sala, delanteramente, que como la apelante no sustentó su recurso de apelación, se desconocen los motivos o razones de su inconformidad con el fallo de primera instancia.

2ª La legitimación en la causa, tanto activa como pasiva, se halla realmente configurada en el proceso, pues con el certificado expedido por el Notario 3º de Bogotá, oportuna y legalmente incorporado a los autos, se acredita idónea y suficientemente el matrimonio católico contraído entre ellos por la demandante y el demandado, el 19 de diciembre de 1954.

Y con los certificados expedidos por ese mismo Notario y por el 10 del mismo Círculo se demuestran los nacimientos de Sandra Patricia y Andrés Esteban, ocurridos dentro de esa unión, lo mismo que su carácter de hijos legítimos de los querellantes.

3ª Según la *causa petendi* deducida en la demanda, la separación de cuerpos suplicada la apoya la demandante en la afirmación de hechos estructurales de las causales 2ª y 4ª del artículo 154 del Código Civil, o sea, el grave e injustificado incumplimiento, por parte del demandado, de sus deberes de esposo y padre; y su embriaguez habitual.

Como acertadamente lo conceptúa el Agente del Ministerio Público ante esta Corporación, ninguna de dichas dos causales se halla debidamente demostrada para acceder al decreto de separación suplicado. No la primera, pues en verdad, a más de que la demandante no acreditó el abandono que alega, en el proceso, pedidas y practicadas a instancia del demandado, hay pruebas idóneas y suficientes que acreditan que éste, al contrario de lo que en la demanda se afirma, sí ha atendido los deberes de tipo económico con su familia, particularmente con sus menores hijos Sandra Patricia y Andrés Esteban Pinilla.

Y en cuanto a la segunda causal, o sea el alcoholismo crónico, en verdad que, como lo dedujo el *a quo* en su sentencia, obra en el proceso un experticio forense del cual se deduce clara y categóricamente que tanto física como psíquicamente el demandado Epifanio Pinilla Camacho no presenta el cuadro correspondiente a tal estado, lo que en verdad deja en débil convicción los testimonios que indican lo contrario. Dice al respecto el examen de medicina legal que, en el examinado, "desde el punto de vista físico no encontramos las características propias del alcoholismo crónico"; y que, desde el punto de vista psíquico, "no se manifiesta clínicamente con las características que configuran el cuadro anímico psicológico que determina la presencia del alcoholismo".

En esas circunstancias se impone decir que como no están probados los supuestos fácticos de la pretensión deducida en la demanda, la sentencia tiene que ser desestimativa, tal cual lo mandan los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo consiguiente, la sentencia apelada tiene que mantenerse.

III

Decisión

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, admi-

nistrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia materia de esta apelación, o sea la proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 28 de octubre pasado.

Costas del recurso a cargo de la apelante.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Horacio Montoya Gil, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Nicolás Pájaro Peñaranda, Jorge Salcedo Segura - Salvamento de Voto.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA

Los Tribunales y la Corte no tienen competencia para conocer de procesos de separación de matrimonios católicos cuando se invocan las causales de la Ley 1ª de 1976, caso en el cual los competentes son los jueces civiles del circuito

Proceso: Separación de cuerpos de Beatriz Castellanos de Pinilla contra Epifanio Pinilla Camacho.

Desde hace algún tiempo el suscrito Magistrado viene sosteniendo que en los procesos de divorcio no vincular o separación de cuerpos de matrimonios católicos, cuando quiera que se invocan causales consagradas con posterioridad al Concordato de 1973, como lo son las de la Ley 1ª de 1976, el competente en primera instancia es el Juzgado Civil del Circuito, y cuando se invocan causales canónicas, el competente en primera instancia es el respectivo Tribunal Superior del Distrito Judicial. Consecuente con ese pensamiento cuando le era repartido un proceso de tal índole para conocer por apelación o consulta y se invocaban causales de la Ley 1ª de 1976, en vez de admitir el recurso declaraba de plano la nulidad insubsanable derivada de la falta de competencia en los falladores. Y cuando debía participar como integrante de la Sala en la discusión de un proceso repartido a otro Magistrado, siempre hacía salvedad de voto sosteniendo el mismo principio. Contra los autos en que se decretaba nulidad el señor Procurador Delegado en lo Civil interponía recurso de súplica y los restantes Magistrados de la Sala Civil los revocaban. Así las cosas, es prudente y necesario hacer un replanteamiento del asunto para examinar los argumentos dados por el recurrente y por la Sala sobre el particular.

I. *¿El artículo 18 de la Ley 57 de 1887 está derogado?*

Que los procesos de separación de cuerpos (o sea divorcio no vincular), de matrimonios católicos, no se rigen por las leyes de la Iglesia, es decir, que frente a tales procesos los artículos 17 y 18 de la Ley 57 de 1887 y el 51 de la Ley 153 de 1887, en cuanto la primera expresa que "se rige por las leyes de la Iglesia" y la segunda que de los mismos "conocerán exclusivamente, los tribunales eclesiásticos, con arreglo a las leyes canónicas", están derogados por el artículo III del Concordato de 1973, en cuanto consagra que "la legislación canónica es independiente de la civil y no forma parte de ésta...".

La Sala en la providencia en virtud de la cual resolvió el recurso de súplica, luego de transcribr el artículo IX del Concordato de 1973, dijo: "Esta norma, como es obvio, derogó el artículo 18 de la Ley 57 de 1887 según la cual, los procesos de divorcio no vincular, lo que era lo mismo, de separación de lecho, mesa y habitación, se regían por las leyes de la Iglesia y estaban sujetos al conocimiento de los Tribunales Eclesiásticos.

No es tan obvio, como lo afirma la Sala, que el artículo 18 de la Ley 57 de 1887 está derogado. Piénsese que el Procurador recurrente sostiene que esa norma la derogó el artículo III del Concordato y la Corte, sin refutar al suplicante, afirma que fue el IX. Cuando hay dos opiniones tan radicalmente diferentes el punto no parece tan obvio.

De cómo no tiene razón ni el Procurador Delegado ni la Sala.

I-a) Empiezo por refutar al Procurador.

El principio de que "la legislación canónica es independiente de la civil y no forma parte de ésta..." fue consagrado por primera vez en forma autónoma por el legislador colombiano en el artículo 16 de la Ley 153 de 1887. Luego fue repetido por el Concordato aprobado por la Ley 35 de 1888. Y posteriormente recogido nuevamente por el Concordato de 1973. Las tres normas son idénticas. ¿Cuál de las tres derogó el artículo 18 de la Ley 57 de 1887? Curiosa pregunta. Quizás si se formula de manera distinta sea más fácil responder. ¿Cuándo quedó derogado el artículo 18 de la Ley 57 de 1887? a) ¿En virtud de la Ley 153 de ese año? No parece y hay que concluir categóricamente que no si se piensa que la ley eventualmente derogadora en su artículo 51 repitió y corroboró el artículo 18 de la 57; supuestamente derogado. b) Por ventura el hecho de que esa norma se hubiese repetido en el Concordato de 1888, indica que adquirió un alcance o fuerza de que carecía cuando apenas era una ley de la República? En modo alguno. El carácter obligatorio y su fuerza como norma legal la deriva de ser un acto del Congreso sancionado luego por el Presidente y finalmente promulgado. El hecho de que la norma legal se hubiese repetido en el Concordato en nada le aumenta o le merma su fuerza o efectos. Quizás lo único que de allí se infiere es que cuando apenas era norma legal, acto autónomo del Congreso, podía derogarse tal como se aprobó, por otra ley, sin pedirle permiso a nadie, ahora, cuando es norma concordataria, para modificarlo hay que tomar el consentimiento de la otra alta parte contratante. Pero que la norma tenga más fuerza por ser Concordato que cuando era apenas ley, en modo alguno. Los tratados no le pueden aumentar ni mermar la fuerza vinculante a las normas jurídicas. Ni más faltaba. c) ¿Será aceptable, entonces, la tesis de que el principio glosado no derogó el artículo 18 de la Ley 57 de 1887, ni cuando por primera vez vio la luz, en el artículo 16 de la Ley 153 de ese año, ni al siguiente cuando fue Concordato, pero que sí tuvo semejante poder derogatorio en 1973, como lo sostiene el Procurador? Como la afirmación es huérfana de argumentos no puedo entrar a refutarla. Pero piense el lector si es posible que una norma idéntica, un año produzca un efecto, al siguiente el mismo, pero noventa años después, simplemente reproducida en otra ley, tenga mayor fuerza o alcance? Curiosa teoría según la cual las normas a fuerza de repetirse aumentan su poder.

I-b) ¿Acaso el citado artículo 18 de la Ley 57, reproducido en el 51 de la 153, fue derogado por el IX del Concordato de 1973, como lo afirma la Sala? Lo primero: ¿A qué se refiere el supuesto artículo derogador? Simple y llanamente a competencia. Veámoslo: "IX. Las altas partes contratantes convienen en que las causas de separación de los matrimonios canónicos sean tramitadas por los jueces del Estado, en primera instancia ante el Tribunal Superior respectivo y en segunda instancia ante la Corte Suprema de Justicia. "Por más interpretaciones que la Sala quiera darle, esa norma exclusivamente se refiere al Juez competente, pero no a la norma sustancial que se deba aplicar. Así lo entendió uno de los contratantes, el canciller Vásquez, citado por la Sala, referencia que hago mía: "Colombia reivindicó la plena competencia de sus jueces para dirimir las causas de separación que se ventilen en el territorio nacional". Pero es que una cosa es la competencia, que hace referencia a la aptitud legal de un funcionario para conocer y decidir un determinado asunto, y otra muy distinta el conjunto de normas sustanciales que el competente debe aplicar para decidir ese conflicto. Colombia ciertamente reivindicó la competencia que gratuitamente había delegado, no por Concordato, sino por acto autónomo del Estado. Pero le falta aún reivindicar la delegación que también autónomamente le hizo el Estado a la Iglesia para que se aplicara a los matrimonios eclesiásticos el Derecho Canónico. Esa reivindicación requiere una norma legal que, tal como ocurrió con la competencia, diga con claridad que las separaciones de matrimonios católicos se ri-

gen por las leyes del Estado. ¿Ha dicho eso el Concordato? Evidentemente no. Si quienes lo redactaron estiman que eso fue lo que pensaron decir, habrá que responderles que no supieron expresarse, es decir, darse a entender con palabras.

En nada modifica la situación anterior que la Corte haya dicho en sentencia de 14 de febrero de 1977 que los "jueces colombianos deben aplicar la legislación nacional y no la canónica en estos procesos de separación de cuerpos". Lo importante, en punto a precedentes judiciales, no es que la Corte haya dicho, sino por qué lo dijo. Y volviendo a la cita, ¿acaso el artículo 18 de la Ley 57 y el artículo 51 de la Ley 153 no son "legislación nacional"?

En síntesis, no es aceptable en modo alguno la tesis de la Corte de que el artículo IX del Concordato derogó el artículo 18 de la Ley 57 de 1887, porque tal norma sólo se refiere a competencia, pero no a derecho sustancial.

II. *¿Las causales legales deben aplicarse por analogía?*

Sostiene el Procurador Delegado en su memorial de súplica que "cuando entró en vigencia el Concordato de 1973 y antes de entrar a regir la Ley 1ª de 1976, los procesos de separación de cuerpos de matrimonio canónico se debían adelantar de conformidad con las causales determinadas en el artículo 154 del Código Civil y no de acuerdo con las causales determinadas en la legislación de la Iglesia". Luego de aceptar que antes del Concordato de 1973 las causales del divorcio no vincular del matrimonio católico sí eran las canónicas, sostiene que a partir de su vigencia "es entendido que estos procesos deben ser tramitados de conformidad con la legislación civil, incluyendo en esta lo que se refiere a las causales... pues no podrán invocar las causales de la legislación canónica por ser ésta independiente de la civil...". Luego agrega: "Cuando entró en vigencia el Concordato de 1973 y antes de regir la Ley 1ª de 1976, no había en el país ninguna disposición que estableciera de manera expresa las causales de separación de cuerpos de los matrimonios canónicos. Por tal motivo, se debía dar aplicación al principio de la analogía, como lo ordena el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, según el cual cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes".

Hay que estar indudablemente en parte de acuerdo con la ingeniosa tesis del Procurador Delegado y es en que el Concordato nada reguló sobre causales. ¿Cuáles debían aplicarse entonces? He venido sosteniendo que las canónicas porque así lo ordenan los artículos 18 de la Ley 57 y 51 de la 153 que no están derogados ni expresa ni tácitamente. Entonces buscar la analogía para llenar un vacío o laguna que no existe carece en absoluto de sentido. Pero, ¿será cierto que lo que hicieron los negociadores del Concordato de 1973 fue crear vacíos legales? ¿No es evidente que si la Iglesia hubiese decidido abandonar las causales canónicas, vale decir, la vigencia de su secular Derecho Canónico, así lo hubiese expresado en el Concordato? ¿Acaso es imaginable que en punto de tan trascendental importancia los negociadores hubiesen creado lagunas para que cada juzgador las llene según su real saber y entender? Pues bien, si ello fuere así, el Procurador sostiene que el vacío debe llenarse con el Código Civil. Yo opino que con el Código Canónico. ¿No es por lo menos más lógico aplicar a una institución las normas propias de ella y no las ajenas?

¿Qué dijo la Corte en el auto en que resolvió el recurso de súplica? "... cuando entró a regir el Concordato de 1973 los procesos de separación de matrimonios canónicos quedaron sujetos exclusivamente a las normas de la legislación civil, a todas ellas, y no sólo en punto a causales como lo sostiene el auto impugnado". Lo primero, el auto recurrido jamás sostuvo que a partir del Concordato de 1973 los procesos quedaban sujetos a la ley civil exclusivamente en punto a causales. Todo lo contrario; allí se dijo que quedaban sujetos a la competencia, pero no a las causales. Lo que al parecer quiso decir la

Corte, apoyada en una cita de conspicuo tratadista, fue que "atribuidos los procesos de separación de cuerpos a la jurisdicción civil, ésta obviamente habrá de aplicar la ley civil".

En fin, como puede apreciarse por lo dicho y aún mejor con la lectura del auto de la Corte, ésta nada dijo sobre la tesis del vacío legal y la forma como el Procurador recurrente estimó debía llenarse. ¿La compartiría? Interesante hubiese sido conocer su punto de vista sobre la hipotética laguna legal y el modo de llenarla.

III. *¿La Ley 1ª de 1976 creó la separación de cuerpos?*

Sostiene el Procurador Delegado que la Ley 1ª no creó nada, que simplemente le cambió de nombre a una institución, el antiguo divorcio no vincular, que ahora se llama separación de cuerpos, y que, por mandato de su artículo 29, esta ley debe aplicarse en cuanto a la separación de cuerpos al matrimonio civil y al canónico, motivo por el cual ante los Tribunales y la Corte se deben invocar tales causales.

Estima el suscrito que ciertamente la Ley 1ª. Sí creó la institución de separación de cuerpos que en el Código Civil no existía. Antes de esa ley en relación con el matrimonio civil existían en el Código tres instituciones, a saber: nulidad, divorcio no vincular y separación de bienes. Después de esa ley son cuatro, las tres antes citadas, con la advertencia de que el divorcio ahora es vincular, y la separación de cuerpos. El simple factor numérico está demostrando que esa ley sí creó algo, no simplemente cambió un nombre. En relación con esa nueva institución de la separación de cuerpos el artículo 29 de esa ley prescribe que se aplicará tanto al matrimonio civil como al canónico.

No hay pues, la menor duda sobre que las causales de separación de cuerpos creadas por la Ley 1ª se aplican a ambos matrimonios. Dice el Procurador que, en consecuencia, en los procesos de que por virtud del Concordato conocen los Tribunales y la Corte deben aplicarse las causales de separación de cuerpos de la Ley 1ª. Ese precisamente es el punto en que discrepo tanto del Procurador como de la Corte. Si como ya quedó demostrado, antes eran tres instituciones procesales, nulidad, divorcio y separación de bienes, y hoy son cuatro, hay que aceptar, pese a lo que afirma el Procurador, que hay una nueva, que es la separación de cuerpos; si esa institución procesal nueva se aplica por ley a ambos matrimonios, pues a aplicarla, pero en un plano de igualdad. O sea que cuando se demanda la separación de cuerpos de la Ley 1ª, ora se trata de matrimonio civil o de canónico, se deben tramitar esos procesos ante los jueces civiles del circuito.

Si las causales de la separación de cuerpos de la Ley 1ª se debieran aplicar a los procesos regulados por el Concordato, ciertamente dicha ley lo habría dicho así. Pero no lo dice. ¿O sería acaso que también los legisladores quisieron crear otra laguna de la ley para que cada Juez pudiera llenarla? En modo alguno. La Ley 1ª no dice que las causales de separación de cuerpos se aplican a los procesos regulados en materia de competencia por el Concordato, pero si lo hubiese dicho, tal disposición sería inconstitucional. En efecto, la Sala Plena de la Corte, con el respaldo de los cinco Magistrados que suscribieron el auto en virtud del cual se resolvió el recurso de súplica, ha venido sosteniendo que una ley aprobatoria de un tratado no puede ni ser examinada en cuanto a su constitucionalidad por la Corte ni ser derogada o modificada por otra ley, toda vez que la dirección de las relaciones exteriores de la Nación le corresponde exclusivamente al Presidente. Luego la Ley 1ª no modificó el Concordato, porque así no lo dice; pero si fuera preciso interpretarla así, tal entendimiento la haría una norma inconstitucional, según la reiterada doctrina de la Corte.

Sobre el tema analizado en este acápite dijo la Sala que las causales de la Ley 1ª se aplican tanto a los procesos de separación de cuerpos de matrimonios civiles que se tramitan ante los jueces del circuito, como a los mismos de matrimonios canó-

nicos que se tramitan ante los tribunales. La Sala hace tales observaciones como si la ley lo dijera como si el punto fuera claro, que no lo es. Como para justificar su afirmación no da ningún argumento, es imposible entrar en rectificaciones.

Ahora bien, en últimas, aceptando en gracia el argumento (ante el vacío legal sobre qué causales se deben invocar ante los Tribunales y la Corte), que cierta sea la tesis de que deben alegarse las de la Ley 1ª, tal interpretación no podría compartirla en manera alguna, porque ella conduce a: 1. Hacer la justicia más elitista; 2. Darle al matrimonio católico una categoría superior, de la que carece; 3. Demostrar una desconfianza en los jueces del circuito; y 4. Permitir que una de las altas partes contratantes modifique unilateralmente la ley aprobatoria del Concordato, sin la anuencia de la otra, en punto de vital importancia.

En efecto, tal interpretación aleja los jueces de los interesados en la justicia. Piénsese no más en lo lejana que es de muchos lugares la cabecera de un distrito judicial y por ende lo difícil y costoso que es para el cónyuge católico deprecar una acción de separación en primera instancia; agréguese a lo anterior la dificultad y el costo de la segunda instancia, ante la Corte Suprema, aspecto que de contera convierte a la Sala Civil de tribunal de casación en fallador de instancia, desvertebrando el sistema judicial de la Nación. La justicia que se dispensa con tal interpretación es para una élite, ajena al común del pueblo.

En segundo lugar, al someter el mismo proceso, por las mismas causales, a dos competencias diferentes, según el matrimonio sea civil o canónico, establece entre uno y otro diferente categoría, aspecto inaceptable, aun para los creyentes. No puede admitirse ni siquiera en gracia de discusión que el matrimonio católico tenga una categoría superior al civil. El matrimonio fundamentalmente es una institución jurídica, luego en principio debe estar regido exclusivamente por las leyes del Estado. El hecho de que Colombia sea uno de los escasísimos países del mundo en donde aún se les hace producir efectos jurídicos a los sacramentos, como si aún estuviésemos en el medioevo no justifica que de ñapa se le dé más categoría al religioso sobre el civil. De otra parte, el único hecho que explica la diversa competencia es el de que se aplican derechos sustanciales diferentes. ¿Qué razón hay para que la misma ley la apliquen en el mismo proceso en unos casos los jueces y en el otro la Corte? Ninguna.

En tercer lugar, dijeron en sus comentarios los negociadores del regresivo Concordato, que era preciso reivindicar la competencia de los jueces. El ex-canciller Vásquez, citado por la Corte, dijo: "No puede el Estado desconfiar de sus propios jueces". ¿Y qué más prueba de desconfianza puede darse que negarles la competencia para conocer de las separaciones de cuerpos de matrimonios católicos? ¿Cómo es eso de que confiamos en ellos para que resuelvan los problemas de los que se casan por lo civil, pero desconfiamos de que puedan hacerlo frente a los que lo hacen por la Iglesia? En los estertores del siglo XX no se puede seguir otorgando efectos jurídicos a un sacramento y mucho menos darle mayor importancia a éste que a la institución jurídica que reglamenta y gobierna el Código Civil.

En cuarto y último lugar, haciendo mías las tesis de quienes suscribieron el auto en virtud del cual se resolvió la súplica, no se puede aceptar que el Estado unilateralmente venga a cambiar las reglas de juego en las relaciones Iglesia Estado. Soy partidario de modificar cuanto antes el regresivo Concordato de 1973. Pero haciendo honor a la palabra empeñada contractualmente, cualquier modificación o la anhelada supresión debe por lo menos ser consultada con la Iglesia. Si nada se pactó a causales pero había una norma aún no derogada que se refiere a las leyes de la Iglesia, si la Ley 1ª hubiese modificado ese estatus se ha debido consultar a los representantes de ésta. El no haberse consultado implica, como lo creo, que no hubo modificación alguna. Pero si se sostiene que esa ley cambió las causales, ¿cómo se

explica la falta de consulta con la Santa Sede?

Finalmente, la circunstancia de que el artículo 29 de la Ley 1ª de 1976 hubiese sido acusada de inconstitucional ante la Corte y ésta lo haya declarado exequible no implica contumacia de mi parte al tratar de interpretarlo. La exequibilidad decretada implica que el artículo está vigente, pero cada Juez conserva la libertad de interpretarlo en cada caso concreto. Es por ello que pese a las razones expuestas por el recurrente y la Sala Civil a que me he venido refiriendo, insisto en que tal artículo no puede entenderse en forma diferente de como he venido pregonando, es a saber, que el proceso de separación de cuerpos que en esa ley se creó se aplica en forma igual, con las causales allí consagradas, tanto para los matrimonios civiles como canónicos, y su trámite corresponde siempre a los jueces civiles del circuito. Y que los procesos de separación de cuerpos de matrimonios católicos, cuando se invoquen las causales contempladas en el Código Canónico, son de competencia de los tribunales en primera instancia y de la Corte en segunda.

* * *

Como consecuencia de todo lo que se deja escrito y habida consideración de que en la demanda que dio origen al proceso que ahora se decide en segunda instancia se invocaron no causales canónicas sino las de la Ley 1ª de 1976, este proceso es nulo y estimo que así ha debido expresarlo la Sala, en vez de fallar en el fondo. Por tal motivo hago salvedad de mi voto.

Bogotá, mayo 22 de 1984.

Jorge Salcedo Segura.

DECLARACION DE PERTENENCIA

Requisitos para que la sentencia produzca efectos erga omnes. En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., junio doce de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Horacio Montoya Gil).

Al haber prosperado el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 12 de marzo de 1982, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en el proceso ordinario de Yolanda Arciniegas de Ferrucho contra Guillermo Taylor Taylor, procede la Corte, como Tribunal de instancia, a decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra el fallo de primer grado dictado el 14 de mayo de 1981 por el Juzgado Civil del Circuito de San Andrés y Providencia (Islas).

Antecedentes

I. En demanda presentada el 24 de julio de 1979 ante el entonces Juzgado Promiscuo del Circuito de San Andrés, Yolanda Arciniegas de Ferrucho demandó por la vía del proceso ordinario a Guillermo Taylor Taylor frente a quien adujo la pretensión de que sea declarada *dueña plena y absoluta* de un lote de terreno, situado en el área urbana de San Andrés, Isla, en el sector llamado Big Point, comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el norte: con predios del señor Guillermo Taylor antes, hoy con lote y casa del señor Félix Palacio, en una extensión de veintisiete metros con noventa centímetros (27,90); por el sur: con predio lote y edificación de Hansa Club Villas en extensión de treinta y cuatro metros con veinte centímetros (34,20); por el este: linda con el mar, en extensión de sesenta y tres metros con noventa centímetros (63,90); y por el oeste: con predios de la sucesión de Adalbert Bernard, hoy Avenida Colombia, en una extensión de sesenta y cinco metros con treinta centímetros (65,30)". Consecuencialmente pide se condene al demandado a restituírselo.

II. Como constitutivos de la *causa petendi* la demandante expuso los hechos que enseguida se compendian:

a) Por escritura Nº 182 pasada el 7 de junio de 1962 ante el Notario de San Andrés, Isla, debidamente registrada y reinscrita el 13 de abril de 1966, Dillión Brock protocolizó declaraciones extraproceso que afirman haber poseído él por más de 20 años el inmueble antes mencionado;

b) Por escritura Nº 552 de 29 de diciembre de 1975, de la Notaría de San Andrés, registrada oportunamente, se protocolizó el expediente que contiene el proceso de sucesión de Dillion Brock en cuya sentencia aprobatoria de la partición se adjudicó a su viuda Abeulath Taylor el terreno de Big-Point, y por escritura Nº 272 corrida el 24 de julio también de 1975 de la Notaría de San Andrés, la mencionada viuda dio en venta el mismo bien a Boris Nisimblat;

c) Mediante sentencia de 22 de septiembre de 1975, registrada el 26 de los mismos, el Juzgado Promiscuo Territorial de San Andrés, declaró, en proceso de pertenencia, que Boris Nisimblat ganó por usucapión extraordinaria el derecho de dominio sobre el inmueble referido antes;

d) Por escritura Nº 6896 de 3 de diciembre de 1976, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, debidamente registrada, Boris Nisimblat vendió a Yolanda Arciniegas de Ferrucho el mismo bien raíz;

e) A principios del año de 1979, Yolanda Arciniegas hizo cerrar, con muros de adobe el apuntado lote de terreno pero, aprovechando la ausencia del encargado de la vigilancia del inmueble, el demandado Guillermo Taylor hizo destruir parte del muro de cerramiento y "tomó posesión en forma clandestina y violenta" del bien. Por tal circunstancia aquélla promovió contra éste proceso de lanzamiento pero el Intendente lo dejó en posesión del terreno en vista de que "poseía escrituras del lote en referencia y certificado de libertad...";

f) Guillermo Taylor es el actual poseedor violento y clandestino del bien que se *reivindica*, pero no dueño, ya que perdió "la posesión inscrita por la prescripción adquisitiva de dominio decretada a favor del señor Boris Missimblat", y

g) Los títulos que ostenta Guillermo Taylor debían haberse cancelado por el Registrador de Instrumentos Públicos, a consecuencia del fallo de declaración de pertenencia, pero por error de dicho funcionario no procedió así.

III. Aceptado el libelo y comunicada su admisión al demandado, éste le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones de la demandante. En cuanto a los hechos negó que su posesión, que no recae sobre todo el lote, sea violenta y clandestina; al mismo tiempo, afirmó que ni la demandante ni el doctor Boris Nisimblat han ejercido posesión sobre dicho lote. Explico, además, que parte del bien inicialmente adquirido lo enajenó a Víctor Ruiz Mora mediante escritura Nº 130 de 1956, de la Notaría de San Andrés, inscrita oportunamente: lote éste que desde el 28 de junio de 1976 le fue entregado en calidad de secuestre a Néstor Sánchez Romero.

Como excepciones de mérito alegó las siguientes:

A) *Inoponibilidad* de los títulos de la demandante, por cuanto, a pesar de que el Decreto 256 de 1973 dice que no es necesario acompañar a la demanda de pertenencia el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos a que se refiere la regla 5ª del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, la demanda debió dirigirse contra él por aparecer como poseedor inscrito del derecho de dominio sobre ese bien; B) *Prescripción ordinaria adquisitiva de dominio* de la parte del lote que posee, y subsidiariamente la extraordinaria; C) La de *nulidad* del proceso de pertenencia "por falta de trámite y falta de notificación o emplazamiento".

IV. Agotada la tramitación correspondiente a la primera instancia, el Juzgado mediante sentencia de 14 de mayo de 1981 despachó favorablemente las súplicas de la demanda y rechazó las excepciones propuestas por el demandado.

V. Inconforme la parte demandada con la decisión precedente, en la debida oportunidad, interpuso contra ella el recurso de apelación, el que procede la Corte a resolver como Tribunal de instancia, ante el hecho de haber quebrado la sentencia de segundo grado y practicado las pruebas decretadas de oficio de conformidad con lo dispuesto por el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil.

Consideraciones de la Corte

1. Con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho constitutivos de la *causa petendi*, la acción ejercitada a través de este proceso promovido por Yolanda Arciniegas de Ferrucho frente a Guillermo Taylor Taylor no es otra que la de dominio, instituida en defensa del derecho de propiedad y que tiene por objeto el reconocimiento del señorío y recuperación de

la cosa frente a quien la posee y se muestra contumaz a la entrega.

2. En la sentencia apelada, el Juez de la primera instancia accedió a las súplicas de la demanda por haber encontrado que, no obstante la doble titulación que presenta el inmueble objeto de la reivindicación, la aducida por la actora debe prevalecer por cuanto deriva de la sentencia de declaración de pertenencia dictada el 22 de septiembre de 1975 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Andrés (Isla), en virtud de la demanda formulada por Boris Nisimblat Alvarez. Esa sentencia, que quedó ejecutoriada el mismo día de pronunciada, dice el Juzgado, es oponible a todo el mundo, inclusive al demandado Guillermo Taylor quien por consiguiente perdió todos los derechos que anteriormente hubiera tenido sobre lo reivindicado y, por lo mismo, no pueden desconocerse ahora sus efectos de cosa juzgada generados en términos del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil.

3. *La acción reivindicatoria, dice el Código Civil, 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 (art. 946). Con fundamento en esta noción legal, tradicionalmente, la doctrina ha sostenido que son requisitos estructurales de la acción de dominio o reivindicación los siguientes: a) Que el actor tenga el derecho de dominio sobre la cosa que persigue; b) Que el demandado tenga la calidad jurídica de poseedor; c) Que se trate de cosa singular o cuota determinada proindiviso de aquélla; y, d) Que el bien objeto de la controversia sea el mismo que posee el demandado.*

Con arreglo al anterior enunciado, para el éxito de las pretensiones del reivindicante, se hace necesario que el demandante acredite su derecho de dominio sobre lo que reivindica, porque el poseedor demandado se encuentra protegido por la presunción legal de ser dueño de la cosa que posee (art. 762 del C. C.). Es igualmente necesaria la prueba de que el demandado es poseedor de la cosa, porque la ley lo señala como la persona que debe responder de la pretensión reivindicatoria, pues cuando el sujeto pasivo no tiene la calidad jurídica de poseedor sino la de mero tenedor, como norma general, otras serían las acciones para recuperar el bien del detentador (art. 952, ib.). También se requiere que la cosa sea singular, esto es que se determine (arts. 946 y 949 del mismo Código). Finalmente, se precisa demostrar que el bien perseguido por el demandante es el mismo que posee el demandado, porque, como lo tiene sentado la doctrina de la Corte, "en tratándose de hacer efectivo el derecho, se ha de saber con certeza cuál es el objeto sobre el cual incide, pues si el bien poseído es otro, el derecho no se ha violado, y el reo no está llamado a responder" (Cas. 27 de abril de 1955, G. J. Tomo LXXX, 86).

4. Ahora bien, con el propósito de acreditar el derecho de dominio que afirma tener sobre el inmueble cuya reivindicación demanda, Yolanda Arciniegas de Ferrucho adujo los siguientes elementos de prueba:

a) Copia de la escritura Nº 6899 de 3 de diciembre de 1976 de la Notaría Cuarta del Círculo de Bogotá, debidamente registrada, por medio de la cual Boris Nisimblat Alvarez vende a Yolanda Arciniegas de Ferrucho, entre otros bienes, el inmueble cuya situación, cabida y linderos aparecen consignados en la demanda;

b) Copia de la sentencia de 22 de septiembre de 1975, proferida por el Juez Promiscuo Territorial de San Andrés (Isla), por medio de la cual, previo el procedimiento establecido por el Decreto-ley Nº 256 de 1973, declaró que el lote de terreno que en ese mismo fallo se determina lo adquirió Boris Nisimblat Alvarez por el modo de la prescripción extraordinaria;

c) Copia de la escritura Nº 272 de 24 de julio de 1975, de la Notaría Unica de San Andrés, por la cual Boris Nisimblat compró a Abeulah Taylor de Brock el inmueble a que se refieren tanto la demanda como los títulos anteriores, y también copia parcial de la hijuela en que se adjudicó a la vendedora el mismo inmueble en la su-

cesión de Dillion Brock, protocolizada por escritura Nº 552 de 29 de diciembre de 1975 de la Notaría Unica de San Andrés; y

d) Finalmente, copia de la escritura Nº 182 de 7 de junio de 1962 de la Notaría de San Andrés, por medio de la cual Dillion Brock protocolizó dos declaraciones extraproceso rendidas por Roberto y Brocklolt Davis en el sentido de que el exponente poseyó el bien por más de veinte años.

El demandado Guillermo Taylor, a su turno adujo como títulos suyos y enfrentó a la demandante copia debidamente registrada de la escritura Nº 501 de 23 de octubre de 1970, por medio de la cual Margarita Daza le vende un lote de terreno, situado en Big Point de la cabecera de San Andrés y comprendido por los siguientes linderos: "Al norte: linda con propiedad que fue de William B. Forbes hoy de Víctor Ruiz Mora, en extensión de treinta y cinco metros con treinta centímetros (35,30); sur: con terreno que fue de los sucesores de Adalbert Bernard hoy de Jota B. Londoño, en extensión de treinta y cuatro metros con cincuenta centímetros (34,50); al este, con el mar, en extensión de veintiocho metros ochenta centímetros (28,80); y por el oeste: con la carretera hoy Avenida 'Colombia', en extensión de veintinueve metros con cincuenta centímetros (29,50)". Y también copia de la escritura Nº 166 de 19 de julio de 1957 de la Notaría Unica de San Andrés, registrada en la misma fecha y reinscrita el 9 de enero de 1967, según la cual Guillermo Taylor vende a Margarita Alvarez en mayor extensión el lote a que se refiere la escritura anterior.

Como se advierte, y así lo destacó la Corte al decidir el recurso de casación, Boris Nisimblat adquirió el inmueble que luego vendió a la demandante de quien carecía de título, pues a Abeulah Taylor le fue adjudicado en la sucesión de Dillion Brock y éste, según declaraciones de nudo hecho que hizo proctolizar, sólo tenía una simple posesión. De allí, por qué las inscripciones anteriores a la sentencia de pertenencia aparezcan como de falsa tradición, según resulta del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de San Andrés que la demandante acompañó a su libelo.

5. Dados los términos como se trabó la relación procesal, uno de los aspectos de mayor trascendencia de este litigio se refiere precisamente al presupuesto atinente *al dominio de la parte demandante*, pues aun cuando su titulación se inicia con la sentencia de 22 de septiembre de 1975, es lo cierto que la titulación del demandado tiene una extensión temporaria muchísimo mayor.

Al contrario de lo sostenido por la demandante y acogido por el *a quo*, Guillermo Taylor alega que los títulos de aquélla le son *inoponibles* por derivar de una sentencia proferida en un proceso irregularmente adelantado. Así lo aseveró al proponer la excepción que el Juzgado despachó diciendo simplemente que como la sentencia que declaró la pertenencia se hallaba ejecutoriada y se profirió en uno de los procesos a que se refiere el penúltimo inciso del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, era oponible a todo el mundo, incluido Guillermo Taylor.

6. *El principio de origen romano de la relatividad de la cosa juzgada* (res inter alios judicata tertio non nocet), *que limita la fuerza vinculante de las sentencias a la causa en que se profieran y respecto de las personas que intervienen en ella, sufre algunas excepciones de rigurosa interpretación taxativa por cuanto éstas sólo se dan por expreso mandato del legislador. Se dice entonces que en tales casos el fallo obliga a todo el mundo, de tal forma que nadie puede desconocerlo y se pueda oponer como cosa juzgada en cualquier otro proceso posterior.*

El referido principio que nuestro ordenamiento consagra en el artículo 17 del Código Civil, presenta en la práctica algunas dificultades en razón de las excepciones que se le han introducido; excepciones cuya procedencia algunos doctrinantes consideran inconvenientes y quienes las admiten,

enfatizan que son taxativas, *justamente, por su carácter excepcional.*

Rocco, sostiene que los fundamentos de la distinción entre sentencias que producen efectos "inter partes" y las que los generan "erga omnes" *no han sido demostrados y tales distinciones resultan arbitrarias. (Ugo Rocco TEORIA GENERAL DEL PROCESO, Porrúa 1959; pág. 56). Couture, a su turno, pone en duda la opinión de que las sentencias constitutivas surtan efectos* "erga omnes" *(FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL, Depalma 1966, pág. 425). Liebman, dice que los casos en que la sentencia afecta a terceros son taxativos (Liebman Enrico Tulio, MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL. EJEA, 1980, pág. 606).*

Entre los pocos casos excepcionales en que el legislador colombiano ha reconocido efectos "erga omnes" *a ciertas sentencias, se hallan las dictadas en procesos de pertenencia que se adelantan siguiendo las ritualidades prescritas por el Código de Procedimiento Civil en su artículo 413. En estos casos la declaración se obtiene a través del proceso ordinario de mayor cuantía, caracterizado en tal evento por la amplia publicidad con que se debe proceder en garantía del derecho de defensa de posibles interesados. Precisamente, en razón de esa amplitud de formas, la sentencia que en ellos se dicte, cuando acoja las pretensiones de la demanda, según lo previene el aparte final del citado artículo 413, una vez consultada y en firme, producirá efectos* erga omnes.

Como fácilmente se infiere, tales efectos le son reconocidos por la ley a las sentencias proferidas en los procesos de pertenencia adelantados conforme a las previsiones del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, justamente, en razón de las exigencias especiales como son la aducción del Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, la amplia publicidad que debe darse a la admisión de la demanda, la revisión oficiosa de la sentencia en caso de no mediar apelación etc. De allí por qué no pueda sostenerse que tengan igual mérito los fallos dictados en procesos seguidos por los trámites establecidos por los decretos 256 de 1973 y 508 de 1974, como que, de otra parte, el legislador no les reconoció expresamente *dichos efectos. Siendo ello así, a tales fallos se les aplicará la regla general consagrada por el citado artículo 17 del Código Civil y más concretamente el penúltimo inciso del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, según el cual en los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.*

7. En el caso *sub júdice*, según lo expresado al narrar los antecedentes del litigio, Boris Nisimblat Alvarez demandó por los trámites establecidos por el Decreto 256 de 1973 la declaratoria de haber adquirido por prescripción *extraordinaria el derecho de dominio sobre el lote que es objeto de reivindicación.*

El citado Decreto 256, por el cual se expidieron normas y procedimientos especiales para titulación de inmuebles en el archipiélago de San Andrés y Providencia por el término de cinco años, con el propósito de facilitar la de titulación, ya que los archivos de la Notaría y Oficina de Registro de San Andrés se incendiaron, simplificó tanto los requisitos de las demandas como el trámite de los procesos. Así, estableció en su artículo 4º que no sería "necesario acompañar a la demanda el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos a que se refiere la regla 5ª del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil" y dispuso, además, que el respectivo edicto "se fijaría por el término de diez días calendario en un lugar visible de la Secretaría y en el lugar en que se encuentre ubicado el inmueble, y se publicará por una sola vez, en un periódico y en una radiodifusora del lugar, sí los hubiere, de todo lo cual se dejará constancia en el expediente en la forma indicada en el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil".

Como se puede inferir de los hechos que motivaron la expedición de dicho decreto, a los interesados en la titulación de inmue-

bles situados en San Andrés se les eximió de que presentasen el certificado de registro "acerca de las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro o de que no aparece ninguna como tal", por la obvia razón de que se habían quemado los libros de la Oficina de Registro encargada de expedirlos. Sin embargo, ello no quiere decir que si al momento de formular la demanda de pertenencia el inmueble apareciese en cabeza de un titular, como ocurrió en el caso sub-análisis, el demandante estuviese exonerado de indagar acerca de esta circunstancia y acompañar a su demanda el correspondiente certificado, tanto más cuando del proceso resultan establecidos hechos indicativos de que estaba enterado de quién o quiénes aparecían inscritos como titulares del dominio sobre el bien objeto de la pertenencia.

Si, con desconocimiento de la realidad fáctica y jurídica, el demandante promovió el proceso de pertenencia sin indicar como poseedor inscrito a quien realmente tenía esa calidad, no puede sostenerse lógicamente que éste hubiese quedado comprendido entre las personas indeterminadas objeto de emplazamiento, y, por tanto le sea oponible la sentencia en términos del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil. "No dirigir la demanda contra quien es titular del derecho de dominio, contra quien figura en la Oficina de Registro como sujeto de derechos reales principales, cuando se sabe quien es esta persona o cuando existe motivo razonable para inferir que el demandante no podía ignorar esa circunstancia, dijo la Corte en sentencia de 30 de noviembre de 1978 (aún sin publicar), es suceso que comporta ruda agresión al derecho de defensa de quien, si hubiera sido demandado, habría sido legítimo opositor".

La anterior doctrina de la Corte que admite la inoponibilidad de la sentencia obtenida sin la citación personal del poseedor inscrito, tiene sólido respaldo también en la doctrina de los procesalistas para quienes la sentencia sólo producirá efectos "erga omnes" *cuando la citación y emplazamiento comprenda tanto a titulares ciertos y conocidos como a los indeterminados.*

"Entre el emplazamiento genérico y eficacia universal de la sentencia, dice Couture, refiriéndose al proceso de pertenencia, media un paralelismo absoluto. La doctrina española llama, "requisito de congruencia" al ajuste que debe existir entre las personas y cosas que son objeto de la relación procesal, y el contenido eficiente de la sentencia. En el presente caso, sólo un emplazamiento a los derechohabientes ciertos y conocidos, pero también extensivo a todos los que se consideren con derecho, puede tener la virtud de que ningún interesado pueda proclamarse ajeno a la sentencia" (ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL, Tomo II, pág. 370, Ediar S. A.).

En armonía con lo expuesto en los anteriores apartes, la sentencia en virtud de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Andrés (Isla) declaró que Boris Nisimblat Alvarez adquirió por prescripción extraordinaria el dominio sobre el inmueble objeto de la reivindicación, no podía producir efectos *"erga omnes"* ni tampoco es oponible a quienes figuraban entonces y aún figuran como poseedores inscritos, ya que no se les puede considerar comprendidos dentro de los indeterminados emplazados. Y si tal sentencia no le es oponible al demandado, tampoco el título de la demandante Yolanda Arciniegas de Ferrucho puede serlo por derivar de la declaración contenida en dicha sentencia.

8. De otra parte, si se examina con detenimiento la prueba testimonial que obra en el proceso, tanto las declaraciones recibidas durante la tramitación de la primera instancia como las recepcionadas por la Corte durante la práctica de la Inspección Judicial, se verá como según tales pruebas, en tanto el demandado Guillermo Taylor siempre ha estado en posesión del lote mayor inicialmente y de la parte a que se refiere en la constestación de la demanda luego, ni la actora ni su antecesor han realizado actos diferentes a los de la construcción de una paredilla que motivaron el trámite ante el Superintendente de San Andrés de un proceso de lanzamiento que culminó en forma desfavorable por las razones que la misma demandante expresa en el libelo demandatorio.

En efecto, Carola María Smith de Mitchell (fl. 5, C. Nº 2), dice que el lote objeto del litigio hacía parte de uno de mayor extensión de propiedad de sus abuelos y que Sara Habrans de Davis se lo vendió a Guillermo Taylor, quien lo cercó; agrega que ella conoció también a Dillion Brock, sobrino de sus abuelos, pero que no le consta que éste haya ejercitado actos posesorios sobre el mismo. Estras Bernard Vizcaíno (fl. 6 *ib.*), confirma que Guillermo Taylor compró el mencionado lote a la familia Davis, lote que en parte colindaba con otro de propiedad de su señora madre Carlota Vizcaíno; dice así mismo que él también conoció a Dillión Brock pero que éste nunca tuvo posesión de ese bien. Juvenal Gordon Gordon (fl. 10 *ib.*), afirma constarle que el demandado Taylor ha ejecutado actos de señorío sobre el inmueble desde hace como veinticinco años pues que lo tenía cercado pero por orden del Superintendente fueron derribadas las cercas para construir el andén de la Avenida Colombia. En cambio, agrega, no le consta que Dillión Brock o Boris Nisimblat o Yolanda Arciniegas hayan tenido la posesión.

Pablo Mesa González, Néstor Sánchez Romero, Félix Napoleón Palacio y Graciela Livingston de Palacio (fls. 71, 73, 78 y 81, C. Nº 5), quienes declararon dentro de la inspección judicial, coinciden en sostener que, no obstante el tiempo durante el cual han vivido cerca de tal inmueble, no conocen a la demandante Yolanda Arciniegas de Ferrucho ni han observado que ella o Boris Nisimblat hayan ejecutado actos indicativos de dominio. En cambio todos afirman conocer a Guillermo Taylor y dan cuenta de hechos posesorios realizados por éste. El primero de los nombrados, quien vive en la Avenida Colombia muy cerca al lote, sostiene que conoce a Taylor desde 1957; que por los años de 1963 o 1964, por conducto de Margarita Daza, quien lo cuidaba y fuera su dueña en una época, trató de adquirir el lote que hoy es de Víctor Ruiz Mora. Agrega que Margarita Daza vivía, entonces, en lo que es hoy de Félix Palacio y que siempre ha conocido a Taylor como el dueño del lote en litigio. Néstor Sánchez Romero, quien también conoce a Taylor desde 1962 y es el secuestre desde 1976 del lote que aparece en cabeza de Víctor Ruiz Mora, informa que para eliminar la confusión acerca de los linderos fue necesaria al momento del secuestro la presencia de Taylor por ser éste a quien se le ha tenido como poseedor y dueño. Dice, además, que últimamente se había enterado que Boris Nisimblat se había hecho adjudicar en un proceso de pertenencia el lote del cual es secuestre por cuenta del Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá. Los dos últimos declarantes, quienes viven en propiedad comprada a Margarita Daza, contigua al lote de Víctor Ruiz Mora, hablan de que como sabían que el lote en litigio era de Taylor, puesto que sostiene los cercos, le hace limpieza y recogía cocos cuando había, conversaron con él acerca de la posibilidad de construir allí un hotel con los dos lotes pero que se encontraron con el tropiezo del lote de Ruiz Mora.

Si a los anteriores elementos de juicio se suma la circunstancia de que por escritura Nº 130 de 24 de julio de 1956, de la Notaría Unica del Círculo de San Andrés, registrada en la misma fecha y reinscrita el 26 de agosto de 1975, Guillermo Taylor vendió parte del lote a Víctor Ruiz Mora a que se refieren los testigos y que forma parte del lote en litigio; y, además se tiene en cuenta, que el 16 de mayo de 1972, el mismo Guillermo Taylor obtuvo del Banco del Comercio un préstamo garantizado con hipoteca sobre resto del inmueble, previo concepto del abogado del Banco Boris Nisimblat, según lo manifestó este mismo en su declaración ante la Corte, es necesario dar por establecido, de un lado, que mientras la actora presenta una titulación que se remonta al 22 de septiembre de 1975, el demandado Guillermo Taylor exhibe una que va hasta el año de 1957, y de otro, que el demandado tiene acreditada una posesión que supera en mucho la de la demandante, admitiendo que ésta recientemente hubiese realizado algunos actos de dominio como fue el cerramiento que los lotes presentan en la actualidad.

En tales condiciones, lógicamente, debe prevalecer el título más antiguo, como desde vieja data lo tiene sentado la Corte. "Cuando el poseedor además de ampararse en su posesión presenta un título inscrito, entonces surge el problema de la confrontación de los del demandante con los del demandado para determinar a cuál de ellos asiste mejor derecho. Mas en este caso también la posesión material juega primordial papel, porque entonces los títulos del demandante deben comprender un período mayor que el de la posesión del demandado. Cuando los títulos de éste y lo mismo su posesión son de fecha posterior a los del demandante, la acción de éste prospera; pero al contrario, cuando el título inscrito del demandado es anterior al del demandante, la petición reivindicatoria de éste no puede triunfar" (G. J., LXXV, 35).

9. No obstante que en consonancia con lo dicho se impone la conclusión de que no se da la primera condición de éxito de la pretensión reivindicatoria y que ello constituiría motivación suficiente de un pronunciamiento desestimatorio, resulta pertinente destacar otros aspectos del litigio.

El demandado, desde el momento de la contestación de la demanda, ha venido sosteniendo que por cuanto desde 1956 vendió una parte del lote a Víctor Ruiz Mora, la cual se halla secuestrada desde 1976, no tiene por tanto la posesión sino de una parte del inmueble objeto de la reivindicación, afirmación que tiene plena comprobación en los autos, de un lado con la copia debidamente registrada de la escritura Nº 130 de 1956, de la Notaría Unica de San Andrés y, de otra, con la inspección judicial practicada por la Corte y el dictamen de los peritos que en ella intervinieron.

Según el dictamen, el globo de terreno que se relaciona en la demanda está formado por dos lotes: 1. El lote que según la escritura Nº 130 de 24 de julio de 1956 de la Notaría de San Andrés fue vendido por Guillermo Taylor a Víctor Ruiz Mora (fl. 2, C. Nº 5) y que es el mismo que se encuentra secuestrado dentro de un proceso laboral adelantado contra el comprador (fl. 65, C. Nº 1); y, 2. Un segundo lote que es al que se refiere el hecho 6º de las excepciones formuladas por el demandado Guillermo Taylor y que éste adquirió por compra hecha a Margarita Daza mediante la escritura Nº 501 de 23 de octubre de 1970 de la Notaría de San Andrés (fl. 91, C. Nº 1). Los expertos con fundamento en los elementos de prueba que obran en el proceso y las observaciones y medidas tomadas, manifiestan que existe identidad entre el lote a que se contrajo el proceso de pertenencia promovido por Boris Nisimblat y el relacionado en la demanda formulada por Yolanda Arciniegas, con una diferencia de cuatro metros, lo cual en el mismo libelo se explica por cuanto la posesión de ellos la tiene Hansa Club Villas. El dictamen, además, aparece ilustrado con un croquis en el que indican los peritos como cabida total para el inmueble objeto de la reivindicación la de mil ochocientos sesenta y ocho metros cuadrados (1.868); para el lote de *Víctor Ruiz Mora* novecientos setenta y dos metros cuadrados (972), y para el lote de *Guillermo Taylor* ochocientos noventa y seis metros cuadrados (896), todo lo cual está en armonía la prueba testimonial y demás elementos de prueba que obran el plenario.

De lo que se acaba de observar se infieren varios hechos importantes: que no existe identidad entre el inmueble objeto de la pretensión reivindicatoria y el poseído por el demandado: que en la Oficina de Registro aparecen inscritos como titulares del derecho de dominio sobre dicho lote el demandado Guillermo Taylor y Víctor Ruiz Mora y que la demanda se dirigió únicamente contra el primero. Fue precisamente, la circunstancia de hecho de que el Tribunal no hubiese visto que el lote que posee el demandado es solamente una parte del inmueble que se reivindica, lo que determinó el quiebre de la sentencia del Tribunal.

Viene de lo que se acaba de decir, que tampoco la cuarta de las condiciones de éxito de la pretensión reivindicatoria se da en el caso *sub júdice*.

10. Las consideraciones que se han hecho indican, pues, que las pretensiones deduci-

das en la demanda que dio lugar a este proceso no pueden prosperar y que como esta conclusión es diferente a la del *a quo*, su sentencia habrá de revocarse y en su lugar se desestimarán, sin que por lo mismo, sea necesario examinar las excepciones propuestas por la parte demandada. Naturalmente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 392-4 del Código de Procedimiento Civil la parte demandante sufragará las costas de ambas instancias.

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, *revoca* la sentencia de 14 de mayo de 1981, proferida en este proceso por el Juzgado Civil del Circuito de San Andrés (Isla) y en su lugar, *niéganse las súplicas de la demanda presentada por Yolanda Arciniegas de Ferrucho frente a Guillermo Taylor Taylor.*

Condénase a la demandante al pago de las costas de ambas instancias.

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

Horacio Montoya Gil, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Nicolás Pájaro Peñaranda, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

SIMULACION

Reitera la Corte su concepción unitaria o monista en la explicación del fenómeno simulatorio. Prueba libre ya sean los litigantes parte en el contrato simulado, o terceros extraños a él

SOCIEDAD CONYUGAL

Las acciones en una sociedad adquiridas por uno de los cónyuges antes del matrimonio son bienes muebles (aun cuando la sociedad sea dueña de inmuebles), que integran el haber relativo de la sociedad conyugal, debiendo ésta restituir su valor al disolverse

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., junio veintiuno de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 8 de marzo de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por Martha Lucía Martínez de Gutiérrez en frente de Francisco Javier Gutiérrez Velásquez y la sociedad "Inversiones Gutiérrez Velásquez Ltda".

I

Antecedentes

1. Mediante escritura pública Nº 6233 de 15 de diciembre de 1969, otorgada en la Notaría Séptima del Círculo de Medellín y debidamente inscrita en la Cámara de Comercio de allí, Francisco Luis Gutiérrez Isaza, Nelly Velásquez de Gutiérrez y Olga Lucía, Francisco Javier, Luz Estella, Nora Elena, Marta Nelly, José Elías y Cecilia Gutiérrez Velásquez constituyeron la sociedad de responsabilidad limitada que denominaron "Inversiones Gutiérrez Velásquez & Cía. Ltda.", con un capital social de $ 160.000.oo, que fue aportado así: $ 120.000.oo por el primero de los socios dichos y $ 5.000.oo por cada uno de los ocho restantes.

En la escritura de constitución estipularon los contratantes que la sociedad tendría una duración de 50 años; que su objeto social principal sería "la precautelación del patrimonio familiar", y que las funciones de gerente las desempeñaría Francisco Gutiérrez Isaza.

2. Francisco Javier Gutiérrez Velásquez y Martha Lucía Martínez Mesa contrajeron matrimonio católico el 12 de agosto de 1971, en ceremonia que se realizó ese día en la Iglesia Catedral de la ciudad de Medellín.

3. El 31 de enero de 1979, mediante el otorgamiento de la escritura pública Nº 104 de la Notaría Doce de la misma ciudad de Medellín, también debidamente inscrita allí, Francisco Javier Gutiérrez Velásquez expresó ceder, a título de compraventa y a favor de la sociedad "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía Ltda.", por la suma de $ 1'400.000.oo que declaró "recibidos en dinero efectivo y a su entera satisfacción de

manos del representante legal de la Compañía compradora y a nombre de ésta", la cantidad de "ciento veinte (120) cuotas o partes de interés social que posee en la misma sociedad".

4. Los cónyuges entre sí Gutiérrez Velásquez y Martínez Mesa tuvieron el propósito de liquidar, por la vía extrajudicial, la sociedad conyugal existente entre ellos y por consiguiente en uno de los proyectos de partición que hicieron se adjudicaba a la cónyuge, entre otros bienes, la participación en la sociedad limitada Gutiérrez Velásquez, por un valor de $ 668.962.oo.

5. En febrero de 1979 Martha Lucía Martínez de Gutiérrez demandó a su esposo Francisco Javier Gutiérrez en acción de separación indefinida de cuerpos, imputándole embriaguez habitual, pues "casi diariamente ingiere licor", y relaciones sexuales extramatrimoniales. En dicha demanda la demandante deprecó, como medida cautelar, el embargo y secuestro preventivos de los derechos que a su demandado correspondían en la sociedad "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda.", cautela que no pudo practicarse pues a la sazón el demandado ya había hecho cesión de ellos.

6. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al decidir dicho conflicto, mediante su sentencia de 15 de febrero de 1980, confirmada por la Corte Suprema en su fallo de 28 de julio de ese mismo año, decretó la separación indefinida de cuerpos suplicada y entre otras ordenaciones dispuso la *disolución y liquidación* de la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Francisco Javier Gutiérrez y Martha Lucía Martínez.

II
El litigio

1. Así las cosas, mediante escrito de 27 de febrero de 1981, que en repartimiento correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, la citada Martha Lucía Martínez de Gutiérrez demandó al mentado Francisco Javier Gutiérrez Velásquez y a la sociedad "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda.", a efecto de que la justicia hiciese los siguientes o similares pronunciamientos y condenas:

a) Que es simulada la cesión de derechos sociales contenida en la escritura Nº 104 de 31 de enero de 1979, de la Notaría Doce del Círculo de Medellín, mediante la cual el demandado Gutiérrez Velásquez cedió a la sociedad "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda." 120 cuotas que a él correspondían en ésta;

b) Que, consecuencialmente, se declare que "dicha *venta es nula*, esto es, sin efectos jurídicos";

c) Que, por lo consiguiente, se disponga que tales derechos corresponden a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por el matrimonio que contrajeron entre sí demandante y demandado en agosto de 1971;

d) Que se ordene, como consecuencia, la cancelación de la escritura de cesión de derechos y su inscripción; y

e) Finalmente, que se condene a los demandados en las costas procesales.

2. Además de los hechos que fluyen de los antecedentes relatados, como constitutivos de la *causa petendi* invocó la demandante los que la Sala sintetiza así:

Que para el inicio del año de 1979 ya se había roto la vida conyugal en el matrimonio de los aquí querellantes, debido a la mala conducta de Francisco Javier; que para entonces éste, asesorado por su padre Gutiérrez Isaza, le presentó a aquélla diversas fórmulas tendientes a conseguir su aceptación para alcanzar una separación de bienes por vía extrajudicial; que en los proyectos elaborados al efecto por el abogado Herman Patiño, se incluían como activo de la sociedad conyugal los derechos que al cónyuge correspondían en "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda.", a los que se atribuía un valor superior a los $ 600.000.oo; que como la demandante no aceptó tales fórmulas, pues que para ella resultaban inequitativas, inició demanda para obtener judicialmente la disolución y liquidación de esa sociedad conyugal; que a la sazón el marido simuló la cesión de

derechos sociales, contenida en la precitada escritura Nº 104 de 31 de enero de 1979 "para burlar los derechos de la cónyuge, aparentando vender, para así sacar de la sociedad conyugal los bienes más valiosos,... pero sin que para el señor Gutiérrez Velásquez hubiera desmedro o peligro, pues la sociedad supuestamente compradora está integrada por todos los miembros de su familia, su padre, su madre y sus hermanos"; y que "la falta de seriedad en dicho negocio, aparece en todo momento, pues el señor Gutiérrez Velásquez no recibió el dinero anotado en el acto escriturario por medio del cual fingieron vender los anotados derechos".

3. En sus oportunas contestaciones a la demanda los dos demandados se opusieron a las súplicas deducidas por la demandante. Y en cuanto a los hechos invocados, salvo los atinentes a la celebración del matrimonio y su disolución judicial, constitución de la sociedad comercial demandada y la compraventa de derechos sociales, los cuales aceptaron como ciertos, negaron los demás; afirmaron que el contrato de cesión sí fue real; que como el vendedor recibió el precio y se cumplió la solemnidad debida, el convenio fue auténtico, verdadero y además quedó legalmente perfeccionado.

En esa oportunidad el primero de los dos demandados propuso las excepciones que nominó "negocio real" y "falta de interés jurídico de la demandante". Hizo consistir la primera en que él se vio obligado a ceder sus derechos sociales, "debido a la iliquidez económica que presentaba y que presento en la actualidad"; y la segunda, en que "en el régimen de bienes del matrimonio, la sociedad conyugal no se patentiza sino al momento de la disolución de la misma. Antes cada cónyuge administra sus propios bienes y dispone de ellos. Por tanto, ninguna razón jurídica acompaña a la demandante para impetrar una acción simulatoria, toda vez que no puede afirmarse que se vendió un bien de la sociedad conyugal".

4. Replicada en tales términos la demanda, 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 de 1º de abril de 1982, mediante la cual declaró la simulación deprecada para el acto jurídico contenido en la escritura Nº 104 de 31 de enero de 1979, pasada en la Notaría Doce de Medellín; dispuso, como consecuencia, que dicho interés social no ha salido del patrimonio del demandado Francisco Javier Gutiérrez Velásquez y que por lo mismo pertenece a la sociedad conyugal formada por éste con su esposa Martha Lucía Martínez; ordenó la cancelación de dicha escritura pública y la de su inscripción en la Cámara de Comercio; y finalmente, impuso a los demandados las costas causadas.

5. Por virtud de apelación interpuesta por los demandados contra lo así resuelto, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, en fallo pronunciado el 8 de marzo del año último pasado, luego de infirmar totalmente el apelado decidió denegar las pretensiones de la demandante, absolver a los demandados de los cargos formulados contra ellos en la demanda inicial del proceso e imponer a la demandante las costas procesales de las dos instancias.

III
Los fundamentos de la sentencia de segunda instancia

1. En el proemio de las consideraciones de su fallo el *ad quem*, después de concretar como de simulación absoluta del acto jurídico contenido en la precitada escritura Nº 104 de 31 de enero de 1979 la pretensión principalmente deducida en la demanda inicial del proceso, refiriéndose a las excepciones del demandado expresa: "La cónyuge tiene indiscutiblemente interés para obrar, porque éste viene, tanto cuando ya está disuelta la sociedad conyugal, como en la presente oportunidad, como cuando ya han ocurrido hechos que justifiquen demanda de disolución y se instaura, pues allí surge el interés en tomar todas las medidas conservativas y restauradoras del patrimonio social".

2. Y luego de dar por demostrados con las copias de las escrituras números 6233 de 15 de diciembre de 1969 y 104 de 31 de enero de 1979, tanto la constitución legal de la sociedad demandada con la cesión que a ella hizo de sus derechos sociales Francisco Javier Gutiérrez, observa el juzgador de segundo grado que, según la demanda, la simulación se hace radicar principalísimamente en que dicha cesión no tuvo precio, afirmación que entra en seguida a analizar, puesto que, a su juicio, "allí está la principal base la pretensión".

Y al efecto, tras referirse expresamente al dictamen rendido por los peritos Alberto Aramburo y Myriam Bustamente; a la fotocopia del cheque A-2560893 del 31 de enero de 1979, girado por la compañía demandada a Francisco Javier Gutiérrez por la suma de $ 1'400.000.oo contra el Banco Francés e Italiano; a los informes rendidos por este Banco y el de Colombia, concluye el Tribunal de Medellín que "no hay la menor duda, pues, que al vendedor Francisco Javier Gutiérrez indiscutiblemente le entregó la codemandada el precio incorporado en un cheque, y éste lo cobró por intermedio de su cuenta corriente del Banco de Colombia". De lo cual deduce el *ad quem* que, "hasta ese punto, la negociación fue real".

3. Se refiere en seguida el Tribunal a la información rendida por el Banco de Colombia en enero de 1982, conforme a la cual el citado Javier Gutiérrez giró, en los meses de enero y febrero del año anterior, cinco cheques por un valor total de $ 1'400.000.oo, así: uno por $ 250.000.oo a favor de Dolly Cardona; otro por $ 350.000.oo a Gloria Zapata; otro más por $ 125.000.oo para Nora Yepes; uno más por $ 375.000.oo a favor de Alfonso Tangarife; y un quinto por $ 300.000.oo a Alberto Cardona, cheques todos estos que "fueron cobrados a través del Banco de Caldas por la firma Ferreterías Bolívar, Francisco Gutiérrez Isaza y Cía.".

Y tras aceptar que Francisco Gutiérrez Isaza, gerente y principal interesado en "Ferreterías Bolívar, es padre de Francisco Javier Gutiérrez Velásquez", para desechar la "duda consistente en si se llevaron las apariencias al punto de entregar el precio de la negociación pero devolverlo a través de las personas antes dichas con el propósito de ocultar más la realidad", afirma que todos esos acreedores expresaron en sus testimonios, acordemente, "que Francisco Gutiérrez Isaza les pidió el favor de que le entregaran un dinero a Javier Gutiérrez, quien lo necesitaba para cubrir unas deudas. Que él no se lo entregaba directamente, pues no se lo reembolsaría". Que cada uno de esos cuatro acreedores "recibió de Gutiérrez Isaza un cheque por el guarismo anotado, y cada uno lo endosó como préstamo a Gutiérrez Velásquez. Este con posterioridad pagó a los prestamistas un cheque para cada uno, y ellos lo endosaron al señor Gutiérrez Isaza pues era quien les había entregado el dinero, y esa es la explicación de que el progenitor gerente de Ferretería Bolívar aparezca cobrándolos a través del Banco de Caldas".

Para desechar la tacha que la demandante formuló contra esos testimonios por considerar a los declarantes dependientes económicos, el sentenciador de segundo grado dice que esa dependencia, que sí encuentra probada, "es respecto de Francisco Gutiérrez Isaza", que aun cuando es el padre del demandado y socio de la entidad demandada, no es sin embargo "parte en el proceso".

4. Conclusión de su análisis probativo es para el Tribunal de Medellín, entonces, la de que "efectivamente sí se le entregó al demandado Gutiérrez Velásquez el precio de la negociación, que ello se hizo en un cheque cobrado por el propio beneficiario a través del Banco de Colombia; que el precio lo destinó para el pago de los préstamos que le habían hecho Dolly Cardona, Alfonso Tangarife, Nora Yepes y Gloria Zapata. Que éstos con ello reembolsaron a Francisco Gutiérrez Isaza, ya que las anteriores personas actuaron como simples intermediarias. Que el préstamo hecho por las referidas intermediarias a Gutiérrez Velásquez se destinó por éste a pagar unas deudas".

IV

El recurso extraordinario

1. Según ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación la demandante. En su correspondiente demanda la demandante formula contra el fallo del Tribunal un solo cargo, que la recurrente sitúa dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

Mediante él lo acusa de ser indirectamente violatorio, por inaplicación, de los artículos 180, 1766 y 1781 del Código Civil; 267 del de Procedimiento Civil; 1º y 4º de la Ley 28 de 1932, todo ello como consecuencia de los errores evidentes de hecho en que habría incurrido el sentenciador *ad quem* en la apreciación de las pruebas aducidas al proceso.

2. En desarrollo de su censura la recurrente recuerda que la sentencia desestimativa del Tribunal se fundó en los siguientes dos pilares, a saber: a) considerar probado que el demandado Javier Gutiérrez sí recibió de la sociedad "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda." el pago del precio del interés social que le cedió; y b) dar por demostrado que ese pago lo destinó el mentado Gutiérrez para cancelar préstamos que a él le habían hecho Dolly Cardona, Alfonso Tangarife, Nora Yepes y Gloria Zapata.

Pero para arribar a tal conclusión, dice el casacionista, el Tribunal "omite, por una parte, el análisis de documentos que obran en el proceso; y le asigna, por otra, un valor demostrativo, distinto del que demuestran las respectivas declaraciones, a los testimonios de Tangarife, Cardona, Yepes y Zapata y omite apreciar la de Alberto Cardona, incurriendo con ello en ostensibles y manifiestos errores de hecho en la apreciación de cada una de esas pruebas".

3. Con el propósito de demostrar los yerros fácticos que le enrostra a la sentencia que combate, dice el casacionista que por no haber mirado en toda su realidad objetiva el cheque Nº A-2560893, girado por la Sociedad Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda. contra el Banco Francés e Italiano, "cuya fecha aparente es del 31 de enero de 1978", no advirtió el sentenciador que dicho cheque fue presentado en canje para el pago en dos oportunidades: la primera el 15 de febrero de 1979 y la segunda el 19 del mismo mes, "habiendo sido pagado en esta última fecha según lo certifica el propio Banco librado".

Que el Tribunal no vio, por no haber examinado en toda su realidad objetiva el extracto de la cuenta corriente de la mentada sociedad "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda." en el Banco Francés e Italiano-Sudameris, que dicha sociedad apenas sí consignó el 16 de febrero de 1979 la cantidad de $ 1'400.000.oo, y que esta consignación fue la que permitió pagar por el Banco librado el cheque A-2560893 "apenas el día 19 de febrero, de todo lo cual resulta que la sociedad no tuvo fondos en el Banco para pagar sino desde el 16 de febrero, fecha en que se consignaron los famosos $ 1'400.000.oo".

Agrega la censura que el Tribunal no vio, por lo que incurrió en un error de hecho más, la hoja de cuenta corriente de "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda." en la sociedad "Ferretería Bolívar - Francisco Gutiérrez Isaza y Cía.", y por tanto no advirtió que el 16 de febrero de 1979 aparece allí "consignación Banco Francés préstamo por $ 1'400.000.oo, y que ésta, según el comprobante del folio 14 corresponde a la suma que Ferretería Bolívar le prestó a Inversiones Gutiérrez Velásquez".

No vio el Tribunal el extracto de la cuenta corriente de Francisco Javier Gutiérrez Velásquez del Banco de Colombia, y por consiguiente no apreció que el cheque de $ 1'400.000.oo que se consignó el 15 de febrero de 1979 fue devuelto ese mismo día y no fue abonado; que se volvió a consignar ese mismo cheque el 19 siguiente. Tampoco advirtió el Tribunal que los cheques números 5634, 5635, 5636, 5637 y 5638, girados todos por Gutiérrez Velásquez y por un valor total de $ 1'400.000.oo, fueron presentados para su pago el 16 de febrero, pero no fueron cancelados entonces; y que por eso se volvieron a presentar con ese fin el

19 siguiente, y cargados en la cuenta del girador el 20 de febrero.

4. Concretando los errores de apreciación de tales documentos, afirma la censura que por no haberlos visto en su materialidad objetiva el Tribunal dejó de encontrar la prueba de que la suma de $ 1'400.000.oo que Ferretería Bolívar - Francisco Gutiérrez Isaza "prestó a Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda. conforme a lo que ésta anotó en su contabilidad, permitió hacer efectivo el cheque Nº 2560893 contra el Banco Francés e Italiano, girado por aquella sociedad en favor de F. J. Gutiérrez Velásquez como supuesto pago del precio de las cuotas de interés social y que esta misma suma es la que permitió que los cheques girados por Francisco Javier Gutiérrez en favor de Alberto Cardona, Dolly Cardona, Alfonso Tangarife, Nora Yepes y Gloria Zapata fueron cobrados por Ferretería Bolívar - Francisco Isaza y Cía., o sea por la misma sociedad que suministró inicialmente la provisión de $ 1'400.000.oo, como que basta una mirada superficial a los cinco cheques y a los extractos de las respectivas cuentas corrientes certificadas por los correspondientes bancos, para encontrar que ninguno de los cheques fue pagado sino hasta que la provisión de $ 1'400.000.oo fue hecha, puesto que todos los cheques tuvieron que ser presentados dos veces para el cobro".

5. Un error de facto más le imputa la censura a la sentencia combatida, que se hace consistir en que el Tribunal, al no apreciar debidamente los testimonios de los supuestos acreedores Alfonso Tangarife, Nora Yepes Betancour, Gloria Elena Zapata y Dolly Cardona, beneficiarios de los cheques girados por Francisco Javier Gutiérrez y a la vez endosantes de ellos a favor de "Ferretería Bolívar Francisco Gutiérrez Cía.", no tuvo en cuenta en su sentencia que "todos ellos aceptan que el dinero que dicen haber prestado a aquél (se refieren a Francisco Javier) les fue suministrado por Francisco Gutiérrez Isaza para que no figurara como prestamista, y a éste lo devolvieron una vez pagado por el beneficiario de la operación".

Que al aceptar el Tribunal que tales personas actuaron como simples intermediarios y agregar en seguida "que el precio de la supuesta cesión del interés social lo destinó don Javier Gutiérrez al pago de los préstamos" que le habían hecho esos cuatro deponentes, cometió un ostensible error de hecho, puesto que adiciona tales declaraciones con lo que ninguno de los declarantes afirmó, "o sea con lo referente al origen de los fondos con que fueron reembolsados los supuestos préstamos en que obraron como testaferros (intermediarios dice con candor extremo el Tribunal) de don Francisco Gutiérrez Isaza".

6. Estima la censura y así lo asevera, que también incurrió en error de hecho ostensible el *ad quem* al apreciar el testimonio de Alberto de Jesús Cardona, pues que este declarante, al contrario de lo que la sentencia afirma, no dice que era acreedor de Francisco Javier Gutiérrez; que si esta declaración, como debe serlo, se analiza en conjunto con el cheque que obra al folio 53 del cuaderno Nº 2 y con la constancia del Juez en la diligencia practicada el 13 de octubre de 1981, se llega a la conclusión de que el citado Cardona no es sino uno más "de los intermediarios o testaferros en el regreso del supuesto precio de la cesión al patrimonio de Ferretería Bolívar Francisco Gutiérrez y Cía., y no, como lo entendió erróneamente el Tribunal, un desprevenido acreedor de don Francisco Javier Gutiérrez".

Dice la censura que en el referido cheque aparece el citado Cardona como beneficiario de la cantidad de $ 300.000.oo girada por Francisco Javier Gutiérrez y cobrada por Ferretería Bolívar - Francisco Gutiérrez Isaza y Cía. en virtud del endoso pertinente; y que en la aludida constancia el Juez que practicó la diligencia hizo constar en ella que Cardona "... es contador de Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía., y es quien asesora a Nora Yepes en Ferretería Bolívar, don Alberto Cardona es quien figura como contador de Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. y Ferretería Bolívar, sociedad en comandita simple y firma por las dos sociedades".

V

Consideraciones de la Corte

1ª *Según la clásica definición de Francisco Ferrara, el acto jurídico simulado es el que tiene apariencia contraria a la realidad, ora porque en verdad no existe, o ya porque es distinto del que aparece exteriormente. La simulación, pues, es de dos clases: relativa, cuando el verdadero querer de los contratantes, cuando su real acuerdo de voluntades se oculta a los terceros a quienes se muestra un negocio diferente; y absoluta, cuando se declara existir contrato entre quienes nada han consentido.*

Sin pretender un exhaustivo recuento de la naturaleza y consecuencias del fenómeno simulatorio a través de los diferentes sistemas y concepciones del derecho privado, y de los varios pasos de nuestra jurisprudencia sobre esta materia, basta observar que en un principio la simulación se asimiló a la nulidad, respetando eso sí la posición de terceros de buena fe; posteriormente se desdobló en dos actos, el aparente y el prevalente; y por último, opinión que es la que esta Sala de la Corte ha prohijado, se considera que se trata de un acto único y verdadero, resultante de una misma voluntad expresada en parte con fines de mera apariencia, y en parte con fines efectivos (concepción unitaria o monista), y no dos actos jurídicos distintos, uno ostensible y otro oculto, destinado el segundo a alterar el primero (concepción dualista).

En verdad que la Corte ha sostenido, a partir de sus sentencias de 16 de mayo de 1968 y 21 de junio de 1969 (G. J., CXXX, 142), que en el fenómeno simulatorio no existe sino un solo y único acto o contrato, no uno ostensible y otro oculto, y que en ningún caso se trata de contrabalancear dos situaciones jurídicas, las en un tiempo llamadas aparente y prevalente, sino dos pruebas o conjuntos de pruebas contrarios.

2ª *Ha sostenido pues la doctrina del derecho, y sobre tal aserto edifica la teoría de la simulación de los actos jurídicos, que si el contrato válidamente celebrado es ley para las partes, nada impide dentro del régimen de la libertad de las convenciones que los pactos secretos sean eficaces, sin perjuicio eso sí de los intereses de terceros, pues que la voluntad declarada se subordina a la voluntad real.*

Y como la escritura pública es medio por excelencia para pregonar declaraciones jurídicas frente a toda persona, muy frecuentemente acontece que el documento de esta especie se utilice para la simulación, no porque esta forma de declarar la voluntad se haga invulnerable, sino porque en principio exhibe los atributos de la plena prueba y conserva todo su vigor mientras no se presente la demostración contraria. El artículo 1766 del Código Civil, norma que fue reproducida en el 267 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, establece que "las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros", pero sí inter partes, *desde luego que no está desconocido el valor de tales contra escrituras privadas.*

La técnica probatoria de la acción de simulación, también llamada de prevalencia, consiste en sacar a flote la voluntad privada para que prevalezca sobre la externa que ostenta el acto público, sin perjuicio, desde luego, de terceras personas. Para la prosperidad de la pretensión es necesario demostrar, entonces, aquella voluntad privada que es la que contiene la verdadera de las partes.

Esta prevalencia de la verdadera intención sobre lo declarado públicamente, que encuentra apoyo en la preceptiva de los artículos 1502 y 1618 del Código Civil, sólo es aplicable cuando son las partes del negocio simulado quienes litigan. Si el debate se traba con quien tiene la calidad de tercero y tercero de buena fe, entonces el tratamiento jurídico no puede ser el mismo; en tal caso la intención oculta de las partes no puede tener primacía sobre la declaración pública, cuando tal prevalencia cause daño a terceros. Si los mismos simulantes fueron quienes, con su declaración ostensible, crearon a los ojos de los

terceros la falsa imagen de una situación jurídica seria, de una que resulta ser verdadera únicamente en apariencia, no pueden ellos, con detrimento de los segundos, pretender que su intención o íntimo querer, no revelado públicamente, produzca efectos contra los terceros que han obrado bajo el convencimiento de que la declaración pública comportaba una operación jurídica seria.

3ª *Relativamente al régimen probatorio de la simulación, cabe recordar que las tesis y doctrinas variaron en consideración a la posición de las partes procesales en contienda, especialmente si ellas invocaban su calidad de partes o sucesores de las partes que habían concurrido a la formación del contrato verdaderamente celebrado, o si fincaban sus pretensiones en la condición de terceros y extraños a dicho contrato.*

Antes de la vigencia de la ley probatoria de 1970 se sostuvo, en efecto, que la categoría de la prueba de la simulación era diferente si el actor invocaba el carácter de parte en el acto o contrato, o si derivaba sus pretensiones de la simple calidad de tercero: en el primer caso la prueba era restringida; en la segunda la prueba era libre, pues el tercero que invocaba el acto o contrato real u oculto, lo hacía no para acogerse a un acto *sino a un* hecho jurídico, *bien fuera hecho-condición que le permitiera ejercer un derecho autónomo, o bien hecho-obstáculo que le impidiera o estorbara el ejercicio de un derecho también autónomo e independiente.*

Sin embargo, amparada la Corte en la circunstancia que el Código de Procedimiento Civil de 1970, a cambio del principio de la tarifa legal de pruebas, que en lo referente a la valoración de éstas era el dominante en el estatuto procesal anterior, consagró como regla general el sistema de la persuasión racional, conforme al cual corresponde al fallador ponderar razonadamente el mérito de los distintos medios, apreciándolos en el conjunto que ellos forman, en su sentencia de 25 de septiembre de 1973 recogió la teoría de la restricción de la prueba de la simulación y acogió, desde entonces, el sistema de la prueba libre en todo caso.

4ª Descendiendo al propio campo de la censura, fundado en que por error de hecho en la apreciación de las pruebas el sentenciador de segundo grado dio por probado, sin estarlo, el pago del precio de la cesión de los derechos sociales hecho por la sociedad "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda." al cesionario Francisco Javier Gutiérrez Velásquez, observa la Corte:

A) Es un hecho evidente, pues así lo acredita la copia de la escritura pública Nº 6233 de 15 de diciembre de 1969, otorgada en la Notaría 7ª del Círculo de Medellín y debidamente inscrita en la Cámara de Comercio de allí, que la sociedad aquí demandada "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda.", constituida entre otros miembros de esa familia por Francisco Gutiérrez Isaza y Francisco Javier Gutiérrez Velásquez, padre e hijo legítimos respectivamente, tenía como objeto social principal "la precautelación del patrimonio familiar" y que con tal fin se designó gerente a Gutiérrez Isaza;

B) Según lo demuestra la escritura pública Nº 104 de 31 de enero de 1979, otorgada en la Notaría 12 de esa ciudad, el socio Gutiérrez Velásquez expresó ceder, a título de compraventa y en favor de la sociedad "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda.", representada en ese acto por su gerente Francisco Gutiérrez Isaza, los derechos sociales que en esta sociedad tenía. En dicho documento escriturario expresó el cedente que la suma de $ 1'400.000.oo, acordada como precio de la cesión, los tenía recibidos "en dinero efectivo y a su entera satisfacción de manos del representante legal de la compañía compradora y a nombre de ésta";

C) Es también hecho cierto, como que las partes no lo controvirtieron y antes sí lo aceptaron expresamente, que la sociedad denominada "Ferreterías Bolívar - Medellín", tiene como principal interesado a Francisco Gutiérrez Isaza, quien es su gerente;

D) No obstante que en la escritura Nº 104 de 31 de enero de 1979, Francisco Javier Gutiérrez Velásquez expresó haber recibido en esa fecha, "en dinero efectivo y a su satisfacción", la suma de $ 1'400.000.oo correspondiente al precio de sus derechos sociales cedidos, los comprobantes de contabilidad visibles a los folios 18 del cuaderno Nº 2 y 16 del Nº 3, indican que recibió esa suma de "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda." en "cheque número A-2560893 del Banco Francés";

E) Si bien es cierto que el referido cheque fue girado en esa fecha por "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda.", contra su cuenta corriente del Banco Francés e Italiano - Sudameris y a favor de Francisco Javier Gutiérrez Velásquez, por la indicada cantidad de $ 1'400.000.oo; no es menos cierto que tal instrumento fue presentado en canje para el pago en dos oportunidades: la primera el 16 de febrero de 1979 y la segunda el 19 siguiente, habiendo sido pagado en esta última fecha por abono que se hizo en la cuenta corriente de su primer beneficiario. Así lo acreditan las constancias que aparecen al dorso de la fotocopia del aludido cheque y el certificado del Banco Francés e Italiano - Sudameris, documentos visibles en los folios 8 y 9 del cuaderno Nº 2;

F) Por su parte, según lo indican los comprobantes de contabilidad que aparecen a los folios 20 del cuaderno Nº 2 y 14 del Nº 3, firmados por el contador de la sociedad "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda.", en enero de 1979, aun cuando no se determina el día preciso, esa entidad recibió de Ferretería Bolívar un préstamo, "para consignación Banco Francés", por la cantidad de $ 1'400.000.oo.

Este hecho lo corrobora además el comprobante de contabilidad de la empresa Ferretería Bolívar, visible al folio 13 vuelto del cuaderno Nº 3, en el cual aparece que se cargó en enero de 1979 (16) a la cuenta corriente de "Inversiones Gutiérrez Velásquez", según comprobante Nº 27, la partida de $ 1'400.000.oo, que se detalló como "consignación Banco Francés préstamo";

G) El extracto de la cuenta corriente que "Inversiones Gutiérrez Velásquez" tiene en el Banco Francés e Italiano (fl. 10, C. Nº 2), deja ver que esta sociedad consignó la cantidad de $ 1'400.000.oo, el 16 de febrero de 1979 y que esa consignación permitió que el banco librado pagara el cheque Nº A-2560893 el 19 de ese mes de febrero;

H) El mismo día 15 de febrero de 1979 Francisco Javier Gutiérrez Velásquez giró contra su cuenta corriente del Banco de Colombia, oficina 17, cinco cheques por un valor total de $ 1'400.000.oo, así: Nº 1065634 por $ 300.000.oo, a favor de Alberto Cardona; Nº 1065635 por $ 250.000.oo, a favor de Dolly Cardona; Nº 1065636 por $ 375.000.oo, a Alfonso Tangarife; Nº 1065637 por $ 125.000.oo, a Nora Yepes; y Nº 1065638 por $ 350.000.oo, a favor de Gloria Zapata. Tales instrumentos, según se advierte de las constancias que aparecen en sus dorsos, fueron endosados por sus beneficiarios a favor de "Ferreterías Bolívar - Francisco Gutiérrez Isaza y Cía." y presentados por esta endosataria dos veces para su pago; primero el 16 de febrero de 1979 y luego el 19 siguiente, fecha ésta en la que se abonaron a la cuenta de su consignante. Así lo indican no solamente las fotocopias de esos instrumentos, visibles a los folios 53 a 57 del cuaderno de pruebas Nº 2, sino también la certificación expedida por el Banco de Colombia, oficina 17, que aparece al folio 51 de ese mismo cuaderno, la que expresa que tales cheques "fueron cobrados a través del Banco de Caldas por medio de la Oficina Principal, por la firma Ferreterías Bolívar, Francisco Gutiérrez Isaza y Cía.";

I) El hecho primeramente referido en el literal anterior, lo corrobora el extracto de la cuenta corriente de Francisco Javier Gutiérrez Velásquez correspondiente al mes de febrero del memorado año de 1979 (fl. 58), en el que aparece que tales cheques fueron presentados para su pago infructuosamente el 16 de febrero y que solamente después de una segunda presentación, la del 19 siguiente, fueron cargados a la cuenta de su endosatario;

J) En sus declaraciones juradas los presuntos acreedores de Gutiérrez Velásquez, cedente de sus derechos sociales a la so-

ciedad "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda.", expresaron esencialmente lo siguiente:

1. Luis Alfonso Tangarife, dice que fue "administrador de la Ferretería Bolívar Nº 2 que es del papá de Francisco Javier Gutiérrez. Don Francisco me dio $ 375.000.oo para que se los prestara al hijo en nombre mio, cuando Javier Gutiérrez me pagó la plata, pues lógico se la devolví a don Francisco". Refiriéndose al cheque respectivo, afirma que "me lo dio Javier Gutiérrez y yo se lo di al papá de él, don Francisco Gutiérrez... El fin de la plata para que la prestó Javier, no lo sé lo ignoro, no sé qué haría él con la plata, yo no sé nada... Don Francisco no quería en ningún momento de que Javier se diera cuenta de que esa plata era de él... Yo serví únicamente de intermediario, porque el que prestó la plata fue el papá... Lo digo una y mil veces si me tocara comparecer a este Despacho... que el dinero era propiedad de Francisco Gutiérrez, padre de Javier Gutiérrez, yo simplemente fui un intermediario del papá...";

2. Nora Yepes Betancour, por su parte, dice que cuando Javier necesitó algún dinero lo pidió prestado a su padre, don Francisco, pero que como aquél "debía en la Ferretería tanto y nunca le pagaba a don Francisco, entonces éste nos prestó la plata a nosotros y nosotros se la prestamos a Javier... Con el mismo cheque que nos pagó Javier, nosotros se lo entregamos a don Francisco, o sea que se lo endosé a don Francisco...";

3. Dolly Cardona, como los anteriores también trabajadora de la Ferretería Bolívar, expresa que por convenio que hicieron con Francisco Gutiérrez Isaza, quien no quería prestarle dinero a su hijo Javier porque "estaba gastando mucha plata", aquél "hizo la forma de que la plata se la habíamos prestado nosotros... Nosotros recibimos el cheque de manos de don Francisco y se lo entregamos inmediatamente al señor Javier..."; y

4. Gloria Elena Zapata, quien también fue dependiente de la misma Ferretería Bolívar, en su declaración jurada expresa, relativamente al cheque que ella recibió de Javier Gutiérrez Velásquez, las mismas circunstancias que indican los testigos anteriores.

5. Todas las pruebas documental y testimonial referidas, analizadas en el conjunto que ellas forman y a través de las reglas de la sana crítica, permiten extraer indicios graves, concordantes y convergentes que conducen a demostrar la certeza de que la voluntad declarada por los contratantes al través de la escritura Nº 104 de 31 de enero de 1979 es apenas aparente.

Todos esos elementos probativos, considerados en la materialidad objetiva que ellos presentan, demuestran inequívocamente que la suma de $ 1'400.000.oo que "Ferretería Bolívar - Francisco Gutiérrez Isaza y Cía." prestó en febrero de 1979 a la sociedad "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda.", permitió hacer efectivo el cheque Nº A-2560893 que contra el Banco Francés e Italiano giró esta sociedad en favor de Francisco Javier Gutiérrez Velásquez; que esta misma suma fue la que en últimas permitió que los cinco cheques girados por Gutiérrez Velásquez a favor de Alberto Cardona, Alfonso Tangarife, Nora Yepes, Gloria Zapata y Dolly Cardona fueran pagados a "Ferretería Bolívar - Francisco Gutiérrez Isaza y Cía."; y que ninguno de tales cheques, como también ocurrió con el girado por la sociedad cesionaria, fue pagado en la primera de las dos veces que al efecto se presentó, sino solamente en la segunda, o sea el 19 de febrero cuando ya se había hecho la provisión de $ 1'400.000.oo.

En realidad que el proceso del pago del interés social cedido por Francisco Javier Gutiérrez Velásquez a la sociedad "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda.", según el conjunto de todas las pruebas practicadas, aparece como un simple juego de registros contables consistentes en trasladar la suma de $ 1'400.000.oo de "Ferretería Bolívar - Francisco Gutiérrez Isaza y Cía." a la cuenta corriente que allí tenía "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda."; de ésta a la cuenta corriente de Javier Gutiérrez Velásquez; y por último de ésta, a través del endoso que hacen los

beneficiarios de los cheques girados por él, a la cuenta de "Ferretería Bolívar - Francisco Gutiérrez Isaza", con lo cual se cierra la cadena. No sin observar que en tal operación no aparece el enriquecimiento o empobrecimiento correlativo de los patrimonios de los copartícipes en las conductas simuladas.

Todos los anteriores indicios de simulación los refuerza el hecho de que evidentemente no hay prueba en el proceso que demuestre, plena y fehacientemente, que los pretensos acreedores de Gutiérrez Velásquez, o sea que los precitados Tangarife, Yepes Betancour, Cardona Alberto, Cardona Dolly y Gloria Zapata tuviesen en realidad tal carácter. No está demostrado, pues, que los aludidos préstamos se hayan hecho en realidad.

6. Como así no lo vio el sentenciador *ad quem*, pues en su fallo para afirmar el pago se limitó a ver el primero de los cheques referidos y la certificación expedida por el Banco Francés e Italiano, pero omitió considerar las demás pruebas documentales atrás referidas, tiene que concluirse que incurrió en el error de hecho manifiesto que la censura le enrostra; y que como tal yerro es trascendente, pues a causa de él dejó de aplicar los preceptos legales sustanciales cuya violación denuncia el casacionista, la sentencia combatida tiene que quebrarse y, como consecuencia, dictarse por la Corte la providencia que deba reemplazar la casada.

VI

Sentencia sustitutiva

1ª De todo lo expuesto al despachar el cargo que la Corte encontró próspero, resulta claramente que la sentencia combatida en este recurso extraordinario tiene que casarse, puesto que contrariamente a lo que decidió en ella el Tribunal *ad quem* la pretensión simulatoria deducida principalmente en la demanda inicial del proceso tiene que acogerse, por encontrarse legal y suficientemente demostrados los fundamentos fácticos en que tal súplica se apoyó.

Ciertamente que del examen conjunto del material probatorio se infiere clara e inequívocamente, como quedó explicado con suficiente amplitud al través de las motivaciones precedentes, que el acto jurídico plasmado en la escritura pública Nº 104, otorgada el 31 de enero de 1979 en la Notaría Doce de Medellín, no corresponde a un negocio real y verdaderamente concertado entre los contratantes; que dicho instrumento público lo otorgaron éstas únicamente con el propósito de hacer aparecer ante terceros una cesión de derechos sociales en la que en verdad jamás han consentido.

Se impone, pues, la confirmación de la sentencia de primera instancia, que hizo la declaración de ser absolutamente simulado el contrato contenido en la referida escritura pública y dictó las demás ordenaciones inherentes a esa decisión.

2ª Estiman los demandados, y tales hechos los invocan como argumento toral de su defensa, que los derechos sociales cedidos por Francisco Javier Gutiérrez Velásquez a la sociedad "Inversiones Gutiérrez Velásquez y Cía. Ltda.", no corresponden a la sociedad conyugal formada por el matrimonio de aquél con Martha Lucía Martínez, pues tales acciones las adquirió en diciembre de 1969 o sea cerca de dos años antes de celebrarse ese matrimonio; y que, de otra parte, la cesión de que tales cuotas de interés social hizo el cónyuge tuvo lugar el 31 de enero de 1979, es decir, mucho antes de iniciarse el proceso de separación de cuerpos que trajo como consecuencia, al prosperar, la disolución de la respectiva sociedad conyugal.

Mas, por las razones que adelante consigna la Sala, tales argumentaciones de los demandados carecen de virtualidad para impedir legalmente la declaración de simulación ya referida. En efecto:

A) *Bien es cierto que conforme al régimen legal que hoy rige en el país esa materia, no todos los bienes de los cónyuges entran a formar el activo de la sociedad conyugal; pero no es menos verdad, según tal derecho positivo, que sí integran ese haber social los bienes que responden al concepto de* gananciales, *tomada esta palabra en su sentido amplio, es decir, como*

las ganancias o rendimientos que produce ora el trabajo de los cónyuges o ya el capital de cada uno de éstos.

De ahí que el artículo 1781 del Código Civil, después de establecer en su ordinal 2º que el haber de la sociedad conyugal se compone de "todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio", *por el ordinal 4º siguiente agrega que también forman este activo social "las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio,* o durante él adquiere *(sic); quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición", cuando esta última fuere a título gratuito (subraya la Sala).*

Así que si antes del matrimonio uno de los esposos es socio de una compañía, como aquí ocurrió con Gutiérrez Velásquez, al contraer matrimonio y formarse por ende la sociedad conyugal esas acciones, que tienen que considerarse como bienes muebles aun cuando la compañía sea dueña de inmuebles, entran a formar parte de la sociedad conyugal, quedando ésta obligada a restituir su valor al disolverse.

B) *La Ley 28 de 1932 facultó a cada uno de los cónyuges para administrar y disponer libremente, durante el matrimonio, "tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera" (art. 1º); pero también advirtió esa misma disposición que "a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación".*

Lo que significa claramente, como lo tiene aceptado la jurisprudencia, que todo el haber patrimonial adquirido dentro del matrimonio por uno de los cónyuges, pertenece directamente a quien lo adquirió, con las consiguientes facultades de libre administración y disposición, que son inherentes al dominio: "pero no de un modo puro y simple, sino limitado en cuanto al tiempo, por el hecho condicional de la disolución del matrimonio, o de alguno de los eventos que de acuerdo con la ley determinan la liquidación definitiva de la sociedad, la cual pasa entonces del estado potencial o de latencia en que se hallaba, al de una realidad jurídica incontrovertible, para recibir dentro de su patrimonio aquellos bienes y hacerlos así objeto de las consiguientes distribución y adjudicación entre los mismos cónyuges o entre quienes legítimamente representen sus derechos" (G. J., t. LXXVI, 277).

VII
Decisión

Habida cuenta 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 fecha ocho (8) de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y actuando en sede de instancia,

Resuelve:

Primero. Confírmase en todas sus resoluciones la sentencia de primero (1º) de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982), proferida en este mismo proceso por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín;

Segundo. Condénase a los demandados al pago de las costas causadas en la segunda instancia del proceso; y

Tercero. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Horacio Montoya Gil, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Nicolás Pájaro Peñaranda, Jorge Salcedo Segura - Salvamento de Voto.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA

No se debe declarar probada la simulación de un contrato si se advierte que es absolutamente nulo. La venta del interés social de un socio a la sociedad es nula

Proceso: Ordinario de Martha Lucía Martínez de Gutiérrez contra Francisco Javier Gutiérrez y la sociedad Inversiones Gutiérrez Velásquez Ltda.

Un negocio jurídico es eficaz en la medida en que por haber llenado todos los requisitos que exige el ordenamiento es apto para cumplir los fines que le son propios. Pero a veces, siendo válido, deviene ineficaz porque se incumple o porque se declara simulado; en estos últimos eventos los negocios jurídicos son válidos pero sujetos a ser resueltos, terminados o declarados simulados. La resolución, la terminación y la simulación suponen pues la validez del negocio (en la última hipótesis por lo menos del negocio jurídico aparente, sin perjuicio de que prospera la acción de prevalencia el negocio oculto devenga nulo). En consecuencia, si se examina la posible simulación de un contrato pero se advierte que es absolutamente nulo, lo adecuado es declarar esa nulidad, así sea oficiosamente, porque en el fondo si se declara la simulación, se está implícitamente aceptando que tal negocio no está afectado de nulidad absoluta.

En el caso de autos se trata de una venta que un socio le hace de su interés social a la sociedad limitada. Comparto el examen hecho en la sentencia sobre que evidentemente tal contrato es absolutamente simulado. Pero estimo que antes de ello se ha debido declarar que es absolutamente nulo, por objeto ilícito, como paso a demostrarlo.

La adquisición de sus propias cuotas sociales por una sociedad limitada

Las disposiciones que regulan la sociedad limitada no se refieren específicamente a la posibilidad o imposibilidad de que la sociedad limitada adquiera sus propias cuotas sociales (arts. 353 a 372 del C. de C.). Dentro de las disposiciones acabadas de mencionar, el artículo 372 establece: "En lo no previsto en este título o en los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se regirán por las disposiciones sobre sociedades anónimas".

Lo anterior significa que a falta de disposición en los estatutos que regule la adquisición de las propias cuotas sociales por parte de la sociedad, deberá aplicarse lo dispuesto para la readquisición de las propias acciones por parte de la sociedad anónima. Es decir, que de conformidad con el artículo 396 *ibidem*, sólo se podrían readquirir las cuotas sociales si:

1. La Junta de socios aprueba la decisión con el voto favorable de dos o más socios que representen no menos del setenta por ciento de las cuotas en que se divide el capital social de la sociedad limitada.

2. Para la realización de la operación se tomaron fondos de las utilidades.

Cualquier negocio realizado en contravención a lo prevenido en el artículo 396 del Código de Comercio será absolutamente nulo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 899-1 de la misma obra, pues

contraría una norma imperativa que no establece sanción diferente.

En consecuencia, como la adquisición de las cuotas sociales se realizó sin que fuera aprobada por un número plural de socios que representen por lo menos el setenta por ciento de las cuotas sociales, y los fondos para adquirirlas no se tomaron de utilidades, el negocio jurídico analizado es absolutamente nulo y así ha debido ser declarado (art. 2 de la Ley 50 de 1936 que subrogó lo dispuesto en el artículo 1742 del Código Civil).

Lamento que la Sala no se hubiese pronunciado sobre este tema que planteé oportunamente.

Bogotá junio 20 de 1984.

Jorge Salcedo Segura.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Indmenización compensatoria

El contratante cumplido puede pedir a su arbitrio el cumplimiento del contrato o su resolución, en ambos casos con indemnización de perjucios. Se reitera la doctrina según la cual el cumplimiento puede ejecutarse de dos maneras distintas: ora ejecutando el deudor moroso su obligación tal como fue contraída (cumplimiento en especie), ora pagando al acreedor el precio o valor del objeto pactado (ejecución en equivalente) en ambos casos con indemnización por los perjuicios de la mora. El precio o valor del objeto más la indemnización moratoria, se llama en técnica jurídica la "indemnización compensatoria"

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., agosto veintinueve de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Por haber prosperado el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 20 de enero de 1982, procede la Corte, como Tribunal de instancia, a decidir el recurso de apelación formulado por la misma parte contra el fallo de primer grado dictado el 5 de marzo de 1981, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santa Marta.

Antecedentes

1. En el fallo pronunciado por la Corte, se resumieron los antecedentes del litigio, así:

"I. Mediante demanda presentada el 2 de noviembre de 1977, que por repartimiento le correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santa Marta, solicitó la mencionada sociedad que con audiencia del referido ente estatal, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

"a) Que el Municipio de Santa Marta *incumplió el contrato de permuta* contenida en la escritura pública Nº 725 de 22 de diciembre de 1960, de la Notaría Primera del Círculo de Santa Marta;

"b) Que 'la demandante tiene derecho a optar por la indemnización de los perjuicios que se le causaron con la infracción del contrato';

"c) Que se condene al demandado a pagarle a la demandante 'los perjuicios moratorios y los que le causó con la infracción del contrato', así: 1º treinta y ocho millones, valor de dos hectáreas y media, objeto de la permuta; 2º trece millones doscientos sesenta y cinco mil ochocientos treinta y tres pesos, por concepto de frutos naturales y civiles que ha debido producir la cosa permutada desde el día de la celebración del contrato hasta la fecha en que se presentó la demanda; y, 3º el valor de los frutos civiles y naturales que ha debido producir la cosa permutada desde el día de la presentación de la demanda hasta el día en que se dicte la sentencia de primera o segunda instancia;

"d) En subsidio de las condenas en concreto solicitadas por perjuicios, que se disponga en abstracto.

"II. La sociedad demandante fundó sus pretensiones en los hechos siguientes:

"a) Por escritura pública Nº 725 de 22 de diciembre de 1960, de la Notaría Primera del Círculo de Santa Marta, la sociedad Coquera Limitada le dio al Municipio de Santa Marta, a título de permuta, un lote de terreno de 3.493 metros cuadrados 'en lo que es la plaza de mercado y éste se obligó a darle al mismo título, dos hectáreas y media en el Rodadero', sin que el Municipio haya cumplido con la obligación de su cargo;

"b) El predio objeto de la permuta y que el Municipio no le ha entregado a la sociedad demandante, tiene un valor actual de treinta y ocho millones de pesos, pues ha logrado una valorización anual del cuarenta por ciento, a partir del mes de enero de 1962, por lo que el producido mínimo de sus frutos de 1961 a 1977 es de $ 13'265.833.oo;

"c) El incumplimiento por parte del Municipio le ha causado a la sociedad demandante perjuicios 'que consisten en que se le ha privado de la valorización de las dos hectáreas y media' y de los frutos que ha debido producir el predio permutado y no entregado por aquél;

"d) Que la sociedad demandante, que se encuentra en liquidación, opta porque el Municipio le indemnice los perjuicios causados.

"III. El Municipio de Santa Marta contestó en el sentido de negar la mayoría de los hechos, de oponerse a las súplicas de la demanda y de formular las excepciones que denominó de 'nulidad absoluta del contrato de permuta', 'petición prematura o inoportuna' y 'petición de modo indebido'.

"IV. Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con sentencia de 5 de marzo de 1981, en la que se resolvió lo siguiente:

" 'Primero. Declarar, como en efecto declara la nulidad absoluta de la convención o contrato de permuta celebrado por el Municipio de Santa Marta y la sociedad de comercio La Coquera Limitada por escritura pública setecientos veinticinco (725), corrida en esta ciudad en la Notaría Primera el 22 de diciembre de 1960.

" 'Segundo. Niéganse las súplicas de la demanda, de cuyos cargos se absuelve a la parte demandada.

" 'Tercero. Costas a cargo de la parte actora' ".

2. Inconforme la parte demandante con la resolución precedente, en la debida oportunidad interpuso el recurso de apelación, el que procede la Corte a decidir, como Tribunal de instancia.

Consideraciones de la Corte

1. Como en los antecedentes del litigio quedó dicho, la sociedad demandante pretende que se declare que el Municipio demandado incumplió el contrato de permuta contenido en la escritura pública Nº 725 de 22 de diciembre de 1960 de la Notaría Primera del Círculo de Santa Marta y, por consiguiente, se le condene al pago de los perjuicios ocasionados.

2. El artículo 1546 del Código Civil, en armonía con otros preceptos (arts. 1882, 1930 y 1958 *ibídem*), respecto de los negocios jurídicos bilaterales, facultan al contratante cumplido para solicitar la prestación debida o la resolución del contrato, en ambos casos, con indemnización de perjuicios.

3. Como desde la contestación de la demanda y con fundamento en la excepción que el demandado denomina de "petición de modo indebido", se alega que el demandante no puede solicitar autónomamente la indemnización de perjuicios, sino acudir a la acción alternativa contenida en el artículo 1546, conviene observar que la Corte, a partir de la sentencia de 3 de noviembre de 1977, modificó su tradicional doctrina en el punto, al sostener:

"Cuándo hay lugar a la indemnización compensatoria.

"Para finalizar lo concerniente a la segunda premisa que se estudia, sólo resta

determinar cuándo puede el acreedor exigir el objeto debido más la indemnización moratoria, y cuándo la compensatoria, es decir el 'precio de la cosa' más la indemnización por 'los perjuicios de la mora'.

"La elección entre alguno de estos dos extremos, como cumplimiento del contrato, *corresponde al acreedor. Este optará por el primero cuando aún conserva interés en que el deudor ejecute el objeto de la obligación tal como fue pactado, y se decidirá por el segundo, forzosamente cuando la cosa ha perecido, y en los demás casos cuando ya no tenga ningún interés en que ese objeto se ejecute. En este último evento, no puede obligarse al acreedor a recibir algo que legítimamente está en el derecho de rechazar, porque habiéndole sido útil antes de constituirse el deudor en mora, ya no le es útil después de ésta. Así se estipuló, si no expresa, a lo menos tácitamente en el contrato, según los artículos 1501 y 1603, transcritos atrás.*

"A esta conclusión se llega aún más claramente en la hipótesis contemplada por el ordinal 2º del artículo 1608; se estipuló que la cosa sólo podía ser 'dada o ejecutada' dentro de cierto tiempo y el deudor dejó pasar éste sin 'darla o ejecutarla'. Transcurrido este tiempo, el acreedor pierde todo interés en recibir la cosa, porque ya no le sirve, y el contrato lo autoriza expresa o implícitamente para exigir indemnización compensatoria, o sea, se repite, el 'precio de la cosa' más el valor de 'los perjuicios de la mora'.

"Véanse algunos ejemplos aclaratorios. Compraventa de licores para recepción que habrá de tener lugar en determinado día, que pasa sin que el vendedor los haya entregado al comprador. Arrendamiento de salón o teatro para presentar un artista que sólo estará en la ciudad en cierta fecha, que transcurre sin que el arrendatario haya recibido la cosa arrendada. Promesa de entrega de los instrumentos necesarios para practicar una operación quirúrgica a paciente que fallece sin que aquéllos se hayan entregado. Contrato por el cual se encarga al sastre la confección de traje para determinado acto social, que tiene lugar antes de que el traje sea entregado.

"No puede remitirse a duda que en ninguno de estos casos se justificaría obligar al acreedor a exigir la ejecución de un objeto que ya no le interesa. Es palmario que tiene derecho de demandar directamente, en cumplimiento del correspondiente contrato, *una indemnización compensatoria que comprenda todo el daño emergente y todo el lucro cesante sufridos por él como consecuencia de la inejecución absoluta de la obligación contraída por el deudor, sin que sea necesario que pida la resolución del contrato, que es cosa enteramente diferente y que puede no convenirle. Por ello le da opción el artículo 1546 para pedir que se resuelva el contrato* o que éste se cumpla: *y una manera de cumplirlo es pagando el deudor al acredor la indemnización compensatoria.*

"La nueva doctrina que ahora sienta la Corte puede pues resumirse en esta proposición: 'el cumplimiento del contrato', a que se refiere el artículo 1546 del Código Civil, puede efectuarse de dos maneras distintas: ora ejecutando el deudor moroso su obligación tal como fue contraída (cumplimiento en especie), ora pagando al acreedor el precio o valor del objeto pactado (ejecución en equivalente), en ambos casos con indemnización por los perjuicios de la mora. El precio o valor del objeto más la indemnización moratoria, se llama en técnica jurídica la 'indemnización compensatoria' ".

4. Despejada la circunstancia de que el demandante sí puede solicitar directamente la indemnización de perjuicios por el incumplimiento del contrato, como también la de que la nulidad del contrato, alegada por el demandado, no es absoluta sino relativa, la que se encuentra saneada por el transcurso del tiempo (art. 1750, C. C.), como quedó visto al despachar la Corte el recurso de casación, se tiene, entonces, que aparece suficientemente establecido en el proceso que el demandado se encuentra en mora, desde la celebración del contrato de permuta, de cumplir con las obligaciones de su cargo, lo cual se traduce en que debe

indemnizar al demandante pagándole el valor del predio localizado en el Rodadero, a que se refiere la escritura pública Nº 725 de 22 de diciembre de 1960, de la Notaría Primera del Círculo de Santa Marta, más el valor de los perjuicios ocasionados con la mora.

5. El incumplimiento del Municipio demandado surge claramente de la contestación de la demanda, de los testimonios rendidos por José Tomás Pérez Bustamante, Diógenes Dávila y de la inspección judicial practicada por la Corte, en donde se estableció que el predio dado en permuta a la sociedad demandante por el Municipio demandado, se encuentra ocupado por persona diferente de aquélla. Por demás, del conjunto de la prueba que obra en el litigio, se infiere que la demandante ha sufrido perjuicios, ocasionados fundamentalmente con el incumplimiento del contrato de permuta por parte del Municipio demandado.

6. Ahora bien, la indemnización a que tiene derecho la sociedad demandante, consiste en el valor del inmueble localizado en el corregimiento de la Gaira, concretamente en el sitio denominado "El Rodadero", más el valor de los frutos producidos o que hubiere podido producir dicho inmueble y se determinará con sujeción a las bases siguientes: a) El valor del inmueble será el de venta que éste tenía al tiempo de presentación de la demanda ante el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, o sea, el 21 de septiembre de 1977, porque así se pidió en el libelo; b) El valor de los frutos comprenderá el período corrido desde la fecha de celebración del contrato de permuta hasta la fecha de presentación de la demanda (21 de septiembre de 1977; c) Para determinar el valor de venta del inmueble y el valor de los frutos, se debe tener en cuenta el precio asignado en el contrato de permuta al bien recibido en esa convención por la sociedad demandante, así como las fluctuaciones de valor de venta que anualmente pudiera registrar dicho inmueble hasta el año de 1977; d) Los montos por reconocer de que tratan las dos letras precedentes (a y b), no pueden sobrepasar las cantidades concretas contenidas en las súplicas de la demanda incoactiva del proceso. Dichos valores se determinarán por el trámite previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

7. Por su parte, la sociedad demandante está obligada a transferirle al Municipio de Santa Marta, mediante escritura pública, el inmueble que aquélla recibió en permuta, esto es, el descrito en la cláusula primera de la escritura pública Nº 725 de 22 de diciembre de 1960, de la Notaría Primera del Círculo de Santa Marta.

8. Viene de lo dicho, que se abren paso las súplicas de la demanda, por lo que habrá de revocarse la sentencia apelada, pues las excepciones propuestas por el demandado no gozan de respaldo legal, como quedó suficientemente aclarado.

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, *revoca* la sentencia de 5 de marzo de 1981, pronunciada en este proceso ordinario por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santa Marta y, en su lugar, resuelve:

1º Declárase no probadas las excepciones propuestas por el demandado.

2º Declárase que el Municipio de Santa Marta incumplió el contrato de permuta celebrado con la sociedad "La Coquera Limitada", contenido en la escritura pública Nº 725 de 22 de diciembre de 1960, de la Notaría Primera del Círculo de Santa Marta, al no entregarle materialmente a ésta el predio descrito en dicho acto escriturario.

3º Condénase al Municipio de Santa Marta a pagarle a la sociedad demandante el valor de las indemnizaciones de que trata la parte motiva de esta sentencia, con sujeción al trámite previsto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

4º Condénase a la sociedad demandante a transferirle, por escritura pública, al Mu-

nicipio demandado, el bien raíz de que trata la cláusula primera de la escritura pública Nº 725 de 22 de diciembre de 1960, de la Notaría Primera del Círculo de Santa Marta.

5º No hay lugar a condena en costas (art. 392, num. 1º del C. de P. C.).

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

Horacio Montoya Gil, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Amelia Barrera de Gáfaro, Hernando Tapias Rocha.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

APELACION. Sustentación

Obligación de sustentar el recurso bajo sanción de inadmisibilidad. Qué se entiende por sustentar. Filosofía del artículo 57 de la Ley 2ª de 1984

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., agosto treinta de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

En cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, procede hoy la Corte a decidir si es o no legalmente admisible el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 13 de abril del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso abreviado de separación de cuerpos instaurado por Oscar Alfonso Manzi contra su cónyuge Carmen Eliza Rozo.

Con tal fin la Sala formula las siguientes

Consideraciones:

1ª *Los recursos, que en esencia son una especie o una faz del vasto concepto del derecho de impugnación, entendido éste como la facultad que corresponde a las personas para pedir el otorgamiento de tutela contra actos jurídicos en general, y en particular de actos procesales que se han cumplido con desviación de las directrices que para su cabal realización indican las leyes, son, por su propia naturaleza, actos eminentemente procesales.*

Y frente a éstos, doctrinas y jurisprudencias han sostenido, al unísono, que su admisibilidad *toma perfiles de particularísima importancia teórica y práctica, singularmente cuando se trata de recursos. Va ella referida a la procedencia formal del medio de impugnación elegido, o sea a los presupuestos necesarios para que sea concedido y admitido el recurso, entre los cuales se enlista el atinente a la presentación de la correspondiente motivación o sustentación escrita, cuando así lo exige la ley.*

Contrariamente a lo que sucede en la mayoría de los sistemas positivos, la legislación colombiana anterior al 16 de febrero del presente año, en verdad que sin razón justificable, exoneraba del apuntado requisito de sustentación el recurso de apelación en materia civil, no obstante ser éste el medio impugnatorio más frecuente y quizás el de mayor importancia dentro de nuestra organización judicial.

2ª *Con el propósito de armonizar con sistemas procedimentales más avanzados, el legislador colombiano de este año, mediante el artículo 57 de la Ley 2ª, llenó el vacío hasta entonces observado al estatuir que quien interponga el recurso de apelación "en proceso civil, penal o laboral* deberá sustentarlo por escrito ante el Juez que haya proferido la decisión correspondiente*", antes que se venza el término para resolver la petición de apelación; y que si tal no hace el recurrente, "el Juez mediante auto que sólo admite el recurso de reposición, lo declarará desierto" (subraya la Sala).*

O sea, que en un plausible avance el legislador patrio subordinó la admisibilidad del recurso de apelación al cumplimiento por el recurrente del deber de sustentarlo. Y sustentar, *según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa*

mantener, *es decir, en la acepción más afín con la materia regulada, "defender o sustentar una opinión o sistema".*

Si, como ya está dicho, la apelación es una faceta del derecho de impugnar, *expresión ésta derivada de la voz latina* "impugnare", *que significa "combatir, contradecir, refutar", tiene que aceptarse que el deber de sustentar este recurso consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponer el recurso; o sea, para expresar la idea con criterio tautológico, presentar el escrito por el cual, mediante la pertinente crítica jurídica, se acusa la providencia recurrida a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho y alcanzar por ende su revocatoria o su modificación.*

Esta es y tiene que ser justamente, a juicio de la Corte, la filosofía jurídica que contiene el precitado artículo 57 de la Ley 2ª de 1984 y con ese criterio debe interpretarse; otra interpretación de esta norma significa, a más de un análisis exegético del precepto, distorsionar su propia y peculiar etiología.

3ª *Para no tolerar esguinces al precepto legal transcrito, y más precisamente para impedir que su razón finalística se quede en la utopía, cree la Corte que no pueda darse por sustentada una apelación, ni por ende cumplida la condición que subordina la admisibilidad de este recurso, cuando el impugnante se limita simplemente a calificar la providencia recurrida de ilegal, injurídica o irregular; tampoco cuando emplea expresiones abstractas tales como, "sí hay prueba de los hechos", "no están demostrados los hechos" u otras semejantes, puesto que aquellos calificativos y estas expresiones, justamente por su vaguedad e imprecisión no expresan, pero ni siquiera implícitamente, las razones o motivos de la inconformidad del apelante con las deducciones lógico-jurídicas a que llegó el Juez en su proveído impugnado.*

4ª Como en el caso que aquí se analiza el apelante, en el escrito mediante el cual interpuso la alzada, se limitó a expresar que según "aparece en la probanza, sí se dan los presupuestos para las causales requeridas para la separación", frase vaga y abstracta y por ello huérfana de toda concreción, tiene que seguirse, como corolario obligado de lo dicho atrás, que no cumplió con el deber legal de sustentar la apelación y, por ende, que ésta estuvo mal concedida.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, declara *inadmisible* el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida en este proceso.

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

Horacio Montoya Gil, Héctor Gómez Uribe, Amelia Barrera de Gáfaro, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Hernando Tapias Rocha.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

SOCIEDAD DE HECHO. Entre concubinos

La legislación positiva no impide la constitución de una sociedad regular o de una de hecho entre concubinos

Elementos que se requieren para que esta última sea admisible

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., septiembre diez de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Por estar tramitado, procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 26 de mayo de 1983, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el proceso ordinario instaurado por Ana Rita López viuda de Gómez contra Félix Antonio, Emilia y Hermelinda Gómez Castaño, en su calidad de herederos de José Hipacio Gómez Castaño.

Antecedentes

I. Por demanda de 10 de junio de 1981, solicitó la mencionada demandante que con audiencia de los referidos demandados, se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que entre la demandante y José Hipacio Gómez Castaño existió *una sociedad de hecho entre concubinos*, en la ciudad de Manizales, desde el año de 1950 hasta el 9 de noviembre de 1966 y, por tanto, los bienes raíces descritos en la demanda, "no son bienes propios del causante José Hipacio Gómez Castaño, sino bienes sociales adquiridos durante el período de existencia de la sociedad" de hecho;

b) Que como consecuencia de la declaración anterior se disponga que los partidores "rehagan el trabajo de partición o de adjudicación de fecha marzo 12 de 1971" presentado dentro del proceso sucesorio de José Hipacio Gómez Castaño;

c) Que se condene en costas a los demandados.

II. La demandante refirió como presupuestos de hecho de sus pretensiones, los que a continuación se resumen:

a) Que en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago se tramita el proceso *sucesorio* de José Hipacio Gómez Castaño en el cual se reconoció a la demandante como cónyuge sobreviviente, con derecho a gananciales, y a Félix Antonio, Emilia y Hermelida Gómez Castaño, como herederos del causante, en su calidad de hermanos de éste;

b) Que en el citado proceso sucesorio se decretó la partición de bienes, la que fue presentada el 12 de marzo de 1981 y en la que se tomó para efectos de la liquidación de la sociedad conyugal que existió entre la demandante y José Hipacio, como bienes propios del causante, los inmuebles adquiridos por éste mediante las escrituras públicas números 164 de 20 de febrero de 1965 y 3498 de 2 de diciembre de 1954, de las Notarías Cuarta y Primera del Círculo de Manizales, respectivamente;

c) Mas acontece que los bienes raíces de que tratan los actos escriturarios precedentes hacen parte de la sociedad de hecho entre concubinos "que se formó entre José Hipacio Gómez Castaño y Ana Rita López viuda de Gómez desde el año de 1950, año en el cual se unieron en estado de concu-

binato", mediante el cual "se crearon relaciones patrimoniales, caracterizadas por la colaboración armónica en los negocios y merced al esfuerzo coordinado, tanto de José Hipacio Gómez como de su concubina de entonces y de su esposa que lo fue desde 1966, fecha de su matrimonio";

d) Que con prueba testimonial, se pone de presente, que cuando José Hipacio Gómez se unió con Ana Rita López, carecía de bienes, motivo por el cual con sus esfuerzos conjuntos y durante la vigencia de la sociedad de hecho adquirieron los bienes inmuebles de que tratan las escrituras ya mencionadas.

III. Los demandados respondieron en el sentido de admitir algunos hechos y de negar otros, por lo que culminaron con oposición a las súplicas de la demanda.

IV. Adelantado el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 1º de septiembre de 1982, por la cual se despacharon favorablemente las súplicas de la demanda, decisión contra la cual interpusieron el recurso de apelación los demandados, habiendo terminado el segundo grado de jurisdicción con fallo de 14 de febrero de 1983, revocatorio del proferido por el *a quo* y, por ende absolutorio para los opositores, lo que originó que la actora interpusiera contra él el recurso extraordinario de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia impugnada

Referidos por el Tribunal los antecedentes del litigio, se ocupa a continuación de las sociedades de hecho y, al efecto sienta las reflexiones siguientes:

a) Que tradicionalmente se ha aceptado la existencia de dos especies de sociedades de hecho: La que se quiso crear como sociedad de derecho, que no alcanzó a ser tal, por la omisión de formalidades legales; y la que surge del consentimiento expreso o tácito de dos o más personas;

b) Que la doctrina de la Corte (sentencia de 30 de noviembre de 1935) y la ley (arts. 2083, 498 y 501 del C. de Co.), admiten la existencia de la sociedad de hecho entre concubinos;

c) Que respecto de las sociedades de hecho de la segunda especie, la jurisprudencia exige la concurrencia de los requisitos siguientes: 1º Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; 2º Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; 3º Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, o sea, no haya dependencia entre los asociados, proveniente por ejemplo de un contrato de arrendamiento de servicios, mandato, o de otra convención que le permita a uno de los colaboradores recibir un salario y por tal virtud quede excluido de una participación activa en la dirección, control y supervigilancia de la empresa; 4º Que no se trate de un estado de simple individualidad, tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios.

Y añade el Tribunal, con respaldo en doctrina de la Corte, que fuera de los presupuestos antes reseñados, cuando se trata de una sociedad de hecho entre concubinos, se exigen adicionalmente estos otros: "1º Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante; 2º Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos, en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es simple resultado de una común vivienda, de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos";

d) Que con los testimonios rendidos por Arturo Salgado Ospina, José Primitivo Páez Torres, Luis Enrique Amaya García, Libardo Valencia y Alberto Valencia Henao,

"se establece que ciertamente entre José Hipacio Gómez Castaño y Ana Rita López de Gómez, existió una relación de concubinato, que se inició en los años 1951 o 1952 y subsistió hasta el día 9 de noviembre de 1966, fecha en que aquéllos legalizaron su unión al contraer matrimonio católico, según la correspondiente acta de origen civil (fl. 2, C. 1º). Igualmente se acredita que mientras subsistió la relación de concubinos, la actora le colaboró o ayudó, expresan los testigos, a su compañero en las actividades a que éste se dedicaba, tales como la administración de una cantina y cría de aves de corral y cerdos.

"Pero lo que no aparece demostrado mediante los testimonios relacionados, es el ánimo, la voluntad de la pareja conocida, de asociarse alrededor de las actividades que ejercieron, para repartirse las ganancias o las pérdidas correspondientes, que es lo que a la postre implica toda sociedad, por ende la de hecho. La colaboración o ayuda de la demandante, término que emplean casi todos los declarantes, e inclusive la misma señora López de Gómez, en interrogatorio a instancia de parte que rindió (C. 2º), no pasa de ser la típica actitud de quienes viven en concubinato; por lo general se prestan recíprocamente ayuda o colaboración de diferentes índoles, en el diario vivir que sólo sirve para estabilizar, 'prolongar, fomentar o estimular el concubinato', mas no para constituir sociedad de hecho alguna, puesto que se reitera, falta el previo ánimo de asociarse con esa especial finalidad.

"Las escrituras públicas correspondientes a los inmuebles a que alude la demanda, aportadas con tal escrito, cuales son la Nº 164, otorgada el 20 de febrero de 1965, ante el Notario Cuarto del Círculo de Manizales, Caldas; y la Nº 3498, otorgada ante el Notario Primero del mismo Círculo Notarial, el 2 de diciembre de 1959, tampoco arrojan prueba favorable a la alegada sociedad de hecho, pues lo que con tales títulos se acredita es que el señor José Hipacio Gómez Castaño obtuvo por compra dichos inmuebles, con su exclusivo peculio, de los señores Jesús Antonio Gómez Gaviria y Nohemí Buitrago de López, respectivamente, sin que para nada hubiera intervenido la señora Ana Rita López de Gómez";

e) Con fundamento en las apreciaciones precedentes, concluye el *ad quem* que la parte demandante no demostró la pretendida sociedad de hecho.

La impugnación

Dos cargos, con apoyo en la causal primera de casación, formula la recurrente contra la sentencia del Tribunal, de los cuales se estudiará el primero, por estar llamado a prosperar.

Cargo primero

Acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar los artículos 2079, 2081, 1501 del Código Civil; 98 del Código de Comercio, por falta de aplicación; 498 y 501, por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas. Igualmente desacertó en la aplicación de varias doctrinas de la Corte.

En el desenvolvimiento del cargo, una vez que transcribe los artículos 2079, 2081, 1501 del Código Civil y 98 del Código de Comercio y alguna doctrina de la Corporación, dice la recurrente que "se deduce sin lugar a dudas de que las sociedades de hecho formadas entre concubinos, no para prolongar, fomentar o estimular el concubinato, sino con el ánimo de *affectio societatis* e intención de repartirse las ganancias o las pérdidas que resulten, se tiene que ceñir estrictamente a las ritualidades del contrato de sociedad, contrato del cual no habló el fallo impugnado al optar por la decisión de la revocatoria de la sentencia de primera instancia, pues de haber aplicado debidamente los preceptos legales que sobre el contrato de sociedad existen de acuerdo a las normas transcritas se hubiera optado por otro pronunciamiento en la sentencia de segunda instancia, puesto que hubo apreciación errónea de las pruebas testimoniales aportadas a la demanda ya que no se hizo conforme a derecho dentro de los parámetros del precitado contrato de sociedad y también sobre lo que ha expresado la doctrina en fallos recien-

tes de la honorable Corte Suprema de Justicia, fallos de fecha 23 de febrero/76, 8 de julio/76, 26 de agosto/76 y 30 de noviembre del mismo año".

Enseguida vuelve la censura a transcribir los preceptos antes mencionados y aludiendo a algún pasaje del fallo del *ad quem*, afirma que éste apreció desacertadamente la prueba testimonial, porque lo expresado por los declarantes José Primitivo Páez Torres y Alberto Valencia Henao "no tienen el respaldo de la mayoría de las personas que declararon sobre el mismo tema como lo fueron los testigos Arturo Salgado Ospina, Luis Enrique Amaya García y Libardo Valencia Torres, quienes en ninguna de sus exposiciones expresan sobre la mencionada 'ayuda' de que habla el fallo impugnado... Por otro lado tampoco es cierto que no se haya demostrado mediante los testimonios" dichos que entre José Hipacio y Ana Rita exista *affectio societatis* respecto de las actividades que ejecutaron, porque esa voluntad de asociarse se pone de manifiesto con la totalidad de los declarantes antes referidos.

A continuación la censura se da a la tarea de transcribir las declaraciones mencionadas, de las cuales deduce que se estableció con ellas: a) el concubinato entre José Hipacio y Ana Rita; b) que la unión libre de éstos no se realizó como una simple ayuda, ni para fomentar el concubinato, sino con el ánimo de asociarse, o sea, una verdadera sociedad de hecho, porque ellos ejercieron una serie coordinada de hechos de explotación común, como lo fue la "explotación de la cantina 'Cocodrilo' y la cría y engorde de cerdos y gallinas" y la colaboración se desarrolló en un pie de igualdad, o sea, que no hubo dependencia del uno o del otro.

Pasa enseguida la recurrente a transcribir algunas sentencias de la Corte, y en el punto dice que el Tribunal se desentendió de aplicar las normas atinentes a las sociedades de hecho, así como la doctrina de la Corte en el punto, todo a consecuencia de yerros fácticos, especialmente respecto de la prueba testimonial, mediante la cual se pone de presente la existencia de la sociedad de hecho entre la demandante y José Hipacio Gómez, por la época en que convivieron como amantes, como quiera que paralela a esta situación, desarrollaron una actividad económica, con aportes de ambos y con fines de lucro. Hubo, pues, el ánimo de asociarse y de repartirse las utilidades, la cual tomó punto de partida con la "adquisición, explotación, manejo de la cantina 'Cocodrilo' y posterior cría y engorde de gallinas y cerdos... y tácitamente se deja ver que el propósito de ambos no fue otra cosa que repartirse las utilidades que posteriormente les reportaría" su trabajo común.

Se considera

1. *Tradicionalmente la doctrina de la Corte viene sosteniendo que las sociedades, según cumplan o no con las formalidades exigidas por la ley, pueden ser de derecho o de hecho y, aludiendo a las últimas, distingue dos clases: a) Las que se forman por virtud de un consentimiento expreso, pero respecto de las cuales se omiten algunos requisitos; y b) Las que se originan en la colaboración de dos o más personas y resulta del consentimiento implícito de las actividades realizadas en común, o sea, la sociedad creada de hecho o por los hechos.*

2. *Ahora bien, dentro del desenvolvimiento de la vida de los concubinos, puede acontecer que sólo se limiten a depararse atenciones o afectos recíprocos, sin desbordar su actividad al campo patrimonial, como también puede suceder que paralelamente a su vida afectiva adquieran bienes, con el objeto de especular y repartir sus beneficios, ora mediante la constitución de una sociedad regular, bien mediante el surgimiento de una sociedad de hecho, puesto que la legislación positiva no les impide lo uno ni lo otro, y menos los inhabilita para celebrar otro género de convenciones. "Entre los concubinos —dice la jurisprudencia de la Corte— no se forma sociedad conyugal, pero sí puede constituirse una compañía de carácter lucrativo, civil o comercial, regular o de hecho y celebrarse toda clase de contratos, porque ellos no están unidos por un vínculo legal-*

mente incompatible con esas convenciones y porque, como personas jurídicamente independientes, gozan de libertad para concertar esos mismos contratos sobre cualquier clase de bienes, raíces o inmuebles" (Cas. Civ. de 5 de noviembre de 1960, XCIV, 36).

3. *Mas, para que sea admisible la sociedad de hecho entre concubinos se requiere, fuera de la conjunción de aportes comunes, participación en las pérdidas y ganancias y el* affectio societatis, *que surja con prescindencia de la unión extramatrimonial y que no tenga por finalidad crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues en su defecto el contrato estaría afectado de nulidad, por ilicitud de causa, en razón de su móvil determinante.*

4. Al examinar los medios de convicción incorporados al proceso, especialmente los testimonios rendidos por Arturo Salgado, José Primitivo Páez Torres, Luis Enrique Amaya García, Libardo Valencia Torres y Alberto Valencia Henao, ponen de presente que entre los litigantes existió una relación de concubinato que se inició entre los años de 1951 o 1952; que paralelamente y, por ese entonces, adquirieron un establecimiento o cantina denominado "El Cocodrilo", que explotaban conjuntamente y con ánimo lucrativo; que, además, la demandante se dedicaba a explotar el ramo de cría y engorde de gallinas y cerdos; que con las ganancias obtenidas acrecentaron el negocio de la cantina y luego adquirieron bienes raíces; que la demandante no se limitó a convivir con su concubinario, sino a desarrollar, con prescindencia de esta situación afectiva, una labor económica, con ánimo lucrativo y de participación en las ganancias y pérdidas; que, por tanto, su actividad, tenaz y "juiciosa" no se concretó a una simple colaboración hacia su concubinario, sino al ánimo certero de asociarse económicamente y obtener ventajas de esa lucha y esfuerzo común.

5. El Tribunal, al no ver en la prueba testimonial, la existencia de una sociedad de hecho, incurrió en evidente yerro fáctico, y por ende, en el quebranto de las normas sustanciales indicadas en el cargo, lo cual conduce al quiebre de la sentencia impugnada y a que la Corte dicte el correspondiente fallo de reemplazo.

Sentencia sustitutiva

1. De lo dicho al despachar el cargo, se concluye que entre la demandante y José Hipacio Gómez Castaño, existió sociedad de hecho, que duró desde 1951 hasta el 9 de febrero de 1966, fecha en la cual contrajeron los amantes matrimonio, entre sí, pues sobre este último obra la correspondiente prueba documental.

2. Que para efectos de la liquidación de la sociedad de hecho deben tenerse en cuenta los bienes adquiridos durante su vigencia.

3. Que, como a la misma conclusión llegó el fallador de primer grado, en sentencia de 1º de septiembre de 1982, debe confirmarse tal resolución.

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 26 de mayo de 1983, pronunciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga y, actuando como Tribunal de instancia *confirma* la dictada el 1º de septiembre de 1982 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago.

Las costas de la segunda instancia corren de cargo de la parte apelante.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Horacio Montoya Gil, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Amelia Barrera de Gáfaro, Hernando Tapias Rocha.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

COMPRAVENTA

—Son válidos los acuerdos verbales de los contratantes en cuanto a la ejecución del contrato celebrado

—Resolución por incumplimiento

Si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia, comparada con el interés de la otra, la resolución no puede prosperar

—Pago

Cuando se refiere a una "suma de dinero" no se puede entender que se quiso excluir el cheque como medio de pago

VIOLACION LEY SUSTANCIAL

Violación por omisión

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., septiembre once de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante principal contra la sentencia del 2 de mayo de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por Luis Octavio Garcés Agudelo en frente de José Absalón Agudelo.

I

El litigio

1. Mediante escrito del 22 de mayo de 1981 y que en repartimiento correspondió al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, el citado Luis Octavio Garcés demandó al *presbítero* José Absalón Agudelo a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de *mayor cuantía*, la justicia hiciese los siguientes o similares pronunciamientos:

a) Que está *resuelto*, por no haberse cancelado totalmente el precio acordado, el *contrato de compraventa* ajustado entre el demandante como vendedor y el demandado como comprador y contenido en la escritura pública Nº 258 del 16 de febrero de 1979, otorgada en esa fecha en la Notaría 8ª de Medellín;

b) Que, como consecuencia, se condene al demandado a restituir al demandante el inmueble ubicado en el barrio Laureles, Fracción América, demarcado con el número 37-03 de la carrera 79 de esa ciudad y comprendido dentro de las alindaciones que la demanda consigna;

c) Que se condene al demandado, además, a pagar a su demandante el valor de los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble durante todo el tiempo que lo ha tenido en su poder, y no solamente los percibidos sino los que el demandante hubiere podido producir con mediana inteligencia y actividad de haber tenido el bien;

d) Que se condene al mismo demandado a pagar a su demandante, igualmente, todos los perjuicios sufridos por éste con el incumplimiento contractual de aquél, estimados en su doble aspecto de lucro cesante y daño emergente y a justa tasación pericial;

e) Que se decreten la cancelación de la referida escritura pública Nº 258 del 16 de febrero de 1979 y de su inscripción en la Oficina de Registro, para lo cual se debe comunicar al Notario Octavo del Circuito de Medellín y al Registrador de Instrumentos de allí; y

f) Que se impongan al demandado las costas procesales.

2. Como fundamento de sus pretensiones el demandante invocó los hechos que, en esencia, quedan sintetizados en las siguientes afirmaciones:

a) Mediante documento privado del 6 de febrero de 1979 se ajustó entre Garcés Agudelo y Agudelo Suárez, el primero como prometiente vendedor y el segundo como prometiente comprador, el contrato de promesa de compraventa del inmueble de 470,95 varas cuadradas y de la casa construida en él, situado en el barrio Los Laureles, Fracción América, de Medellín, marcado todo el inmueble con los números 37-03 de la carrera 79 de esa ciudad.

Acordaron los contratantes como precio del bien compravendido la suma de $ 2'200.000.oo, que el prometiente comprador se obligó a pagar así: $ 500.000.oo que en esa fecha entregó al prometiente vendedor, quien expresó haberlos recibido a su satisfacción; $ 700.000.oo que pagaría el 14 de febrero de ese año, día que señalaron para otorgar la escritura mediante la cual se perfeccionaría la compraventa prometida; $ 600.000.oo, 90 días después de la fecha de la escritura, o sea "el 14 de mayo de 1979"; y el saldo de $ 400.000.oo "a los seis meses del día de la escritura";

b) En cumplimiento de la mencionada promesa, los citados Luis Octavio Garcés Agudelo y José Absalón Agudelo Suárez otorgaron la escritura pública Nº 258 del 16 de febrero de 1979, Notaría 8ª de Medellín, la que fue legalmente registrada en el Registro de Instrumentos Públicos de esa ciudad el 5 de marzo siguiente, bajo la matrícula Nº 001-75026;

c) Los contratantes, al otorgar dicha escritura, convinieron en hacer figurar como precio del bien materia de la enajenación la suma de $ 600.000.oo, que el comprador se comprometió a pagar "al vencimiento de un plazo de seis (6) meses, que se cuentan a partir de la presente fecha", y para garantizar su pago y el de los intereses de mora que llegaren a causarse constituyó hipoteca sobre el mismo predio;

d) El prometiente comprador, dice el demandante a través del hecho 7º de su demanda, "no cumplió con el pago del precio en el plazo pactado y prueba de ello fue la demanda de pago por consignación que instauró en el Juzgado Décimo Civil del Circuito; demanda que presentó seis meses y medio después de la fecha en que debió de haber cancelado totalmente el precio...";

e) El demandante, en cambio, cumplió con todas sus obligaciones que para él generó el contrato: desocupó el inmueble con la debida antelación, lo acondicionó para entregarlo al adquirente en la forma y fecha pactadas, pero éste no se presentó a recibirlo, ni tampoco a cancelar el saldo debido y los intereses causados;

f) Posteriormente el comprador, como que su vendedor se había opuesto al pago por consignación en razón a que no se ofreció cancelar todos los intereses debidos, resolvió apoderarse del inmueble violentamente y con tal fin forzó sus cerraduras; y

g) En la actualidad el demandado le debe a su demandante, por concepto de dicha compraventa, $ 100.000.oo "como capital" y $ 32.000.oo por intereses causados a partir del 16 de enero de 1980 "hasta el 16 de mayo del presente año o sean 16 meses".

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a las pretensiones de su demandante; y en cuanto a

los hechos afirmados por éste, salvo los atinentes a la celebración de los contratos de promesa y compraventa y sus cláusulas, todos los cuales aceptó como ciertos, negó los demás. Afirmó que, contrariamente a lo sostenido en la demanda inicial del proceso, él como comprador cumplió con todas sus obligaciones, particularmente con el pago del precio, y que fue su demandante quien incumplió algunas cláusulas del contrato: no entregó la casa el 5 de febrero de 1980, tal cual estaba pactado; incumplió el compromiso acordado el día anterior entre ellos, al no haberse presentado a la Notaría a cancelar la hipoteca y recibir el saldo del precio; no le hizo a la casa las reparaciones acordadas.

En esa misma oportunidad expresó el demandado, y en tales asertos edifica toralmente su defensa, que siempre ha estado listo a pagar el saldo del precio de la compraventa pero que su vendedor se ha mostrado renuente a recibirlo; que su voluntad de pago lo llevó hasta iniciar un proceso de pago por consignación, juicio que "si no prosperó fue por un simple detalle de no haber consignado unos intereses de $ 2.000.oo, cuando ni siquiera se había vencido un mes al momento de presentar la demanda".

Y propuso, como excepciones de mérito, las que denominó: "Petición antes de tiempo y de modo indebido", pues que no se le requirió para hacerlo incurrir en mora; "falta de causa jurídica y objeto ilícito y enriquecimiento ilícito", puesto que, dice el excepcionante, el actor no tiene derecho a formular las peticiones que hace "sin tener en cuenta ninguna contraprestación de su parte", ya que recibió el precio casi en su totalidad, "más el valor de un año de habitar la casa como complemento del precio, los intereses producidos durante más de dos años, el incremento del valor de la casa en dos y medio años, teniendo en cuenta la devaluación de la moneda".

4. Durante el término del traslado de la demanda inicial el demandado, 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:

Que Luis Octavio Garcés Agudelo incumplió el contrato de compraventa ajustado con José Absalón Agudelo Suárez el 16 de febrero de 1979, contenido en la escritura pública Nº 258 de la Notaría 8ª de Medellín; que, como consecuencia de tal incumplimiento, está obligado a indemnizar a éste de los perjuicios causados por un total de $ 702.000.oo, que discrimina así: $ 500.000.oo como valor de la cláusula penal acordada para el incumplimiento; $ 125.000.oo, o sea el valor de los cánones o renta que habría podido producir la casa durante los dos meses y medio de retardo en la entrega; $ 40.000.oo, valor del costo de la pintura del inmueble; $ 30.000.oo que es el valor de cuatro cortinas; y finalmente $ 7.000.oo como precio de las reparaciones eléctricas hechas en el inmueble.

5. Como fundamento de sus pretensiones el demandante invocó, además de algunos de los hechos que surgen de los antecedentes del litigio, que también fueron invocados por el demandante principal, los siguientes:

Que él, como comprador, de acuerdo con la promesa de contrato ha pagado por concepto del precio del inmueble, la suma de $ 2'100.000.oo desde el 6 de febrero de 1979 y hasta el 21 de septiembre siguiente; que con el fin de cancelar la totalidad de la deuda los contratantes, asesorados por sus abogados, acordaron el 4 de febrero que el saldo de $ 100.000.oo y los intereses debidos se pagarían el día siguiente, o sea el 5 de febrero de 1980, fecha en que el acreedor debería cancelar la hipoteca que pesaba sobre el inmueble, mediante el otorgamiento de la escritura respectiva en la Notaría 8ª de Medellín; que Garcés Agudelo, sin embargo, no cumplió con lo así acordado, pues "se negó a recibir el resto de dinero y a cancelar la escritura de hipoteca".

6. Enterado que fue el reconvenido de la demanda de mutua petición, oportunamen-

te la contestó negando los hechos que, afirmados en ella, le son desfavorables y oponiéndose, por lo consiguiente, a las súplicas de su contrademandante. Insistió en el cumplimiento suyo a lo pactado y en el incumplimiento del comprador; afirmó que no había habido entre ellos contrato que modificara el inicialmente pactado, "quedamos sí —dice— en que nos encontraríamos él y yo en la fecha indicada y en la Notaría aludida en horas de la mañana para cancelar la hipoteca y hacerle entrega de la casa posteriormente y por eso estuve varias veces en esa Notaría...", a donde él se presentó solo a las cinco y media de la tarde con los dos cheques; "luego se desprende que no tenía intención alguna de cancelarme la hipoteca o saldo insoluto, pues de lo contrario hubiera llegado en las primeras horas del día...".

En esa misma oportunidad el contrademandado propuso, como excepciones de mérito, las que denominó "inexistencia de la obligación"; "petición de lo no debido"; "falta de causa" y "petición de modo indebido".

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 diciembre de 1982, mediante la cual declaró resuelto, por incumplimiento del comprador en el pago total del precio, el contrato de compraventa vertido en la escritura Nº 258 de 16 de febrero de 1979; ordenó, en consecuencia, que el demandado debe restituir a su demandante el inmueble materia del contrato resuelto, junto con los frutos civiles producidos a partir de la contestación de la demanda; condenó al demandado, además, a pagar al demandante los perjuicios causados con el incumplimiento contractual, condena que hizo *in génere*; dispuso que el demandante debe restituir al demandado la suma de $ 2'100.000.oo, valor recibido por aquél de manos de éste como precio del bien, "junto con los intereses producidos por esa suma a partir de la presentación de la demanda"; declaró no probadas las excepciones propuestas por el demandado principal; y, finalmente, negó las peticiones formuladas en la demanda de mutua petición, de cuyos cargos absolvió al demandante reconvenido.

8. De lo así decidido por el juzgador *a quo* ambas partes apelaron. Y llegado que fue el expediente al Tribunal Superior de Medellín se le imprimió a la alzada el ritual debido, que culminó con sentencia de 2 de mayo último pasado mediante la cual el *ad quem*, después de haber infirmado en todas sus partes la apelada, resolvió denegar las peticiones de la demanda principal y absolver en consecuencia al contrademandado de los cargos que en ese libelo se le enrostraron; se declaró la Sala inhibida "para fallar sobre la demanda de reconvención", por haber encontrado en ella una "acumulación indebida de pretensiones"; y, por último, dispuso que no hay lugar a costas en ninguna de las instancias del proceso, "pues ambas partes fueron vencidas parcialmente".

9. Contra el fallo del Tribunal interpuso entonces casación el demandante principal recurso que, por encontrarse hoy legalmente rituado, procede la Corte a decidir.

II

Los fundamentos de la sentencia de segunda instancia

1. A vuelta de referirse a los antecedentes del litigio y al desarrollo del proceso, advierte el juzgador *ad quem* que, según lo probado, de los $ 2'200.000.oo acordados como precio del bien compravendido el comprador dejó sólo de pagar la cantidad de $ 100.000.oo, o sea, dice el Tribunal, "la veintidosava parte del valor total".

Y luego de recordar que los artículos 1546 y 1930 del Código Civil consagran la acción resolutoria del contrato de compraventa, cuando el comprador incurre en mora de pagar el precio, se pregunta el sentenciador de segundo grado "si cualquier insignificante mora en cuanto al tiempo o en cuanto a la parte del precio autoriza para desvanecer el acuerdo de voluntades mediante la acción resolutoria", interrogan-

te que se anticipa a contestar negativamente pues a su juicio el incumplimiento debe tener especial entidad para fundar la prosperidad de la acción resolutiva contractual.

2. Explanando su tesis, afirma el *ad quem* que el espíritu del Código Civil es "propiciar la firmeza de las convenciones, de forma que no se pueda volver fácilmente contra ellas"; que es eso lo que se ve del contenido de los artículos 1909, 1915, 1925 y 1988 de tal codificación. Según el primero de tales preceptos legales —añade la sentencia—, es preciso que la evicción "haya traído para el comprador el fracaso de los móviles, pues de lo contrario el contrato debe permanecer y la víctima sólo tendrá derecho a la indemnización parcial"; que, a términos de los dos textos siguientes, los vicios redhibitorios sólo autorizan la rescisión de la compraventa "cuando hacen fracasar los móviles, pues de lo contrario sólo hay derecho a la rebaja del precio"; y que a términos de la última de tales disposiciones, en la venta por cabida hay lugar a desistir del contrato únicamente cuando la cabida resultare menor de la expresada y el precio de lo faltante alcanzare a más de una décima parte.

En abono de la tesis que pregona, dice el Tribunal de Medellín que el actual Código de Comercio "parece canonizar el concepto que venimos exponiendo", puesto que, agrega, según el artículo 962 de tal codificación cuando el precio de la venta bajo reserva de dominio se haya pactado para pagarse por cuotas, "la falta de pago de uno o más instalamentos que no excedan en su conjunto de la octava parte del precio total de la cosa, sólo dará lugar al cobro de la cuota o cuotas insolutas y de los intereses moratorios, conservando el comprador el beneficio del término con respecto a las cuotas sucesivas..."; y que el artículo 966 *ibídem* autoriza al vendedor para exigir la restitución de la cosa vendida por el no pago del precio, pero que "el comprador podrá recuperar la cosa dentro de los tres meses siguientes a la restitución, pagando la totalidad de los instalamentos exigibles, con sus intereses...".

3. Conclusión de esta primera parte de su estudio es pues, para el Tribunal de Medellín, la de que aun cuando los artículos 1546 y 1930 del Código Civil "no dicen cuál debe ser la entidad de la mora, es obvio que ella debe ser lo suficientemente grave para optar por la quiebra del contrato y no por la subsistencia que es lo preferido por dicha codificación cuando se trata de causas leves"; y que a más de la consideración anterior, para denegar la resolución contractual deprecada en el presente caso tiene que recordarse que "es ínfimo el saldo adeudado" y "sobre él recibió intereses el vendedor y luego se opuso al pago por consignación por motivos de poca importancia".

4. Considera el sentenciador de segundo grado, y así lo asevera, que ambas partes litigantes aceptaron haber convenido el 4 de febrero de 1980 que el día siguiente se presentarían a la Notaría 8ª, donde el comprador pagaría el saldo debido y el vendedor cancelaría la hipoteca vigente sobre el bien.

Amparado en la declaración y certificado de la Notaría Octava de Medellín, en los testimonios de Alicia Nelly Jaramillo y Alberto Cardona Jaramillo, dice la sentencia que el presbítero Agudelo "sí concurrió a la Notaría y puso a disposición de la funcionaria dos cheques", manifestando cuál era el motivo de su concurrencia; que, en cambio, Luis Octavio Garcés, si bien había estado varias veces en esa oficina, "no le había manifestado el fin de su presencia"; que posteriormente, a instancia del demandado, lo llamó por teléfono "pero el señor Garcés no quiso hacerse presente sino que me dio dos números de teléfonos y me dijo que por favor le dijera al padre que se entendiera con su abogado".

Del análisis probatorio infiere el Tribunal que "no se ve de dónde saca el demandante la imputación de incumplimiento que lanza contra el comprador. En verdad, no cubrió el total de $ 600.000.oo dentro de

los seis meses a partir de la escritura, pero también debe aceptarse que las partes convinieron posteriormente en que el saldo insoluto de $ 100.000.oo con sus intereses habría de pagarse el 5 de febrero de 1980 en la Notaría Octava de Medellín y allí mismo se cancelaría la hipoteca".

Agrega la sentencia que dicho pacto es "plenamente válido y modifica lo consignado en la escritura, y así las dos partes venían obligadas a cumplirlo. Empero, de las pruebas antes analizadas puede inferirse que fue Octavio Garcés quien se negó a cumplir sin que en el proceso haya alegado razones válidas. Dice que estuvo a las 8 y luego a las 9, pero esa no es causa para que con posterioridad se hubiera negado a presentarse cuando se le llamó, máxime que ya los cheques habían sido depositados en la Notaría".

Que, en cambio, el presbítero Absalón Agudelo "ha probado que estuvo dispuesto siempre a cumplir. Y esa disposición la demostró a través de todo el contrato, pues pagó los instalamentos hasta cubrir $ 2'100.000.oo, muchos de lo cuales cubrió aun antes de ser ellos exigibles".

5. Relativamente a las pretensiones deducidas en la demanda principal expresa el sentenciador de segundo grado, y tales son los dos pilares en que funda su sentencia desestimativa, que no es posible "desvanecer el contrato por estas dos razones: en primer lugar, porque lo adeudado es una cuantía muy baja comparada con el precio total. En segundo lugar, porque hubo nuevo acuerdo entre las partes respecto del pago del saldo en la Notaría 8ª el 5 de febrero de 1980, y fue el demandante quien mostró resistencia y obstaculizó el cumplimiento de lo nuevamente acordado".

III

El recurso extraordinario

Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante principal, quien, en su correspondiente demanda de sustentación, formula contra dicho fallo seis cargos, apoyados todos en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y que la Corte procede a compendiar.

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar directamente, por interpretación errónea, los artículos 1546, 1608 numeral 1 y 1930 del Código Civil.

2. Desenvolviéndolo, expresa el casacionista que el artículo 1546 del Código Civil ni el 1930 *ejúsdem* establecen "una escala o graduación en el incumplimiento de uno de los contratantes en el sentido de que fuera máximo, medio, mínimo, o en otra proporción, para que el otro contratante pueda ejercitar su derecho de opción entre el cumplimiento o la resolución del contrato"; que no obstante "su claridad meridiana", el Tribunal malinterpretó tales preceptos legales haciéndoles decir que el incumplimiento "en el pago de una veintidosava (1/22) del precio de la compraventa celebrada entre el actor y el demandado no ameritaba ni amerita la resolución del contrato impetrada".

Añade la censura que lo que estas normas establecen es que cada contratante debe cumplir las obligaciones por él contraídas, del modo, en el lugar y tiempo debidos "y no por grados", como lo pretende el Tribunal, puesto que el "cumplimiento y el incumplimiento de un contrato no son algo susceptible de medida con una regla, vara o metro, o de peso con una balanza".

3. Avanzando en el desarrollo del cargo, añade la censura que también interpretó erróneamente el sentenciador el artículo 1608, regla primera, de dicha codificación, al considerar "que el comprador y demandado no ha incurrido en mora de pagar el precio estipulado sólo porque adeuda una ínfima parte, toda vez que la citada disposición no establece ni admite tampoco escala o graduación alguna en el cumplimiento de lo pactado".

Estima el censor, y así lo expresa, que habiendo incumplimiento de las dos partes contratantes, "por lo menos se ha debido

declarar la resolución por mutuo incumplimiento, pues basta haber alegado el del demandado".

Cargo segundo

1. Con él también se acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar directamente, por aplicación indebida, los artículos 1888, 1909, 1915 y 1925 del Código Civil; y los textos 1546, 1603, 1626, 1627, 1649, 1923, 1929 y 1930 *ibídem*, estos últimos por inaplicación.

2. A intento de demostrar el error de hermenéutica que denuncia, asevera el casacionista que los artículos del Código Civil referentes a la venta por cabida, la evicción y los vicios redhibitorios son normas impertinentes o extrañas al caso que aquí se juzga y por consiguiente no aplicables a él; que, en cambio, esa impertinencia no se predica de "los artículos 1546, 1608 y 1930 de la misma obra, *interpretados erróneamente*" (subraya la Sala).

Y a renglón seguido dice el impugnante que "aplicar las normas cuya violación aquí acuso, desatendiendo el claro sentido de los artículos 1546, 1608 y 1930 del Código Civil, a pretexto de consultar su espíritu y violándolos por inaplicación, resulta absurdo, por decir lo menos. Y los artículos 1626, 1627, 1649, 1928 y 1929 del Código Civil se violaron al no exigir el Tribunal el pago completo para el cumplimiento, y al negar la resolución por el incumplimiento parcial".

Cargo tercero

1. En éste se acusa la sentencia de segundo grado de haber infringido, también directamente y por aplicación indebida, los artículos 962 y 966 del Código de Comercio.

2. Desenvolviendo esta censura, dice el impugnador que tales dos preceptos legales, reguladores de la venta a plazos de cosas muebles y con pacto de reserva de dominio, son de aplicación especial para tales negocios y por ende inaplicables cuando, como en el caso presente, se trata de un contrato corriente de compraventa de inmuebles.

Dice la acusación que el Tribunal olvidó que esas normas se refieren a "casos excepcionales y especialísimos", por lo que su aplicación al supuesto *sub lite* resulta ostensiblemente impertinente. Solicita pues el censor que se case la sentencia recurrida y en su lugar se confirme la del *a quo*, "o al menos declarar la resolución por mutuo incumplimiento que procede por haber reclamado el del demandado".

Cargo cuarto

1. Aquí también por vía directa se acusa el fallo del Tribunal por haber quebrantado, por inaplicación, los artículos 1546, 1608, 1609, 1627, 1760, 1849, 1857-2, 1884, 1928 y 1929 del Código Civil, y 265 del Código de Procedimiento Civil, que son, dice la censura, "normas sustanciales en cuanto regulan la existencia y validez de los contratos para los cuales se requiere instrumento público *ad substantiam actus*...".

2. Desarrollando este cargo, expresa el casacionista que "en el caso de autos se estipuló el pago en 'dinero' expresamente y en fecha determinada. No en cheques... El honorable Tribunal aceptó que pudiera modificarse lo estipulado en la escritura pública de compraventa, en cuanto al pago del precio completo y en día determinado, mediante un simple acuerdo verbal de las partes y en cheques. Pero resulta que el requisito de la escritura pública que la ley exige para que exista compraventa de inmuebles, rige obviamente también para modificar las estipulaciones contenidas en esa escritura, y por tanto era forzoso que por ese documento solemne se modificara la fecha para el pago del saldo que en tal escritura se señaló, y la obligación del comprador de pagar *'en dinero'* y no en cheques".

Considera el censor que el error del Tribunal "lo condujo a darle validez al supuesto acuerdo verbal celebrado entre las partes y en consecuencia a negar que el primer incumplimiento fue del demandado comprador y a no aplicar, violándolo por ese motivo, el artículo 1609, del Código Civil, conforme al cual el demandante no pudo incurrir en incumplimiento de obligacio-

nes luego de que el demandado incumplió la suya".

Cargo quinto

1. Mediante éste se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria, también por inaplicación, de los artículos 1546, 1608-1, 1609, 1626, 1627, 1649, 1849, 1857-2, 1864, 1928, 1929 y 1930 del Código Civil; los textos 1888, 1909, 1915 y 1925 *ibídem*, éstos por aplicación indebida, lo mismo que los preceptos 962 y 966 del Código de Comercio, a causa de los errores de derecho en que habría incurrido el sentenciador *ad quem* al apreciar las pruebas.

2. Concretando los yerros de valoración que denuncia, expresa el impugnante que el Tribunal, al dar por modificado el contrato de compraventa del inmueble con otras pruebas que no son escritura pública, infringió el artículo 265 del Código de Procedimiento Civil, según el cual la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; que también quebrantó el artículo 264 *ibídem*, pues el sentenciador, con base en la escritura pública, "ha debido tener por probado el hecho de que el saldo del precio debió pagarse en la fecha estipulada *y en dinero ... no en cheques...*" que erró de *jure* el *ad quem*, violando los artículos 194, 195 y 196 del Código de Procedimiento Civil, "al dar por probada la prórroga del plazo para el pago del saldo insoluto, por confesión del demandante, siendo así que ello no podía suplir el requisito solemne de la escritura pública".

Como en los cargos anteriores, el recurrente en éste también solicita el quiebre de la sentencia combatida y la confirmación de la de primera instancia, o, en último caso, "la resolución por mutuo incumplimiento, cuya solicitud va implícita en la del incumplimiento por el demandado".

Cargo sexto

1. A través de éste también se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por los mismos conceptos que se indican en el cargo anterior, las mismas normas jurídicas cuya violación se denuncia en él, pero aquí como consecuencia de errores de hecho manifiestos cometidos por el Tribunal al apreciar las pruebas aducidas.

2. Concretando los yerros de facto que le enrostra a la sentencia que combate, dice el censor que ellos consistieron en no haber visto que los testimonios en que se apoyó el sentenciador para deducir el cumplimiento del demandado, "son declaraciones muy contradictorias", particularmente las de la Notaria 8ª de Medellín y la de la protocolista de esa oficina. Que "el haberles dado valor de plena prueba y el considerarlos acordes, resulta un tremendo error de hecho; y que la declaración de Alberto Cardona Jaramillo la "contradice la de la notaria, pues ésta afirma que fue el presbítero quien llevó los cheques a la Notaría", mientras aquél aseveró que fue él quien llevó tales dos cheques para dejarlos en poder, no de la notaria, sino de la empleada de esa oficina encargada del protocolo.

Otro error de hecho que imputa a la sentencia, lo hace consistir la censura en haber considerado el *ad quem* que el hecho de haber llevado el demandado unos cheques personales, "era prueba de que había llevado el valor de su deuda", pues el pago ha debido hacerse en dinero efectivo, como se estipuló en la escritura, y no en cheques; que también incurrió en error de hecho el Tribunal al afirmar que el acreedor se negó a recibir el saldo del precio adeudado, como lo dicen las pruebas, él sí concurrió a la Notaría en las horas de la mañana "y simplemente no quiso volver después de las 5:30 a la Notaría".

3. Como en todos los cargos anteriores, también en éste el recurrente pide la quiebra del fallo del Tribunal y la confirmación del de la primera instancia, "o al menos declarar la resolución por el mutuo incumplimiento, que no necesitaba ser pedido en la demanda porque quien pide lo más, puede recibir menos, y en todo caso se trata de que si hay el incumplimiento del demandado, único necesario de alegar, se trataría en el fondo de una *pluspetitio*"

IV

Consideraciones de la Corte

1ª *La legislación civil positiva en Colombia siempre ha establecido, relativamente a la causal primera de casación, que la trasgresión de una norma de derecho sustancial puede ser por comisión o por omisión: ocurre lo primero cuando el Juez la aplica, haciéndole producir sus efectos propios, a supuestos de hecho que tal ley no contempla, o cuando, siendo la pertinente, la hace actuar en la controversia, pero atribuyéndole un sentido o alcance que ese precepto no tiene; y sucede lo segundo, cuando pretermite su aplicación a los casos que la requieren y reclaman.*

O sea, que el quebranto por omisión de la norma de derecho sustancial sólo se da por falta de aplicación de ella, a lo que pretéritamente equivalía la infracción directa; *y la violación por comisión ocurre cuando hay aplicación indebida, o interpretación errónea del precepto, especies de quebranto estas dos que presuponen, como elemento esencial de su estructura, que la norma sí se haya hecho actuar en la sentencia por haberse aplicado y hecho producir sus efectos propios en esa providencia. Lo que, por imperativo de la lógica, permite pensar que resulta contrario a la técnica de la casación denunciar quebranto de una norma sustancial por interpretación errónea o por aplicación indebida, cuando esa norma no se ha aplicado en el fallo respectivo.*

Bien es verdad que, como acertadamente lo reconoce la doctrina universal de la casación, la inaplicación de un precepto legal sustancial en una sentencia, o sea su violación por omisión, puede encontrar su génesis en una de estas tres causas: a) porque el juzgador ignora totalmente la existencia de esa norma; b) porque partiendo de su conocimiento, no la aplica sin embargo por no encontrar relación de semejanza entre el hecho específico concreto y el hipotetizado por ese precepto legal; y c) porque partiendo de su existencia, le desconoce empero validez en el tiempo o en el espacio.

Pero como en cualquiera de tales tres hipótesis el Juez no hace actuar la norma en el caso litigado, el quebranto de ella, en caso de existir, tiene necesariamente que ser por falta de aplicación y no por interpretación errónea, ni menos por aplicación indebida.

2ª En el caso de este proceso estimó el Tribunal de Medellín, y son éstas las dos razones en que apoyó su fallo desestimativo de la pretensión del demandante, tendiente a que se declarase resuelto el contrato de compraventa que ajustó con su demandado, que la mora en el pago de una "ínfima parte" del precio de la compraventa no da derecho al ejercicio de esa acción; y que de otra parte, fue el demandante y no el demandado quien incumplió el pacto, en los términos en que dicho convenio inicial fue modificado por mutuo acuerdo de los contratantes. Lo cual significa que siendo su fallo absolutorio no aplicó en él los artículos 1546, 1608 y 1930 del Código Civil.

Menos hizo actuar el Tribunal en su sentencia los preceptos del mismo código referentes a la venta por cabida, obligación de saneamiento por evicción que corresponde al vendedor, vicios redhibitorios, desde luego que descartó en el caso *sub júdice* ejercicio de *actio quanti minoris* alguna; tampoco aplicó los artículos 962 y 966 del Código de Comercio. Porque es lo cierto que si en la motivación de su fallo el *ad quem* hizo expresa alusión a la preceptiva de todas estas normas, no fue con el propósito de aplicarlas al caso litigado y hacerles producir en él sus específicos efectos, sino únicamente para tomarlos como razón corroborativa del argumento capital en que edificó su resolución: que como "lo adeudado es una cuantía muy baja comparada con el precio total" de la compraventa, no es legalmente posible "desvanecer el contrato".

Siendo ello así, como en realidad lo es, resulta contrario a toda lógica y por ende a la técnica de casación que se acuse el fallo del Tribunal por interpretación errónea, como lo hace el recurrente en los dos primeros cargos, o por aplicación indebi-

da, como formula sus acusaciones segunda —pues en ésta señala dos conceptos para las mismas normas—, tercera, quinta y sexta, de preceptos legales sustanciales cuya aplicación fue expresamente omitida en esa sentencia.

3ª *Y si la trasgresión de la ley sustancial en la especie de inaplicación supone, como presupuesto indispensable, que la norma jurídica sí debía haberse aplicado en el fallo y sin embargo no lo fue, por imperativo de la lógica tiene que seguirse que tal forma de quebranto no se da, entre otros casos, cuando a juicio del sentenciador de instancia no se hallan acreditados los supuestos fácticos que ese precepto contempla y dicho razonamiento judicial no lo infirma en el recurso de casación el recurrente.*

De ahí que como en el presente caso, en ninguno de los seis cargos que formula contra la sentencia que combate, el impugnador desvirtúa totalmente los dos pilares en que el Tribunal sentenciador apoyó su decisión negativa, pues a través de cada uno de ellos formula censuras parciales, la acusación que por inaplicación de los preceptos reguladores de la resolución del contrato de compraventa por no pago del precio es ataque que se torna improcedente.

Nótese que en todos y cada uno de los seis cargos el propio casacionista expresamente reconoce, con lo cual le da la razón al Tribunal, que el demandante, como vendedor del inmueble, incumplió sus propias obligaciones; que hubo, dice, incumplimiento de las dos partes, "mutuo incumplimiento", y con base en esta cardinal aserción pretende, y así lo suplica en todas sus censuras, que se declare la resolución de la compraventa.

Si, pues, como lo acepta el propio recurrente, Garcés Agudelo no compareció a la Notaría el día acordado a recibir la parte del precio de la compraventa que se le adeudaba, ni por ende a cancelar el gravamen hipotecario constituido sobre el inmueble por él vendido, incumplió sus obligaciones contractuales; y este incumplimiento, como lo dijo el *ad quem* en argumentación no infirmada, impide acoger su pretensión de que se resuelva el pacto de compraventa.

4ª La lectura del cargo cuarto de la demanda de casación permite advertir que, a pesar de haberse formulado claramente por violación directa, su sustentación arranca de que el censor estima que el Tribunal no dio por establecido, estándolo en el proceso pues tal es lo que reza la escritura de compraventa en la cláusula respectiva, que el pago del precio estipulado para la cosa compravendida debía hacerlo el comprador "en dinero" y "en fecha determinada".

Es decir, que este cargo viene edificado sobre presuntos errores de orden probatorio, sustentación que pone de manifiesto claramente que no se trataría de violación directa sino de la indirecta del derecho sustancial. Equivocada, resulta pues la formulación de esta censura, puesto que, como ya lo ha dicho la Corte, en la demostración de un cargo por violación directa el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal.

5ª Ciertamente que, como lo dice la escritura pública Nº 258 del 16 de febrero de 1979, otorgada en la Notaría 8ª de Medellín para plasmar en ella las cláusulas de la compraventa ajustada por los litigantes, el comprador debía pagar a su vendedor "la suma de dinero" acordada como precio, "al vencimiento de un plazo de seis (6) meses, que se cuentan a partir de la presente fecha".

Pero de que en dicha estipulación escriturara se haya hablado, refiriéndose al saldo del precio, "de suma de dinero", ello no significa que hubiera sido propósito de los contratantes excluir el cheque como medio de pago; el cheque bancario, que surgió desde el mismo momento en que los instrumentos de crédito fueron una necesidad del auge económico de la sociedad, es en esencia un subrogado de la moneda y la función principal que cumple es la de servir como documento de pago.

Por eso establece el artículo 882 del Código de Comercio que la entrega de cheques por una obligación anterior, "valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera".

Tampoco es cierto que el juzgador *ad quem* hubiera dejado de ver y por ende de apreciar en su fallo, por lo que no incurrió en los errores de hecho que se le endilgan en el cargo sexto de la demanda de casación, que en la referida escritura pública las partes acordaron y así lo estipularon que el precio de la compraventa se pagaría en el plazo de seis meses allí determinado. Al efecto dijo el Tribunal que si bien el comprador "no cubrió el total de $ 600.000.oo dentro de los seis meses a partir de la escritura", fue sin embargo porque "las partes convinieron posteriormente en que el saldo insoluto de $ 100.000.oo con sus intereses habría de pagarse el 5 de febrero de 1980 en la Notaría Octava de Medellín y allí mismo se cancelaría la hipoteca".

De que la sentencia, amparada en las pruebas documental, de confesión y testimonios, hubiese concluido en que los contratantes, en convenio que el Tribunal estima "plenamente válido", modificaron o prorrogaron la fecha inicialmente acordada para finalizar la ejecución del contrato de compraventa, no implica error de derecho alguno, pues al efecto no hay norma legal que exija al punto otorgamiento de escritura pública. No se trató en verdad de formalizar contrato solemne, sino únicamente de posponer el día acordado para el pago del saldo del precio de la venta, acuerdo que por no comprometer los intereses de la sociedad ni contrariar el orden público tiene que reconocerse como jurídicamente eficaz.

6ª Para no dejar en inexcusable olvido la tesis que en torno al alcance de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil expone el Tribunal Superior de Medellín en su sentencia, *apenas sí tendría que decir la Corte que la doctrina universal, al determinar los requisitos que debe presentar el incumplimiento parcial para acarrear la resolución de un contrato, dice que ésta sólo procede en el caso de que el demandante "no tenga un interés apreciable en el cumplimiento parcial" (Dalmartello, Arturo: Risoluzione del contratto, Edición 1969, pág. 103).*

En rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del Juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra.

Como lo expresa José Mé'ich Orsini en su obra intitulada "La Resolución del Contrato por Incumplimiento", "... el principio de la indivisibilidad del pago entre el acreedor y el deudor, resulta a menudo derogado por la voluntad de las propias partes, quienes han podido pactar el fraccionamiento del pago, ya sea inicialmente mediante cláusula expresa en el propio contrato, o bien ulteriormente en una forma tácita al acceder el acreedor a recibir pagos parciales, casos en los cuales se planteará más netamente la cuestión de si la falta de cumplimiento de unas pocas o de una sola de las fracciones de la prestación así dividida, puede ser estimada como suficiente a los fines de conceder la resolución". Y añade que si bien una solución que se base únicamente en el mero criterio "de la mayor proporción de la parte incumplida sobre la parte cumplida" es la regla general y adecuada, sin embargo el criterio que debe guiar a los juzgadores "tendrá que ser razonado a partir del argumento de que el incumplimiento debe evaluarse objetivamente, teniendo en cuenta el interés del acreedor que se trata de satisfacer con la conducta del deudor, y que tal interés ha sido ya sustancialmente satisfecho, bastando por ello ahora con la vía del cumplimiento forzoso en especie o por equivalencia, para satisfacer ese resi-

dual interés insatisfecho" (op. cit., Edición Temis, 1979, pág. 200).

De manera que, tal cual lo hizo en verdad el sentenciador de segundo grado en el caso sub júdice, *para que el rechazo de la acción resolutoria se avenga o sea congruente con la equidad, se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuencia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagarlo que el deudor mantuvo siempre; el aquietamiento del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de intereses por esa mora, que él consintió, etc.*

7ª Obvia conclusión de todas las consideraciones anteriores es, entonces, la de que ninguno de los cargos formulados contra la sentencia recurrida está llamado a prosperar; y que, por lo consiguiente, así habrá de declararlo la Corte.

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 del 2 de mayo del año último pasado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Horacio Montoya Gil, Amelia Barrera de Gáfaro, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Hernando Tapias Rocha.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

CONTRATOS

Interpretación. Unión de prestaciones de varios contratos tipos. Normatividad de los actos jurídicos

COMPRAVENTA

Precio: No necesariamente debe estipularse totalmente en dinero. Si en la compraventa de bienes muebles, parte del precio se pacta en la transferencia de un inmueble, el contrato debe constar en escritura pública

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., septiembre once de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 6 de junio de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este proceso ordinario instaurado por Oscar Castro García y otro en frente de la sociedad "Industrias Jublo Ltda.".

I

El litigio

1. Mediante libelo de 13 de noviembre de 1981, corregido y adicionado por escrito del 5 de febrero siguiente, Oscar Castro García y Alvaro Estrada Mejía demandaron ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, al cual correspondió la demanda en repartimiento, a la citada compañía "Industrias Jublo Ltda.", domiciliada en esa ciudad y representada por su Gerente General Gustavo López Cárdenas, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen en contra de ésta y a favor de aquéllos las siguientes declaraciones y condenas:

a) La subsistencia del *contrato de compraventa* para suministrar material de ladrillo, por parte de la entidad demandada a los demandantes, ajustado entre ellos y ratificado en escrito que suscribieron en la ciudad de Manizales el 20 de febrero de 1978;

b) Que, consecuencialmente, se condene a la sociedad demandada a entregar a sus demandantes, dentro del término que la sentencia le conceda, la cantidad de 163.796 ladrillos de las condiciones estipuladas en el contrato, en la manera que esa cantidad corresponda a la contraprestación de $ 933.638.oo, ya cancelados por los compradores;

c) Que se la condene igualmente a restituir a sus demandantes la suma que éstos hayan pagado por concepto de impuesto a las ventas, lo mismo que la multa por incumplimiento del contrato en la cuantía acordada; y

d) Que se imponga a la sociedad demandada el pago de las costas procesales.

En subsidio de la segunda de las súplicas anteriores, los demandantes deprecaron la condenación a la demandada a reembolsar a ellos la suma de $ 933.638.oo, equivalente al precio del número de ladri-

llos referido atrás, junto con los intereses de dicha suma a la rata del 2.5% mensual a partir del 23 de febrero de 1979 y hasta el día en que se haga el pago total de la obligación.

2. Las afirmaciones de hecho que los demandantes invocaron como *causa petendi* de sus pretensiones, quedan sustancialmente compendiadas en las siguientes:

a) Que los dos demandantes, en su calidad de ingenieros de profesión, acordaron verbalmente con la sociedad "Industrias Jublo Ltda.", un contrato para la confección de material de ladrillo, pacto éste que fue luego ratificado por escrito en documento de 20 de febrero de 1978;

b) Que por virtud de tal contrato la sociedad "Industrias Jublo Ltda." se obligó a entregar a los ingenieros Castro García y Estrada Mejía, 459.474 ladrillos de 10 x 20 x 30 centímetros, a razón de $ 5.70 cada unidad, puesta en fábrica entrega que haría en 9 cuotas de 50.000 ladrillos cada una durante los meses comprendidos entre marzo y noviembre de 1978, y una cuota adicional de 5.474 en el mes de diciembre siguiente;

c) Por su parte, los compradores se comprometieron a pagar el precio total del ladrillo, que ascendió a la suma de $ 2'619.001.80, en siete cuotas mensuales de $ 100.000.oo, durante los meses de julio de 1978 y enero de 1979; otra cuota adicional de $ 107.876.80 en febrero de 1979; la cantidad de $ 535.000.oo que entonces entregaron en efectivo los compradores a la vendedora; $ 200.000.oo que se pagarían el día 1º de junio de 1978; y el saldo, equivalente a la suma de $ 1'076.125.oo, "con el 50% del valor de un apartamento, incluido el garaje, y un local que están situados en el edificio Torres Panorama que los *compradores* construirán en el lote donde hoy se encuentra la residencia del doctor Rafael Henao Toro";

d) Acordaron los contratantes que el precio total de $ 2'152.250.oo, fijado para el departamento, local y el garaje, sería pagado por "Industrias Jublo" en dinero efectivo su 50%, y el otro 50%, equivalente a la suma de $ 1'076.125.oo, con ladrillos a entregar, según el pacto anterior;

e) Pero de la cantidad total de ladrillos que la sociedad demandada debía entregar a sus demandantes, éstos sólo recibieron, durante los meses comprendidos entre marzo de 1978 y el 27 de abril de 1979, en las cuotas que la demanda determina, la cantidad de 106.884 unidades;

f) Por su parte los ingenieros compradores pagaron a la compañía demandada, en dinero efectivo entre agosto de 1977 y febrero de 1979, en las cuantías y fechas que la demanda discrimina, un total de $ 1'542.876.80, pero además excediéndose en el valor convenido, porque en tanto que la vendedora entregó "tardíamente 106.884 ladrillos (que al precio unitario de $ 5.70, valen $ 609.238.80), los demandantes habían pagado, en febrero de 1979, dentro de la suma de $ 1'542.876.80, un mayor valor de $ 933.638.oo equivalente a 163.796 ladrillos que desde entonces ya habían dejado de entregar los vendedores";

g) "Ante el incumplimiento parcial de los contratistas 'Industrias Jublo Ltda.' —expresan los demandantes a través del hecho 15 de su demanda—, incumplimiento en la entrega de la obra de ladrillo contratada, mis mandantes optan por la *subsistencia del contrato*, y por tanto, por la exigencia en el cumplimiento del mismo con indemnización de perjuicios. Y ante la ejecución total y ningún cumplimiento por parte de la empresa 'Industrias Jublo Ltda.', de su pretendido contrato de compraventa de apartamento y anexos, mis mandantes optan por su *declaratoria de resolución* con la indemnización de perjuicios a que hubiere lugar";

h) A través de los hechos 20, 21 y 22 de su libelo, expresan los demandantes que en el contrato acordaron las partes, como multa para el caso de incumplimiento de lo pactado, $ 0.10 por cada ladrillo que "los vendedores o suministradores dejaron de entregar por mes" y que como dejaron de entregar un número de 163.796, los "perjuicios por este concepto" equivalen a $ 16.379.oo "por cada mes de retardo"; e

i) Expresan los demandantes, finalmente, que en los recibos de liquidación de remesas por entrega de ladrillos, "Industrias Jublo Ltda." está cobrando un impuesto de venta del 6% sobre el valor de cada suministro; que como el pago de tal impuesto no correspondía a los compradores, la sociedad vendedora "está haciendo un cobro indebido por el concepto anotado".

3. En su oportuna contestación a la demanda la sociedad demandada se opuso a todas las súplicas de sus demandantes; y en cuanto a los hechos invocados, aceptó algunos, negó otros y exigió la prueba para los demás.

Expresó entonces la entidad demandada, que los 106.884 ladrillos entregados "fueron recibidos por los compradores en las instalaciones de la fábrica. El resto de ladrillos convenidos a recibir por los compradores en la fábrica, permanecieron en las instalaciones de 'Industrias Jublo Ltda.', por cuanto que de la redacción de la cláusula 5ª del contrato, se desprende la obligación de los compradores de retirar el ladrillo de la fábrica"; y relativamente al convenio referente al apartamento y garaje, dice que "no es pacto accesorio sino un simple convenio de los contratantes sobre la forma de pago", que como en el caso presente "se estipuló el pago del precio parte en dinero y parte en especie, siendo el pago en dinero de más valor de lo que se estipuló como pago en especie", entonces hay que entender que se trató simplemente de un contrato único de compraventa y no de una venta y una permuta.

4. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de las 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 proferida el 19 de enero de 1983, mediante la cual decidió el litigio así: a) ordenó el "cumplimiento parcial" del contrato de compraventa de ladrillo por parte de la sociedad demandada, a la que por tanto condenó a entregar a sus demandantes, dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria del fallo, la cantidad de 163.796 ladrillos; b) denegó las peticiones de la demanda referentes al pago de la cláusula penal y a la devolución del valor correspondiente al impuesto sobre las ventas; y c) finalmente impuso a la sociedad demandada las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación que contra dicha providencia interpuso la entidad demandada, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el que, previo el trámite de la segunda instancia, profirió su sentencia de 6 de junio de ese mismo año, mediante la cual confirmó en todas sus resoluciones la que fue materia de la alzada.

II

Los fundamentos de la sentencia de segunda instancia

1. Tras referirse a los antecedentes del litigio y al desarrollo del proceso, en el inicio de las consideraciones de su fallo el juzgador *ad quem*, prohijando los razonamientos que al efecto hizo el *a quo*, expresa que Oscar Castro García y Alvaro Estrada Mejía, por una parte, y la sociedad "Industrias Jublo Ltda.", por la otra, "celebraron dos contratos que hicieron constar por escrito, relacionados con la venta de 459.474 ladrillos por un valor de $ 2'619.001.80, y de un apartamento, un local y un garaje, ubicados en el edificio 'Torres Panorama', próximo a construir, calculado en $ 2'152.250.oo".

2. Y después de precisar la pretensión deducida principalmente en la demanda incoativa del proceso, tendiente a que la sociedad demandada cumpla con la obligación de entregar 163.796 ladrillos, o su equivalente en dinero, expresa el sentenciador que teniendo en cuenta su objeto "esta es una obligación divisible, a la luz del artículo 1581 del Código Civil y, por lo mismo, era pertinente optar por exigir sólo la ejecución parcial, acogiéndose al artículo 1546 *ibídem*" cuyo texto transcribe.

Estima el sentenciador, y así lo expresa en su fallo, que en el presente caso se está en presencia de un contrato bilateral, pues en él hay obligaciones para las dos partes,

"consistentes en la entrega de un cierto número de ladrillos, por cuotas durante nueve meses, a cambio de una suma de dinero y el 50% de un apartamento, un local y un garaje". Que, "el cumplimiento parcial, en una cuantía que sólo alcanza la contraprestación estipulada en dinero", las apuntaciones de la demandada consistentes en que dicho pacto no se otorgó por escritura pública, debiendo haberlo sido por versar sobre inmuebles, no pueden esas observaciones dar base para hacer la declaración de invalidez de todo el pacto.

3. Consecuente con tal postulado suyo, el sentenciador de segundo grado llega a la conclusión de que la sociedad demandada "incumplió lo pactado y sólo entregó tardíamente la suma de 106.884 ladrillos que al precio de $ 5.70 cada uno valen $ 609.238.80, no obstante haber recibido anticipadamente la suma de $ 1'542.876.80, por tratarse de exigencia del cumplimiento parcial del contrato, necesariamente se debe limitar el estudio de determinar si es posible, a la luz de las disposiciones legales, hacer una condena concretada únicamente al valor del excedente del ladrillo, ya cancelado".

De lo cual concluye: "En consecuencia, estaría fuera de lugar emprender un análisis en torno a las demás estipulaciones contractuales, no exigidas en la demanda, vinculadas con la forma de pago acordado para el cubrimiento del valor correspondiente a 188.794 ladrillos, calculados a $ 5.70 por unidad, que suman $ 1'076.125.88, o sea el equivalente al 50% de un apartamento, local y garaje...".

Agrega que el contrato de compraventa de ladrillo, cuyo cumplimiento parcial se exige en la cantidad de 163.796, "debe reputarse perfecta, de conformidad con el artículo 1857 del Código Civil, pues se trata de un contrato consensual, donde las partes acordaron pagar una suma de dinero a cambio de la entrega de aquéllos. De otra parte, por estar legalmente celebrado el contrato, era de obligatorio cumplimiento", según lo imperado por el artículo 1602 de la codificación en cita.

Considera el *ad quem* que "otro sería el enfoque que debería darse al problema en el supuesto de que la parte demandada hubiera formulado demanda de reconvención para que se decretara la nulidad del contrato, en cuyo caso la atención debería fijarse sobre todo el contenido, para extraer de allí las consecuencias de acuerdo con lo pedido".

4. Luego de analizar las pruebas aducidas, el sentenciador da por demostrado el incumplimiento de la sociedad demandada, puesto que, dice, a pesar de haber recibido el valor de $ 1'542.876.80, correspondiente a 270.780 ladrillos, sólo entregó 106.884, sin que explicara ni justificara "por qué el día 27 de abril de 1979 no lo había hecho, a pesar de que más o menos desde el 7 de agosto de 1978 había vencido el plazo".

De lo cual concluye la sentencia que "quedó demostrada la mora de la parte demandada, pues dejó de cumplir lo pactado en el tiempo convenido (art. 1609) lo que no puede predicarse de la demandante"; y que, por lo consiguiente, sí procede "acceder a la petición principal, condenando a la entrega de la cantidad de material ya abonado".

III

El recurso extraordinario

Contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación la sociedad demandada. En su respectiva demanda la recurrente formula contra dicho fallo tres cargos, fundados todos en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, de los cuales la Corte procede a despachar el segundo que encuentra sustentado en razones suficientes para casar la providencia impugnada.

Cargo segundo

1. Mediante él la demandada recurrente acusa la sentencia de segundo grado de ser indirectamente violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 1546, 1850, 1880, 1882, 1581 del Código Civil y 905 del de Comercio; y de los textos 1500, 1501, 1740, 1741, 1746, 1857, 1956, 1958 del Código Civil, 861 y 898 del Código de Comercio, 2º de

la Ley 50 de 1936 y 89 de la 153 de 1887, todos éstos por inaplicación, como consecuencia del error de hecho manifiesto en que habría incurrido el Tribunal al examinar el documento contentivo del contrato concertado entre las partes.

2. En la sustentación de la censura el casacionista comienzo por recordar que el *ad quem*, para dictar su sentencia estimativa de la pretensión principal de los demandantes, consideró que las partes ajustaron el 20 de febrero de 1978 dos contratos de compraventa, el primero de ladrillos y el segundo de un bien raíz; pero que como las súplicas de la demanda se dirigieron exclusivamente a lograr el cumplimiento parcial de aquél y que la sociedad demandada no contrademandó, no era procedente analizar la segunda compraventa, como en efecto no lo hizo.

Y luego de transcribir los pasos más trascendentes del referido contrato, dice el impugnador que es indudable que el contrato formalizado por los litigantes "fue una compraventa cuyo objeto es un determinado número de ladrillos, para ser pagados, más del 50% de su valor, con dinero efectivo, y el resto con la mitad de un apartamento con local y garaje". Que la existencia de la cláusula relativa al allí denominado "compromiso de compraventa del apartamento y local, no puede mirarse ni interpretarse como pacto diferente ni accesorio porque está tan íntimamente ligado al hipotéticamente principal, al de los ladrillos, que es su esencia, es porción inseparable de uno de sus elementos estructurales, como lo es el precio. Es válida la afirmación de que el interés evidente del vendedor de ladrillos era, además del dinero, la adquisición del apartamento, parte integrante de la causa que lo llevó a vender ladrillos en las circunstancias en que lo hizo".

3. Concretando el yerro de facto que la recurrente le endilga a la sentencia que combate, dice que él consistió en haber visto en el documento donde se plasmó el pacto concertado por los litigantes dos contratos, cuando en realidad se trata de uno solo. Agrega la censura que la cláusula atinente a la "formalización del compromiso de compraventa del apartamento", sólo puede entenderse como un complemento "obvio y casi necesario del contrato inicial" y no, como lo entendió el Tribunal, como un pacto diferente; esa estipulación, añade el impugnador, es una simple forma o modo "del cumplimiento del contrato, como lo es igualmente la previsión final sobre el apartamento".

Expresa el censor, rematando la formulación de este cargo, que si se mira el contrato de compraventa de ladrillos, "no podemos excluir del panorama que se nos ofrece la mitad del apartamento como elemento integrante del precio"; que no es posible, por tanto, "separar las dos cosas y por vía de este razonamiento llegaremos a la conclusión de que no se trata de dos pactos o contratos, ni principales ambos ni accesorio uno del otro, sino de un solo contrato, el de compraventa que señala a los ladrillos como cosa vendida y la mitad de un apartamento como parte del precio", el cual, por implicar la transferencia del dominio de bienes raíces, ha debido otorgarse por escritura pública, solemnidad sin la cual no produce efectos jurídicos.

IV

Consideraciones de la Corte

1ª *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 celebrar sus convenciones jurídicas, acatan todas las prescripciones legales requeridas para su formalización y respetan el orden público y las buenas costumbres. El postulado de la normatividad de los actos jurídicos (art. 1602, C. C.) se traduce esencialmente, entonces, en que legalmente ajustado un contrato se convierte en ley para las partes, quienes por consiguiente quedan obligados a cumplir las prestaciones acordadas en él.*

Cuando por disentimiento de las partes en el punto se discute judicialmente la na-

turaleza jurídica del contrato, y, por ende, el alcance de las obligaciones que por emanar de él han de asegurarse en su cumplimiento, corresponde al juzgador, a fin de determinar las prestaciones debidas, interpretar el contrato, o sea investigar el significado real y efectivo del negocio jurídico.

2ª *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 llegan a tomar carácter subsidiario y, por lo tanto, el Juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando le resulte imposible descubrir lo que hayan querido los contratantes; cuáles fueron realmente los objetivos y la finalidades que éstos se propusieron al ajustar la convención.*

Lo cual significa que cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto 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 consiguiente, 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 menos para reducirles sus efectos legales o adicionar los que le son propios.

Los contratos deben interpretarse cuando son oscuros, es cierto, pero también lo es que tal labor de hermenéutica tiene que encuadrarse dentro de lo legal, lo racional y lo justo, conforme a los postulados del derecho para cada contrato y a la intención presunta de las partes, y sin dar cabida a restricciones o ampliaciones que conduzcan a negarle al contrato ajustado sus efectos propios.

3ª *Por cuanto ordinariamente el contrato se presenta como una unidad, para conocer la verdadera voluntad de las partes deben apreciarse todas sus estipulaciones en forma coordinada y armónica; si con desprecio de este procedimiento se aislan unas de otras como entes autónomos, cuando por sí solas carecen de vida propia o independiente, se corre el riesgo de romper la unidad de esa convención, desvanecer su efectos propios o hacerle producir consecuencias contrarias a las que de su conjunto realmente se deducen.*

Tiene aceptado la doctrina del derecho que, aun prescindiendo de los contratos atípicos, o sea de aquellos pactos cuyo contenido es tan particular que no pueden asimilarse a ninguno de los contratos tipos, una convención jurídica ajustada entre las partes puede presentar combinadas prestaciones correspondientes a diversos contratos típicos. Y ha dicho que estas uniones de contratos pueden ser: a) unión con dependencia unilateral o bilateral, en la cual los distintos contratos que aparecen unidos son queridos como un todo, estableciéndose entre ellos una recíproca dependencia en el sentido de que el uno se subordina al otro u otros; b) unión simplemente externa, que es la que corresponde a aquélla en la que los distintos pactos, independientes unos de otros y por tanto autónomos, aparecen unidos externamente sin que haya subordinación o dependencia de los unos respecto de los otros; y c) unión alternativa, caracterizada por la existencia de una condición que enlaza los distintos contratos en forma que si el suceso positivo no acaece o acaece el negativo, se entiende concluido uno u otro.

En la labor de interpretación de los contratos no debe olvidar el Juez, de otra parte, que la naturaleza jurídica de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, ni la que al fallador le venga en gana, sino la que a dicho contrato corresponda legalmente según sus elementos propios, sus calidades intrínsecas y las finalidades perseguidas.

4ª *De conformidad con las disposiciones legales regulativas de la compraventa, el precio es uno de los elementos esenciales de este contrato. Por consiguiente, cuando*

el referido elemento falta la compraventa no existe como tal, o, por lo menos, degenera en acto jurídico distinto.

Si el objeto de la obligación del vendedor recae sobre la cosa vendida y el de la del comprador sobre el precio (art. 1849, C. C.), tiene que seguirse que la formación de este especial contrato requiere el acuerdo de las partes sobre los citados dos objetos. De ahí que, según lo pregona el artículo 1864 ibídem, *en esta materia la regla general es la de que "el precio de la venta debe ser determinado por los contratantes".*

No obstante, para que el precio de la venta exista no es menester que en todo caso se fije la cuantía o el valor exacto de la cosa vendida; es suficiente que el contrato contenga los elementos que permitan conocer con certeza su monto en el momento de la exigibilidad: en tal supuesto se habla de precio determinable, que está expresamente autorizado por los artículos 1864 y 1865, en concomitancia con el 1518 ejúsdem.

Por lo demás, para que la venta exista no necesariamente el precio debe estipularse totalmente en dinero: puede consistir, según lo autoriza el artículo 1850 ibídem, *"parte en dinero y parte en otra cosa", considerándose que si ésta tiene un menor valor que la suma que se da en dinero, la compraventa no desaparece como tal.*

5ª Analizando el documento de 28 de febrero de 1978 se advierte sin esfuerzo mental alguno, que en esa fecha los aquí querellantes celebraron un contrato de compraventa de 459.474 ladrillos, de las especificaciones allí consignadas; el precio de la compraventa concertada, según lo dice la cláusula segunda de dicho pacto, fue de $ 5.70 cada unidad, lo que da un total de $ 2'619.001.80, de los cuales la vendedora pagó en esa oportunidad $ 535.000.oo, comprometiéndose los compradores a pagar "el resto, así: Doscientos mil pesos ($ 200.000.oo) moneda corriente el día 1º de junio de 1978; siete (7) cuotas cada una de cien mil pesos ($ 100.000.oo) moneda corriente el día primero de los meses de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 1978 y enero de 1979; un millón setenta y seis mil ciento veinticinco pesos ($ 1'076.125.oo) moneda corriente, con el 50% del valor de un apartamento, incluido el garaje y un local que estarán situados en el Edificio Panorama que los *compradores* construirán en el lote donde hoy se encuentra la residencia del doctor Rafael Henao Toro".

Examinado dicho documento en la materialidad objetiva que presenta, hay que decir, al contrario de lo que dedujo el *ad quem*, que en él no plasmaron los convencionistas dos contratos de compraventas, sino uno solo, cuyo objeto fue el número de ladrillos allí determinados, por un precio determinable y que se estipuló en dinero, su mayor valor, y en especie otra parte.

En verdad que, como lo asevera el casacionista, del hecho que los convencionistas hubiesen expresado en dicho documento que "el compromiso de compraventa del apartamento y el local se formalizará una vez que los *compradores* hayan obtenido de la Superintendencia Bancaria el correspondiente permiso...", no puede seguirse inequívocamente, como lo hace el Tribunal de Manizales, que haya aquí un contrato diferente del inicialmente acordado y que se trate de un pacto independiente y autónomo de la compraventa de ladrillo, o que sea anexo a él. La enajenación del apartamento allí prometida se presenta tan íntimamente ligada a la del ladrillo, como que es parte integrante del precio de éste; aquella transferencia surge así con un carácter eminentemente subordinado a la compraventa de ladrillo, en tal forma que es imposible escindirlas sin alterar los términos en que esa convención fue concertada.

Analizando el contrato de compraventa de ladrillo en todo su conjunto, no es posible excluir de su estructura la mitad del apartamento y local cuyos traspasos se estipularon como parte del precio, y por ende, como factor integrante de uno de sus dos elementos esenciales. Su relación de dependencia es de tal naturaleza que sin

esta estipulación la compraventa de ladrillo no quedaría legalmente configurada.

6ª Si, pues, al apreciar el documento de 20 de febrero de 1978, contentivo del pacto acordado en esa fecha por los aquí litigantes, el Tribunal de Manizales desfiguró la objetividad de ese medio de prueba, pues les hizo decir lo que él no expresa, debe seguirse que incurrió en error de hecho manifiesto, yerro que lo condujo a quebrantar indirectamente las normas jurídicas sustanciales cuya violación denuncia la censura y por los conceptos que en ella se señalan.

Procede pues casar el fallo impugnado y proferir en instancia el que deba reemplazar el quebrado.

V

Sentencia sustitutiva

1. *Determinada así la unicidad del contrato de compraventa celebrado por los convencionistas, procede examinar, primeramente, si dicho pacto es legalmente válido, desde luego que éste es uno de los presupuestos esenciales de la acción de cumplimiento que se ejercita principalmente en la demanda introductoria del proceso.*

2. *En relación con los contratos llamados solemnes, la ley colombiana siempre ha buscado dar firmeza a la manifestación de la voluntad de las partes y proteger a los propios contratantes y a terceros mediante el empleo de determinadas formalidades, hasta el punto de considerar que el acto de dicha estirpe que no se haya formalizado debidamente no produce ningún efecto jurídico (art. 1500, C. C.).*

Es principio indiscutible que el contrato solemne no tiene existencia jurídica sino desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección; ni siquiera la voluntad de las partes contratantes puede derogar, para un caso particular, tan fundamental principio, desde luego que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada por motivos de interés social y aun de orden público, que son justamente las razones en que se apoya.

Los artículos 12 y 2 de los Decretos 960 y 1250 de 1970 establecen hoy, como antaño lo exigían los textos 2577 y 2652 del Código Civil, solemnidad para todos los actos y contratos relativos a la enajenación o mutación de la propiedad de bienes inmuebles, y por ende ordenan que deben otorgarse por escritura pública.

Singularmente para la compraventa de bienes raíces, preceptúa el artículo 1857 del Código Civil que ésta "no se reputa perfecta ante la ley, mientras no se haya otorgado escritura pública"; la tradición del dominio de dichos bienes, según lo dispone el artículo 756 ibídem, *se efectúa solamente por la inscripción de tal escritura en la oficina de registro correspondiente.*

3. *Consecuencia obvia y natural de lo atrás dicho es la de que, no obstante el principio de amplitud que informa nuestro régimen legal probatorio, las partes no gozan de libertad para la escogencia de los medios demostrativos de ciertas y determinadas situaciones jurídicas, como cuando se trata de un contrato que tienda a trasladar el dominio de inmuebles, pues en tal supuesto el medio probatorio es específico: la copia registrada de la escritura pública.*

Como también lo hacía el artículo 1760 ejúsdem, *la apuntada restricción probatoria la consagra, ampliando lo dicho por el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, el 265 de esta última codificación, al estatuir que la falta de instrumento público no puede suplirse en ningún caso por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiera dicho documento como solemnidad, y que en el mismo supuesto esos actos se mirarán como no ejecutados o no celebrados, "aun cuando se prometa reducirlos a instrumento público".*

4. *Como es evidentemente cierto que la compraventa celebrada en torno a determinado número de ladrillos implica, así sea como parte del precio en ella, la transferencia del dominio de bienes raíces, como lo son el apartamento, el local y el garaje, debió haberse celebrado por escritura pública; como así no ocurrió, ese contrato tiene que calificarse de absolutamente nulo, de acuerdo con lo dicho por los artícu-*

los 1740 y 1741 de la codificación civil en cita y así debe declararse.

Y si el contrato en estudio no se pudiera calificar de compraventa sino simplemente de promesa de compraventa, tampoco se le podía reconocer eficacia jurídica, sencillamente porque no reúne los requisitos que para el pacto de esta estirpe exige el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, particularmente porque no se precisó la época para celebrar el contrato prometido, ni menos se señaló la Notaría en que debía otorgarse la escritura pública.

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 seis de junio de mil novecientos ochenta y tres, proferida por el Tribunal de Manizales en este proceso ordinario instaurado por Oscar Castro García y Alvaro Estrada Mejía contra "Industrias Jublo Ltda.", y actuando en sede de instancia,

Resuelve:

1º *Revócase* la sentencia de 19 de enero de 1983, proferida en este mismo proceso por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales.

2º *Declárase*, en su lugar, absolutamente *nulo el contrato de compraventa* ajustado por "Industrias Jublo Ltda." y Oscar Castro García y Alvaro Estrada Mejía el 28 de febrero de 1978, y contenido en documento privado por ellos suscrito en esa fecha en la ciudad de Manizales.

3º Como consecuencia de la declaración anterior, las partes tienen derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto declarado nulo, y con sujeción a las previsiones del inciso 2º del artículo 1746 del Código Civil.

Parágrafo. Las prestaciones mutuas deben regularse por el procedimiento establecido en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

4º Por virtud de la declaración de nulidad del contrato contenida en el ordinal 2º de la parte resolutiva de este fallo, se deniegan todas las súplicas deducidas en la demanda inicial del proceso.

5º *Condénase* al demandante al pago de las costas causadas en las dos instancias del proceso, las que serán tasadas oportunamente; y

6º *Sin costas* en el recurso extraordinario.

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

Horacio Montoya Gil, Amelia Barrera de Gáfaro, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Hernando Tapias Rocha.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

—Por la construcción de una obra pública permanente, compete a la jurisdicción ordinaria, teniendo en cuenta la época en que ocurrió

—Si se lesionan derechos subjetivos diversos, compete el conocimiento del proceso a la jurisdicción especial

NULIDAD PROCESAL

La nulidad procesal en que se incurra afecta a todos, pues no se puede declarar válido el proceso para unos litigantes y nulo para otros

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., septiembre veintiséis de mil novecientos ochenta y cuatro.

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 21 de enero de 1983, en este proceso ordinario de Héctor Enrique Suárez Martínez, Hernán Toro Uribe y Alfonso Toro Gómez contra el Departamento de Antioquia.

I
El litigio

1. La parte demandante formuló las siguientes pretensiones:

"1. Que pertenece en dominio pleno y absoluto a mi mandante, Héctor Enrique Suárez M., una finca territorial denominada "La Luz" ubicada en el Municipio de San Rafael, Departamento de Antioquia, con sus mejoras y anexidades y delimitada por los siguientes linderos: partiendo de la confluencia del río Guatapé, con el río Jague, éste arriba hasta el puente de San José en la carretera en construcción San Rafael Balseadero; esta carretera arriba, lindero con propiedad de Carlos Amaya hasta el denominado Alto Palmas en donde se encuentra con la carretera privada que conduce a la casa de la finca o propiedad que se vende, a la de Carlos Amaya y a la de los herederos de Francisco de Paula Toro; por esta carretera con finca de Carlos Amaya, finca que le fue vendida por los señores de La Cuesta y Cía. Ltda., hasta un poco más arriba del segundo puente sobre el río Jague, puente construido en concreto reforzado y que utilizará la carretera de San Rafael a San Roque, actualmente en construcción. De este punto lindando con terrenos de herederos de Francisco de Paula Toro a dar a una cuchilla, cuchilla arriba lindando con los mismos herederos, hasta el alto de la Sepultura; de aquí, por una cuchilla delgada al río Dantas, éste abajo hasta donde desemboca en el río Guatapé. Guatapé abajo hasta la confluencia con el río Jague, punto de partida. Este inmueble fue adquirido mediante escritura pública Nº 2487 de 28/07/70 de la Notaría Cuarta de Medellín, registrada el 03/09/70, matrícula número 018-000-5551. El anterior dueño de La Cuesta y Cía. Ltda., adquirió por escritura pública 7127 de 31/10/46, registrada el 31/12/46.

"2. Que la carretera que atraviesa la finca indicada en el numeral anterior, de propiedad de Héctor Enrique Suárez, y que hace parte de la carretera departamental comprendida entre San Rafael y San

Roque, tuvo un carácter de carretera privada, por haber sido construida por los señores Hernán Toro Uribe y Alfonso Toro Gómez, con sus exclusivos recursos económicos y dirigida por éllos mismos, carretera que, como ya se dijo, tiene hoy día carácter departamental y está al servicio de la comunidad.

"3. Que por no poderse reivindicar la faja de terreno sobre la cual está construido el tramo de carretera, en la finca indicada en el numeral primero de las pretensiones, ni la carretera misma, por estar destinada a un servicio público y dado que el Departamento de Antioquia ocupó permanentemente esa carretera, causando así una expropiación impropia o indirecta, está obligado a pagar, seis días después de ejecutoriada la sentencia, a los demandantes, en la forma siguiente:

"A) Debe ser condenado el Departamento de Antioquia a pagar a Héctor Enrique Suárez M., el valor de las fajas de terreno ocupadas por la carretera, lo mismo que las cercas respectivas, por el valor que fijen peritos nombrados en forma legal;

"B) Debe ser condenado el Departamento de Antioquia a pagarles a los señores Hernán Toro Uribe y Alfonso Toro Gómez, el valor de la carretera un tramo de más de dos kilómetros según los precios actuales de materiales, mano de obra, etc. (si pudiera ser reivindicada, la recibiría con los precios actuales), o *en subsidio*, el costo de la obra en esa época, hace exactamente doce años, *más la devaluación de la moneda colombiana de esa época hasta ahora* según certificación del Banco de la República.

"4. Que se le condene al Departamento de Antioquia a pagar los intereses al tipo autorizado por la ley, a partir de la ejecutoria de la sentencia".

2. Los hechos constitutivos de la causa para pedir pueden resumirse en los siguientes términos:

Que Héctor Enrique Suárez Martínez es dueño y poseedor de la finca "La Luz" cuyos linderos aparecen determinados en el *petítum*, ubicada en el Departamento de Antioquia, Municipio de San Rafael; que la posesión empezó a ejercerla desde cuando se le hizo la tradición del inmueble descrito, después de la venta que se perfeccionó por la escritura pública 2487 del 28 de junio de 1970 de la Notaría Cuarta de Medellín y que le hizo la sociedad "De la Cuesta y Cía. Ltda." la cual explotó la finca durante el lapso en que fue dueña de ella, que para efectos legales lo suma a los diez años en que en forma tranquila y de buena fe ha ejercido actos de dominio, que Hernán Toro Uribe y Alfonso Toro Gómez eran dueños de una finca o hacienda territorial denominada La Luz o La Libia, ubicada en el paraje del mismo nombre del Municipio de San Rafael; que el Departamento de Antioquia, por lo menos 9 años antes de instaurarse la demanda, construyó un tramo de carretera de San Rafael al sitio Balseadero; que poco después los Toro construyeron otro tramo "de muy buenas especificaciones, parte por terrenos de su propiedad y parte por terrenos de la sociedad De la Cuesta y Cía. Ltda., pero asumiendo estos señores el costo total de la obra, aunque la carretera fuera para el servicio privado de las dos fincas"; que en el proceso ordinario que las referidas personas promovieron contra el Departamento de Antioquia los peritos avaluaron cuatro tramos pero el fallo que se profirió sólo comprendió los tres últimos ya que respecto del primero la jurisdicción no se pronunció por motivos que estimó pertinentes; que el Departamento de Antioquia en esa oportunidad pagó las correspondientes indemnizaciones de perjuicios; que el primer tramo de carretera al que ahora se refiere la demanda "es de muy buenas especificaciones, no sólo respecto del ancho de la vía —4 metros aproximadamente— a la técnica de la construcción, al afirmado, etc., sino que cuenta con dos o tres puentes muy importantes y de excelentes especificaciones, capacidad, resistencia, etc." que este tramo fue ocupado más tarde en forma permanente en una extensión de más de dos kilómetros por el Departamento cuando construyó la carretera San Rafael - San Roque; que las fincas, a consecuencia de ello, se desvalorizaron

por el mal estado y abandono en que se encuentra la vía pública; que el Departamento "no quiso entrar en conversaciones amistosas con los dueños de la carretera privada, cuando se les presentó la necesidad de ocupar la aludida carretera, en forma permanente y definitiva".

3. La primera instancia se tramitó con audiencia de la parte demandada y culminó con el fallo del 23 de junio de 1982 cuya parte resolutiva contiene:

"Declárase que el señor Héctor Enrique Suárez es dueño de la faja de terreno utilizada por el Departamento de Antioquia, mediante ocupación permanente, para construir una carretera inter-municipal. Al mismo tiempo se indica que los señores Hernán Toro Uribe y Alfonso Toro Gómez son dueños de la carretera construida en el inmueble ya mencionado, pero únicamente en el valor que esto representa económicamente, porque ha operado la accesión.

"Como el dueño de la tierra no podrá recuperarla y por lo tanto tampoco está obligado a pagar las mejoras del constructor de la vía, ambos tienen derecho a reclamar lo que perdieron, al Departamento de Antioquia, así, cuarenta y cuatro mil pesos como valor de la faja de terreno perteneciente a don Héctor Enrique Suárez y dos millones seiscientos cuarenta y dos mil quinientos treinta pesos de las mejoras ocupadas permanentemente por la vía departamental.

"No hay lugar a la actualización monetaria reclamada por el actor, pero sí se causarán intereses a partir del momento en que se haga exigible esta obligación, lo que tendrá lugar diez días después de la ejecutoria de la providencia (no se condena por el tiempo de la ocupación en virtud de que han tenido el uso común de la vía)".

4. El Tribunal Superior de Medellín confirmó la sentencia de primer grado a través del proveído del 21 de enero de 1983.

II

Fundamentos de la sentencia de segunda instancia

Sostiene el *ad quem* que si una entidad pública toma abusivamente una propiedad privada para la prestación de un servicio público sin tener en cuenta a su titular, éste puede pedir la indemnización plena de su derecho; que si se trata de la "apertura de una calle o carreteable en terreno de propiedad privada, y construido a expensas de su propietario o por terceras personas que la proyectaron y culminaron sobre terreno ajeno, con conocimiento y aquiescencia de su dueño", éste podrá obtener el pago de la faja de terreno y los terceros el del valor de la obra construida ya que para ellos se conforma una especie de derecho de superficie (art. 739, C. C.).

Agrega el sentenciador que los demandantes se encuentran legitimados "si se considera que en el evento del artículo 739, inciso 2º del Código Civil tiene y se le da al edificador en terreno ajeno, derecho de retención, hasta tanto el dueño de la superficie le pague el valor del edificio, pero por presentársele a éste la eventualidad de la ocupación permanente y arbitraria de la entidad pública de los terrenos y mejora respectiva perdiendo de hecho tal derecho de retención, surge para él la facultad independiente y exclusiva de lograr por sustitución, el pago del valor respectivo de la obra, de ese derecho de retención, que es real y consagrado expresamente por la ley.

"Y es que el derecho de retención, por su característica de real, y no obstante ser subordinado o accesorio de uno principal, está llamado a permanecer incólume en lo futuro, hasta tanto el deudor de ese derecho, pague y satisfaga a su acreedor. Y si esta circunstancia se hace prácticamente imposible por la intervención arbitraria del Estado o entidad pública que, con su conducta, y al ocupar permanentemente el inmueble mejorado, hace nugatorio el de retención para el mejorador o edificador, entonces éste tiene y asume de inmediato el poder y derecho de reclamar la indemnización por el que le ha sido desconocido, arrebatado sin justicia y sin razón".

Para sustentar su decisión el juzgador estimó que por una parte se hallaba acreditada la titularidad del dominio de Héctor Enrique Suárez Martínez sobre la finca La

Luz del Municipio de San Rafael con la copia de la escritura pública 2487 del 28 de julio de 1970 debidamente registrada según la anotación que en ella aparece y el certificado del Registrador de Marinilla. Y por la otra, que Hernán Toro Uribe y Alfonso Toro Gómez construyeron hace más de 10 años en extensión aproximada de dos kilómetros en terrenos de la finca "La Luz" una carretera privada.

Dice el Tribunal, por último, que el Departamento de Antioquia no demostró haber pagado el referido trayecto carreteable a los demandantes "ni tampoco la faja de tierra al dueño de la misma, quedando tan sólo en el acervo probatorio la resultante de que la entidad departamental, en forma autónoma y arbitraria, en un momento dado, incluyó esa vía privada y particular dentro de la carretera pública San Rafael - San Roque".

III

Demanda de casación

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, de los cuales sólo se estudiará el tercero, basado en la causal quinta de casación, por estar llamado a prosperar.

Cargo tercero

Según el censor en el proceso se incurrió en el vicio previsto en la causal primera de nulidad del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil según el cual el proceso es nulo "cuando corresponde a distinta jurisdicción".

En el desarrollo del cargo se hace referencia a los artículos 6º, 20 y 32 del Decreto 528 de 1964 y 261 a 268 de la Ley 167 de 1941 y concluye que en el presente proceso no era factible la constitución del "litis consorcio facultativo que se entronizó, puesto que las súplicas de Toro Uribe y Toro Gómez tienen que ser atendidas y resueltas por una jurisdicción distinta de la civil, es decir de la que sí era y es idónea para la pretensión del valor de la faja que se agitó el propietario del inmueble señor Héctor Enrique Suárez", ya que aquellas personas se presentaron y confesaron ser no los propietarios del inmueble ocupado de modo permanente, "sino simplemente como los terceros que construyeron la vía en suelo ajeno. Afirman que están lesionados por el hecho de que la administración ocupó la vía y reclaman indemnización. No satisfacen entonces el presupuesto típico para que esta pretensión pueda ser rituada ante la jurisdicción civil en los términos que definiera esa honorable Corte desde la sentencia de junio 20 de 1955 que no es otro que el señorío, el dominio de un bien raíz por parte del demandante, y que éste sea permanentemente ocupado por la administración para un trabajo público. Si los señores Toro se autodicen perjudicados, por una conducta de la administración, empero no se presentan como propietarios del inmueble ocupado, todo lo contrario confiesan que es ajeno, como lo relievan en el libelo, es claro que su pretensión contra el Departamento de Antioquia, tenía que ser objeto de conocimiento ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y por el trámite establecido en los artículos 261 a 268, carece la jurisdicción civil de todo poder jurídico para resolver una contención que la ley no le ha atribuido, y que expresamente por la fuente y por los sujetos ha consignado al conocimiento y decisión de la otra rama, cual es la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

Y en uno de los apartes más importantes de la censura manifestó: "Si bien, la jurisdicción es una sola, su distribución la hace el legislador con base a diversos criterios y por ramas, así encontramos la Rama de lo Contencioso Administrativo que en principio es la idónea para juzgar los actos, hechos u operaciones de la Administración Pública e imponer a ésta las condenas cuando ello fuere procedente".

"En autos, los señores Hernán Toro Uribe y Alfonso Toro Gómez, se presentan y confiesan, no como los propietarios del inmueble que fue objeto de ocupación permanente, sino simplemente como los terceros que construyeron la vía en suelo ajeno. Afirman que están lesionados por el

hecho de que la administración ocupó la vía y reclaman indemnización. No satisfacen entonces el presupuesto típico para que esta pretensión pueda ser rituada ante la jurisdicción civil en los términos que definiera esa honorable Corte desde la sentencia de junio 20 de 1955 que no es otro que el señorío, el dominio de un bien raíz por parte del demandante, y que éste sea permanentemente ocupado por la administración con un trabajo público.

"Si los señores Toro se autodicen perjudicados, por una conducta de la administración, empero no se presentan como propietarios del inmueble ocupado, todo lo contrario confiesan que es ajeno, como lo relievan en el libelo, es claro que su pretensión contra el Departamento de Antioquia, tenía que ser objeto de conocimiento ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y por el trámite establecido en los artículos 261 a 268. Carece la Jurisdicción Civil de todo poder jurídico para resolver una contensión que la ley no le ha atribuido, y que expresamente por la fuente y por los sujetos ha consignado al conocimiento y decisión de la otra rama, cual es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

Se considera

Toda la argumentación del casacionista, como se vio, consiste en que como los demandantes Hernán Toro y Alfonso Toro no concurrieron al proceso como propietarios de lo que fue objeto de ocupación permanente por el Departamento de Antioquia cuando construyó la vía pública, sino como terceros que construyeron en suelo ajeno, faltó el presupuesto típico de tal señorío que es indispensable en estos casos, por lo cual ni podía constituirse el litisconsorcio facultativo que integraron éstos con Héctor Enrique Suárez Martínez ni tampoco era competente la jurisdicción ordinaria para conocer de sus súplicas, sino la contencioso-administrativa.

A lo anterior se observa:

a) *La nulidad a que alude el recurrente se refiere a aquellos casos en que un asunto que no corresponde al círculo de negocios de los jueces civiles ha sido sin embargo planteado ante uno de éstos a fin de que lo dirima. Puede acontecer que el funcionario jurisdiccional, desde un principio, cuando examina la admisibilidad de la demanda, advierta que el asunto no es de su incumbencia y de plano la rechace, como también es factible, si no se procedió así desde un comienzo no obstante la existencia del vicio, que el Juez lo declare cuando oportunamente la parte demandada lo haya alegado como excepción previa. Es factible, así mismo, que antes de dictar sentencia decrete la nulidad de la actuación con fundamento en el artículo 157 del Código de Procedimiento Civil. Si nada de esto acontece se permite que con posterioridad se alegue tal defecto o yerro* in procedendo *a través del recurso extraordinario de casación con arreglo a las pautas fijadas por la ley al respecto. Se trata, sin duda, en estos casos, artículo 152, 1º, de una irregularidad procedimental de especial trascendencia que ni siquiera es susceptible de saneación de conformidad con el último párrafo del artículo 156* ibídem; *constituye un vicio que por su magnitud jurídica impide el correcto establecimiento y desarrollo de la relación jurídico procesal, ya que el Juez no puede traspasar las fronteras de la legalidad ni atender cuestiones que conciernen a funcionarios de otra jurisdicción.*

b) Las tres personas que integraron la parte demandante persiguen varias declaraciones, de las cuales las de Toro Uribe y Toro Gómez ostentan una fundamentación fáctica diversa de la de Héctor Enrique Suárez, pues al paso que este último aduce su calidad de propietario del bien que fue materia de la ocupación permanente por el Departamento de Antioquia al construir la vía pública, los primeros, en cambio, alegan haber construido una carretera privada en el terreno de propiedad del primero de los nombrados, que antes pertenecía a la sociedad "De la Cuesta y Cía. Ltda.", asumiendo todos los costos que ello implicaba.

c) *La responsabilidad de la administración, si no tiene origen contractual, puede hallarse generada, entre otros hechos, por la construcción de una obra pública per-*

manente cuando ésta ocupa terrenos que son de propiedad de uno o varios particulares. En estos casos, como se desprendía del artículo 261 del anterior Código Contencioso Administrativo, vigente cuando acontecieron los hechos que ahora constituyen la materia litigiosa en armonía con el fallo del 20 de junio de 1955 que se pronunció sobre su exequibilidad, el estudio de las situaciones era de incumbencia de la jurisdicción ordinaria, única con facultad para dirimir tales contiendas, ya que ello, por cuanto constituía una expropiación irregular e injurídica, hacía indispensable, de acuerdo con el artículo 30 de la Constitución Política, pronunciamiento de fondo o sentencia proveniente de aquella jurisdicción (G. J., T. 80, pág. 259).

Por lo contrario, si la contienda se origina no porque se ocupó permanentemente la propiedad sino porque se pudieron lesionar derechos subjetivos diversos, como el crédito de los que habían construido la carretera privada frente al propietario o los propietarios de los terrenos por donde ésta pasaba; si lo que se persigue a través del proceso es que dilucide si se causó o no, detrimento, a los titulares de estos derechos, el asunto, como los sostiene el casacionista, por este aspecto, debió corresponder a la jurisdicción especial, so pena de hallarse viciado de nulidad procesal insubsanable.

d) *Por otra parte, si se tiene en cuenta que el proceso constituye una verdadera unidad de actos concatenados que se encaminan a la decisión de fondo, lo lógico en casos como el* sub exámine *en que dos de los litisconsortes, los señores Toro Uribe y Toro Gómez, debieron formular sus súplicas las del caso* sub lite *ante la jurisdicción contencioso administrativa, y el último, o sea Héctor Enrique Suárez, como titular del predio que fue objeto de ocupación, ante los jueces ordinarios, es que surja como consecuencia inevitable de ello la invalidación por causa de nulidad de todo lo actuado a partir del momento mismo en que se admitió el libelo introductorio del proceso, ya que sería inconcebible, tanto desde el punto de vista práctico como del racional y jurídico, asignarle validez a lo actuado con respecto a unos y no con respecto a otros de los litigantes. La actuación del Juez y de las partes y de los que por uno u otro motivo debieron intervenir o es nula en su totalidad o es válida plenamente, pero no lo uno y lo otro, por lo que, si existe, como se vio, el vicio* in procedendo *de falta de jurisdicción, sólo resta proferir el consiguiente decreto de invalidación de todo lo actuado.*

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* el fallo recurrido y actuando como Tribunal de instancia decreta la nulidad del proceso a partir del auto de veinte (20) de enero de mil novecientos ochenta y uno (1981) que ordenó la corrección de la demanda inicial.

Sin costas el recurso de casación para el recurrente, por haber prosperado.

Costas de las instancias a cargo de la demandante.

Cópiese y notifíquese.

Horacio Montoya Gil, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero - Salvamento de Voto, *Amelia Barrera de Gáfaro, Hernando Tapias Rocha.*

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ALBERTO OSPINA BOTERO

Como quiera que no comparto ni las motivaciones ni la decisión tomada por la mayoría de la Sala, por cuanto el cargo no está llamado a prosperar, me permito consignar a continuación los motivos de mi disentimiento:

a) Interpretando de conjunto la demanda incoactiva del proceso y, fundamentalmente los hechos contenidos en la misma, los demandantes pretenden que el Departamento de Antioquia sea condenado a indemnizarlos, con motivo de la ocupación permanente con trabajos públicos que hizo el demandado de una faja de terreno de propiedad de Héctor Enrique Suárez y de la carretera que sobre dicha porción de terreno construyeron, a sus expensas, Hernán Toro Uribe y Alfonso Toro Gómez, vía que éstos utilizaban y sobre la cual tenían el derecho real de retención;

b) Que el ente demandado, al ocupar permanentemente y apropiarse de la faja de terreno y de la carretera allí construida, lesionó el señorío o derecho real de dominio que tiene Suárez sobre la faja de terreno y el derecho real de retención que tienen los otros dos demandantes sobre la vía por ellos construida;

c) Que al haber sido incorporada por el Departamento, mediante ocupación permanente y definitiva con trabajos públicos, la faja de terreno y la carretera a un servicio público, los demandantes deben ser indemnizados por el desconocimiento de sus derechos reales (propiedad y retención);

d) Tradicionalmente la doctrina de la Corporación ha venido sosteniendo que según la forma como el Estado prive al particular de sus bienes, la expropiación puede ser regular, o sea, con sujeción al ordenamiento jurídico o, también puede acontecer que la expropiación sea irregular, esto es, con desconocimento de las normas constitucionales y legales. Respecto de la primera hipótesis (expropiación regular), ha dicho la jurisprudencia que es el fenómeno jurídico en virtud del cual se opera la transferencia de la propiedad privada en favor de la administración, como consecuencia de la primacía del interés público o social sobre el interés particular, mediante la indemnización a que tiene derecho el particular conforme al artículo 30 de la Constitución. Con relación a la segunda hipótesis (expropiación irregular), es la que se realiza por el Estado mediante la ejecución de simples vías de hecho contra los particulares, sin que se hayan invocado ante el Juez competente motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, ni por ende exista sentencia judicial que la decrete, ni se haya satisfecho la indemnización que le incumbe al Estado por el cercenamiento de los derechos de los particulares;

e) Porque, a pesar de que las normas superiores declaren que la propiedad "es una función social que implica obligaciones" y que "el interés privado deberá ceder al interés público o social", tal criterio no faculta al Estado para tomar o apropiarse *ad libitum* los inmuebles de los particulares, sino por el modo y mediante los requisitos que la Constitución y las leyes establecen. Porque el derecho político de la Nación no autoriza al Estado para desconocer los derechos de los particulares, sino, por el contrario, le corresponde hacerlos respetar. De suerte que cuando las mismas autoridades son las que con desconocimiento de la constitución y la ley, ocupan permanentemente un inmueble del particular con una obra pública, corre de

cargo del mismo Estado restablecer el derecho conculcado, indemnizando en tal evento al particular o particulares agraviados;

f) Ahora bien, el derecho que le asiste al particular para solicitar la correspondiente indemnización por ocupación permanente del Estado de uno de sus bienes y, por tanto, por el desconocimiento de sus derechos, según la legislación vigente en el momento en que se inició el presente litigio y se interpuso el recurso de casación, se encontraba establecido y regulado en los artículos 261 y 268 de la Ley 167 de 1941, cuya competencia, según el fallo de la Corte de 20 de junio de 1955 (G. J., LXXX, 259) y normas posteriores (art. 6, num. 6º del Decreto 528 de 1964; art. 8º, num. 3 de la Ley 16 de 1968 y 16, num. 1º del C. de P. C.) correspondía a la jurisdicción civil;

g) Por otra parte, los derechos conculcados a los particulares demandantes por el Estado demandado (Departamento de Antioquia), con motivo de la ocupación permanente por trabajos públicos, son de naturaleza real: el de dominio de Héctor Enrique Suárez sobre la faja de terreno ocupada y el de retención de Hernán Toro Uribe y Alfonso Toro Gómez sobre la misma porción de terreno y no uno real y otro únicamente personal como se sostiene en la sentencia. No puede confundirse el derecho personal o de crédito que tiene el constructor con el derecho real accesorio de retención que igualmente tiene para mantener el bien mejorado en su poder y para recobrarlo, con fuerza *erga omnes*, cuando por vías de hecho ha sido despojado.

Precisamente, por ser el derecho de retención un auténtico derecho real, con el consiguiente atributo de persecución, tiene sentado la doctrina de la Corte que "el despojante del inmueble mejorado carece de base para hacer valer el hecho del despojo como acción o como excepción que le permita abstenerse de restituir al despojado. Una consecuencia que pugna abiertamente con los principios esenciales del orden jurídico sería consagrada si se negara la acción restitutoria al despojado frente al despojante, por la sola consideración de que un tercero, absolutamente extraño a la litis —el dueño del terreno en calidad de tal— sería el titular de la acción reivindicatoria y no el demandante. Cuando lo cierto es que dentro de la relatividad del litigio entre el despojado y el despojante, se busca apenas determinar cuál de las dos partes frente al objeto se encuentra en posición prevaleciente, sin perjuicio de los derechos del dueño, quien tampoco podría pretender el recobro sin abonar al mismo tiempo el valor de las mejoras.

"Para que el derecho de retención desaparezca sin que se haya extinguido la deuda vinculada al objeto, es indispensable que el acreedor se desapodere o entregue voluntariamente lo que por ley constituye seguridad real de su acreencia.

"Si quien retiene queda privado del objeto por obra de su voluntad o por vías de derecho, es indudable que la garantía legal desaparece por sustracción de materia. Pero cuando es despojado por vías de hecho, el orden jurídico exige que sea restituido, precisamente para que pueda hacer valer su posición exceptiva absoluta contra todo el mundo, mientras el crédito que garantiza no se extinga por alguna causal legal. Lo que en su origen o por pasiva constituye una excepción tan poderosa que se enfrenta con éxito a toda persona y vale aun contra el dueño del objeto, dejaría de ser facultad inviolable, si por activa, la justicia denegara la acción restitutoria del acreedor ante las vías de hecho del deudor o de terceras personas.

"La titularidad de quien por ministerio de la ley está dotado del derecho de retención sobre un bien determinado, lo legitima obviamente para la súplica restitutoria, salvo renuncia voluntaria o extinción del crédito así garantizado.

"La acción restitutoria, en efecto, no se da por la tenencia como hecho, sino por la retención como derecho, que por modo

inviolable relaciona directamente al sujeto activo con el objeto y, por lo mismo, se predica *erga omnes*" (Cas. Civ. de 3 de mayo de 1961, XCV, págs. 817 y 818);

h) Si respecto de un bien raíz concurren dos derechos reales en cabeza de varios particulares, como el de dominio y retención, derechos éstos igualmente respetables y de la misma naturaleza y el Estado los desconoce al ocupar permanentemente el predio con trabajos públicos, no encuentro razón jurídica aceptable para obligar a los particulares que se encuentren en esas condiciones, para formular sus reclamos indemnizatorios ante diferentes jurisdicciones, cuando la ley en el punto no escinde la competencia en la forma como la concibe la sentencia de la Corte, de la cual disiento;

i) Entonces, si como aquí aconteció, los demandantes fueron despojados por el demandado de una fracción de terreno y de unas mejoras en ella existentes con motivo de la ocupación permanente con trabajos públicos, o sea, por el desconocimiento que hizo el Estado de los derechos reales de dominio y de retención, es obvio que no aparece el vicio de nulidad, lo cual implica que el reparo formulado en casación en el cargo tercero no prosperaba.

Fecha *ut supra*.

Alberto Ospina Botero.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS

El convenio de separación celebrado por los cónyuges ante el ICBF carece de validez. Caducidad de la causal de abandono. La separación judicial suspende únicamente la vida en común manteniéndose las restantes cargas que el matrimonio impone

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., septiembre veintisiete de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Hernando Tapias Rocha).

Se decide la consulta de la sentencia de fecha 28 de septiembre de 1983 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para resolver la primera instancia en el proceso abreviado de separación de cuerpos promovido por Juan Crisóstomo Chávez Castellanos contra Emma Ramos de Chávez, sentencia que, fundada en el abandono grave e injustificado de los deberes que el matrimonio impone a la esposa y en el adulterio comprobado de ésta, decretó la separación pedida por el esposo, declaró disuelta la sociedad conyugal, dejó a los hijos menores Nydia y Juan Robinson Chávez Ramos al cuidado de su madre y a la menor Jenny Aleyda Chávez Ramos en manos de su padre, de acuerdo con lo que al respecto habían convenido los cónyuges ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ordenó que los gastos de crianza, educación y establecimiento de todos ellos continúen a cargo de ambos padres, según lo pactado por ellos, ordenó la inscripción de la sentencia en los folios del registro civil correspondiente y condenó, por último, en las costas del proceso a la demandada.

Para resolver se considera:

1. La consulta se originó en haber sido la referida sentencia desfavorable a la demandada, quien, debidamente emplazada por ingorarse su residencia, estuvo representada por curador *ad lítem*. Y la opinión del Procurador Delegado en lo Civil, oído en interés de los menores hijos ya mencionados, es favorable a la confirmación de la sentencia consultada, aunque observa que no está de acuerdo con la doctrina relativa a que la caducidad por abandono de los deberes conyugales y paternos o maternos no se cuente sino desde el momento en que cese tal abandono como lo ha sostenido la Corte en numerosas ocasiones, pero en cambio manifiesta su completo acuerdo en que la separación decretada por el Tribunal sea confirmada por la Sala con fundamento en el adulterio de la esposa.

2. En el proceso se reúnen los requisitos necesarios para dictar sentencia de mérito pues la jurisdicción civil es competente para conocer de los procesos de separación de cuerpos de matrimonios celebrados conforme al rito canónico, en conformidad con lo dispuesto por los artículos 7º, 8º y 9º de la Ley 20 de 1974. El demandante ha comparecido en el proceso a través de apoderado y la demandada lo ha sido a través de curador *ad lítem* debidamente designado y la demanda reúne los requisitos de forma exigidos por el Código de Procedimiento Civil para poder

recibir pronunciamiento sobre las pretensiones en ella contenidas.

3. Con la demanda se presentó la prueba del matrimonio celebrado entre demandante y demandada y la del nacimiento dentro de éste de los menores Nydia, Juan Robinson y Jenny Aleyda Chávez Ramos. Y durante la etapa probatoria del proceso rindieron declaración en relación con el abandono y el adulterio imputados a la esposa por el demandante, los testigos Esteban Vanegas Velásquez, Carlina Sotaquirá Alvarez y María Matilde Romero Medina, de cuyas declaraciones se deduce que la demandada abandonó la casa-lote en que vivía con el demandante, llevándose a dos de los hijos menores, sin que haya regresado todavía; y además que recibió durante un tiempo hombres en la casa, hasta que finalmente partió de ella en compañía de uno distinto a su marido.

4. Como el deber de cohabitación ha de cumplirse entre los esposos salvo caso justificado y a ninguno de los cónyuges es permitido tener relaciones con terceros que signifiquen infracción del deber de fidelidad, aparece evidente que la demandada no sólo incumplió en forma grave los deberes de esposa sino incurrió además en adulterio, todo lo cual permite confirmar la decisión consultada. Y como los mismos cónyuges convinieron en repartir entre ellos la custodia de los hijos menores, sin que este acuerdo viole precepto alguno de la ley, por este aspecto también será confirmada la decisión tomada por el Tribunal en relación con dicha custodia.

5. *Mas no puede compartir la Sala la opinión expresada por el Tribunal en relación con el convenio de separación amigable que demandante y demandada celebraron ante funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para aceptar que tal convenio puede tener alguna validez, dado que esta especie de acuerdo contraría precisamente la imperatividad de las reglas concernientes a la cohabitación entre esposos, la cual no puede quedar suspendida sino a través de la decisión judicial que verifique la ocurrencia de las causas que permitan la separación de cuerpos con el efecto principal de suspender la vida común de los casados.*

6. *Y porque precisamente este efecto, la suspensión de la vida común de los casados, es el que se trata de lograr a través de la separación judicialmente decretada, sea mediante el trámite del proceso abreviado para cuando hay contención entre los esposos, sea a través del verbal para cuando existe acuerdo al respecto sujeto al cumplimiento de especiales requisitos, es que la Sala ha venido reiterando que la caducidad de la separación de cuerpos cuando proviene de lo que comúnmente se llama abandono, o sea el incumplimiento grave, reiterado e injustificado de los deberes que mutuamente impone la ley a los esposos o han de cumplir en relación con los hijos, no puede contarse a partir del momento en que suceda el primero de los hechos que lo configuran, pues es el transcurso del tiempo y la reiteración del atentado a los principios mismos que gobiernan tales deberes de los cónyuges lo que permite deducir al Juez que la contravención ha ocurrido en realidad.*

7. *Pretender, como lo quiere el Procurador Delegado en lo Civil, que baste ese primer hecho para que comience a contarse el plazo de caducidad, equivale simplemente a negar las características mismas del abandono, que no se configura, se repite, por la simple circunstancia de que en un momento dado deje alguno de los cónyuges de cumplir los deberes conyugales o paternos, sino por su reiteración injustificada en el tiempo. Y de ser aceptada esa opinión, tan sólo conduciría a que el Juez deniegue la súplica del demandante inocente para que continúe cumpliéndose el deber de cohabitación con la persona que precisamente ha dejado de hacerlo. Si el efecto mismo del decreto de separación de cuerpos es la suspensión de la vida común de los casados, ¿para qué mantenerla artificialmente si, de hecho, no se satisface tal obligación por virtud del abandono en que ha incurrido la demandada?*

8. *De otra parte, si bien hasta el momento se ha sostenido que la caducidad esta-*

blecida por la ley para la acción de divorcio es aplicable a la separación de cuerpos por cuestión de simple semejanza, no parece adecuado sin embargo, aplicar tales restricciones propias del divorcio vincular a la separación de cuerpos, como que los diferentes efectos de una y otra institución legal muestran que no todo lo adecuado a la primera es pertinente en la segunda. La caducidad de la acción de divorcio, establecida por el legislador en el artículo 6º de la Ley 1ª de 1976, que dio nueva redacción al artículo 156 del Código Civil, se explica porque la sentencia que decreta el divorcio disuelve el vínculo matrimonial, pero no encuentra pertinencia absoluta en relación con la separación de cuerpos, que tan sólo produce la suspensión de la vida común de los casados, esto es, la cesación del deber de cohabitación entre cónyuges, manteniéndose no obstante las restantes cargas que el matrimonio impone a los esposos y en particular la continuación de los deberes de fidelidad, socorro y ayuda a que aluden los artículos 176 y siguientes del Código Civil.

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, *confirma* en todas sus partes la sentencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Horacio Montoya Gil, Héctor Gómez Uribe, Amelia Barrera de Gáfaro, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Hernando Tapias Rocha.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

DERECHO REAL DE HERENCIA

Cesión. Este derecho es de índole patrimonial. El cedente está legitimado para intervenir en todos aquellos asuntos que puedan afectar el acervo patrimonial del causante. Pero la representación de la persona del difunto continúa en el heredero por ser su causahabiente

LITIS CONSORCIO NECESARIO

Lo integran todos los herederos cuando se les demanda en representación del difunto. Si no se integra, la sentencia debe ser inhibitoria

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., septiembre veintinueve de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Horacio Montoya Gil).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el codemandado Diego Franco Botero contra la sentencia de 2 de septiembre de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira dentro de este proceso ordinario promovido por Nelly o Lucía Botero de Ritoré contra los herederos de Soledad Londoño de Botero.

Antecedentes

I. Mediante libelo admitido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira el 8 de agosto de 1979, la demandante solicitó que se hicieran frente a los demandados las siguientes declaraciones y condenas:

a) *Es simulado el contrato de compraventa* celebrado por escritura Nº 2759 otorgada el 27 de agosto de 1970 en la Notaría 3ª de Pereira, y posteriormente aclarada en la escritura 2899 otorgada en la misma Notaría el 2 de septiembre siguiente, mediante la cual la demandante dijo vender a Soledad Londoño de Botero, un derecho en común y proindiviso equivalente a una onceava parte (1/11), sobre la nuda propiedad de un inmueble denominado "San Isidro" y en una casa de habitación situada en el paraje "Cerritos", ambos en jurisdicción del Municipio de Pereira, derecho éste que se consolidó posteriormente con la muerte de la usufructuaria;

b) Como consecuencia, declarar que a la demandante Lucía Botero de Ritoré pertenece el derecho de propiedad sobre la onceava (1/11) parte, en común y proindiviso, "en el inmueble o inmuebles delimitados en el hecho tercero" de la demanda, por la situación y linderos allí indicados;

c) Ordenar el registro de la sentencia que haga las declaraciones anteriores; y

d) Condenar en costas "a los demandados si se oponen a las pretensiones de la parte actora".

II. Como constitutivos de la *causa petendi*, en la demanda se exponen los hechos que en el mismo libelo se resumen así:

"... Nelly o Lucía Botero de Ritoré había adquirido en la partición de bienes de

la sucesión del señor Antonio J. Botero Arango (hecho 5º); en común y proindiviso con sus hermanos Luis Alfonso, Juan Bautista, Gabriel, Pedro José, César, Inés, Bertha, Adiela, Emma y Marina Botero Londoño, lo siguiente: a) Una cuadra de terreno con casa de habitación, ubicada en el paraje de 'Cerritos', en el Municipio de Pereira; y b) Un derecho por valor de $ 190.588.18 sobre un avalúo de $ 313.000.oo en que fue avaluado el inmueble conocido con el nombre de 'San Isidro', con su casa de habitación y la fonda, ubicado en el Municipio de Pereira, comprendidos estos inmuebles por los linderos que se expresan en la hijuela correspondiente. Posteriormente, por escritura pública Nº 440 de 22 de febrero de 1962, de la Notaría Segunda de Cartago, los señores Juan Bautista y Luis Eduardo Botero Arango, Soledad Londoño vda. de Botero, César y Gabriel Botero Londoño e Isaac Bucheli Cabrera, verificaron la partición material de la propiedad denominada 'San Isidro', y se obligaron a que esa partición sería ratificada por los demás condueños, como así ocurrió (hecho 6º). En esa partición se formó el lote número uno, en el cual continuaron como comuneros: Luis Alfonso, Juan Bautista, Gabriel, Pedro José y César Botero Londoño, Inés Botero de Delchiaro, Bertha Botero vda. de Villegas, Adiela Botero de Botero, Nelly o Lucía Botero de Ritoré, Emma Botero de Franco y María Marina Botero de Ochoa, es decir once (11) comuneros y por eso se habla de un derecho de onceava parte. Varios años después, por medio de la escritura pública Nº 2759 de 21 de agosto de 1970, de la Notaría Tercera de Pereira, la señora Lucía o Nelly Botero de Ritoré transfirió a título de venta en favor de su señora madre Soledad Londoño vda. de Botero: Su derecho de onceava parte, en común y proindiviso con los otros condueños, sobre el inmueble de que trata la anterior partición. Esta escritura de compraventa fue aclarada por los mismos otorgantes por medio de la escritura pública Nº 2890 de 2 de septiembre de 1970, de la Notaría Tercera de Pereira (hechos 3º y 4º). El contrato de compraventa relacionado en el hecho tercero, no fue una venta real sino simulada y así lo declaró la aparente compradora Soledad Londoño vda. de Botero por medio de documento privado de 3 de noviembre de 1972 (hecho 9º). No obstante la simulación anotada, en la partición de bienes de la sucesión de la señora Soledad Londoño vda. de Botero, no se hizo ninguna salvedad o exclusión respecto de ese derecho de onceava parte (hecho 1º), habiéndose inventariado como si fuera de la sucesión (hecho 2º) y adjudicado a sus herederos y a quienes conforme a las voces del testamento otorgado por la causante (hecho 10), tenían el carácter de legatarios de la misma".

III. De los demandados, el único que contestó la demanda fue Diego Franco Botero, albacea y asignatario; de la cuarta de libre disposición de Soledad Londoño de Botero, quien aceptó en su mayor parte los hechos afirmados en el libelo, negó unos pocos y se opuso a las pretensiones de la demandante. Como excepciones de fondo propuso las que denominó "ausencia de interés sustancial", "extinción de la parte demandada considerada como sucesión" y "cumplimiento del contrato". Por separado propuso como previa la de transacción que prosperó en primera instancia pero fracasó en la segunda.

IV. Agotada la tramitación correspondiente a la primera instancia, durante la cual ambas partes hicieron uso de amplísimo término probatorio y presentaron sus alegatos, el Juez del conocimiento le puso fin con su sentencia fechada el 11 de diciembre de 1981, en la cual despachó favorablemente las súplicas de la demanda. Por apelación interpuesta por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira la confirmó en todas sus partes mediante el fallo que es objeto del recurso de casación que ahora se decide.

Sentencia del Tribunal

Relatados los antecedentes del litigio, ya dentro del campo de las consideraciones en torno a las pretensiones deducidas en la demanda, el Tribunal destaca la contraescritura que firmaron Soledad Londoño de Botero, aparente compradora, y Lucía

Botero de Ritoré, aparente vendedora, cuyas firmas autenticaron en la Notaría 2ª de Armenia el 3 de noviembre de 1972, documento éste en el cual aseveraron que el contrato que habían celebrado mediante la escritura Nº 2759 de 1970 era absolutamente simulado. Dice también que tanto esa escritura como la 2899 que se otorgó días después para aclarar la primera "en lo tocante a linderos y forma adquisitiva del inmueble" fueron debidamente registradas. Y concluye su análiss de las pruebas mencionadas dicendo, "que es indispensable la simulación deprecada".

En estas condiciones, el Tribunal estima que deben estudiarse las excepciones de fondo propuestas por el demandado-albacea Diego Franco Botero en su contestación de la demanda, la primera de las cuales la denomina "ausencia de interés sustancial" y la sustenta el excepcionante de la siguiente manera:

"La cesión del título valor al señor César Botero Londoño por parte de la demandante, el reconocimiento como cesionario de aquél dentro del proceso de sucesión de la causante Soledad Londoño vda. de Botero y el descargo que del instrumento negociable se hizo, respaldan esta defensa. El pago de la letra de cambio produjo el fenómeno de la extinción de la relación causal, contenida en los artículos 643 y 882 del Código de Comercio".

"Sobre este particular es terminante la declaración que hace el propio César Botero Londoño en el premencionado documento de folios 25 y 26 del cuaderno principal. '... los cuales derechos en ningún caso comprenden la cuota de onceava parte que a la vendedora Lucía o Nelly Botero de Ritoré le fue adjudicada en la sucesión del señor Antonio de J. Arango...' ".

"Otro paso del mismo documento, es el siguiente: 'Que igualmente es simulada la cesión que la señora Lucía o Nelly Botero de Ritoré le hace el señor César Botero Londoño de la letra de cambio por valor de doscientos ochenta mil pesos ($ 280.000.oo) a cargo de la señora Soledad Londoño de Botero, la cual se inventarió en la sucesión de ésta y se adjudicó en favor del cesionario César Botero Londoño, pero únicamente con el objeto de que existiera un titular de ella que se encargara de cancelarla o entregarla en el momento en que a la señora Lucía o Nelly Botero de Ritoré se le hiciera devolución de su derecho de onceava parte en la finca de Cerritos, vendido simuladamente a la señora Soledad Londoño de Botero' ".

"Entonces, concluye el Tribunal, no hubo tal pago de la letra de cambio. Pero también conviene advertir que, si ese pago en realidad se hubiere producido, no por ello se habría extinguido la relación causal, por estar ésta, no en el pacto ostensible sino en el secreto 'contentivo de las evidentes relaciones negociables, al cual han de someterse las partes y por el que han de regirse' ".

En cuanto a la segunda excepción que el demandado denomina "extinción de la parte demandada considerada como sucesión" y se apoya en la circunstancia de que el proceso de sucesión de Soledad estaba terminado cuando se inició este proceso, el Tribunal dice que "de ser así las cosas, implicaría ello falta de capacidad para ser parte. Pero la demanda se ha dirigido contra los herederos integrantes de una sucesión; y aun cuando se les considere como representantes de una entidad, son ellos de todas maneras, los auténticos demandados".

"La tercera excepción —prosigue el sentenciador— se anuncia como *'cumplimiento del contrato'* y se hace consistir en que el título valor dado como pago, fue negociado por la demandante con César Botero Londoño, y que esa negociación implica por parte de aquélla, abandono del posible derecho a solicitar la declaratoria de simulación. Pero el título no fue realmente negociado, según se deja visto. Si lo hubiera sido, ello tampoco podría en ningún caso desnaturalizar un pacto bilateral como es el declarativo de la simulación; lo que se hizo bilateralmente sólo de la misma manera puede deshacerse".

De lo que se deja expuesto, concluye el Tribunal, no prospera ninguna de las mencionadas excepciones de mérito.

El recurso de casación

Como se observó, el demandado Diego Franco Botero fue el único que recurrió en casación la sentencia reseñada, contra la cual formula tres cargos, todos por la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

Cargo primero

Acusa la sentencia de ser violatoria de los artículos 1602 y 1766 del Código Civil y 267 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida y de los artículos 1088, 1011 y 1155 del Código primeramente citado, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

El recurrente comienza por recordar que la pretensión básica y fundamental de la demanda tiende a que se declare la simulación del contrato de compraventa que dijeron celebrar la demandante y Soledad Londoño de Botero, mediante la escritura 2759 de 1970, aclarada por la 2899 del mismo año, otorgadas ambas en la Notaría 3ª de Pereira. Que a consecuencia de la muerte de Soledad ocurrida antes de que se promoviera el proceso, éste hubo de intentarse "contra la sucesión testada de ésta, pues la señora de Botero dejó testamento abierto, representada por sus sucesores. Como la acción declaratoria de simulación es indivisible, naturalmente la demanda tenía que ir dirigida contra la totalidad de los herederos de la compradora difunta, de conformidad con los artículos 51, 81 y 83 del Código de Procedimiento Civil".

Así quiso hacerlo la parte demandante —agrega el recurrente— y por tanto demandó a todos los herederos testamentarios de Soledad, salvo a Gabriel Botero Londoño, pero en cambio demandó también a Doris Arango de Botero como cesionaria de éste.

"Es de observar —afirma el casacionista— que la causante no dispuso en su testamento sino de la cuarta de mejoras y de la cuarta de libre disposición, lo que significa que sus legitimarios, entre ellos el citado Gabriel Botero Londoño, quedaron instituidos herederos en la otra mitad de la herencia".

Sobre estas bases el censor considera que en el planteamiento de la demanda se incurrió en grave error jurídico, por cuanto respecto de la pretensión simulatoria se atribuye a un cesionario de derechos hereditarios la condición jurídica de representante del difunto, contra lo que disponen los artículos 1008, 1011 y 1155 del Código Civil "conforme a los cuales, únicamente quien es heredero tiene la calidad de sucesor a título universal del causante, sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, y especialmente es quien representa la persona del testador. Obviamente, el cesionario de derechos hereditarios no es heredero, y por ello mismo no sucede al difunto, ni mucho menos lleva la representación de éste".

"En efecto —agrega el recurrente a renglón seguido—, desarrollando lo que acaba de insinuarse, la doctrina tiene establecido, en forma que no admite hoy discusión, que el cesionario de derechos hereditarios no adquiere sino lo que desde el punto de vista patrimonial correspondía o podía corresponder al heredero cedente en la sucesión del causante, y que nunca, en ningún caso, adquiere el carácter personalísimo de heredero, que es intransferible, carácter ese al cual es precisamente inherente la representación de la persona del difunto. Esta representación, pues, no sufre modificación o alteración alguna cuando el heredero cede su derecho de herencia, y ella queda, en consecuencia, intacta en cabeza de aquél".

A vuelta de insistir sobre el aspecto indicado, el recurrente sostiene que Doris Arango de Botero, como cesionaria de Gabriel Botero Londoño, en ningún caso es heredera o sucesora a título universal de Soledad Londoño de Botero, ni representa

a ésta, y que por tanto, no es la llamada a responder de acciones que en vida sólo habrían procedido contra la causante.

Luego de transcribir algunas doctrinas de la Corte que a su juicio respaldan su opinión sobre ese tema, el recurrente dice "que en el caso de autos ha debido ser llamado a responder de la demanda, como demandado, el heredero legitimario Gabriel Botero Londoño, reconocido como tal en el proceso sucesorio de la causante Soledad Londoño de Botero ... y que la ausencia del mismo heredero no podía ser suplida por la cesionaria Doris Arango de Botero, aunque hubiera sido reconocida como tal en el aludido proceso sucesorio ... La consecuencia de no haberse obrado de conformidad con lo primero, sino con lo segundo, es la de que en este proceso no quedó debidamente integrado el contradictorio, y que en tales circunstancias no era posible proferir sentencia de fondo. Apenas procedía una de sentido inhibitorio".

Sobre esta base se expone en la demanda de casación los errores de hecho que atribuye al Tribunal, así:

a) No advirtió que la demandada Doris Arango de Botero no es heredera de Soledad sino apenas cesionaria de Gabriel Botero;

b) No se dio cuenta tampoco que Gabriel no fue demandado en su calidad de heredero de Soledad;

c) "Tuvo el Tribunal como demandado, en calidad de 'correspondiente heredero', a Gabriel Botero Londoño, lo que es manifiestamente inexacto según se ve del texto de la demanda".

Al terminar su acusación, el recurrente pide que se case la sentencia impugnada y que en instancia, previa revocatoria de la de primer grado, se diga que no hay lugar a pronunciamientos de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

Se considera

1. *En nuestro sistema, la muerte de una persona no produce la segregación de su patrimonio ni la trasmisión singular de los activos y pasivos que lo componen, en forma tal que los herederos sucedan al causante concretamente en cada caso de los derechos y obligaciones relictos, sino que tal patrimonio subsiste como una universalidad jurídica hasta cuando se efectúe su liquidación y tales derechos y obligaciones se adjudiquen ya en concreto a los herederos. Sin embargo, según lo han destacado la doctrina y la jurisprudencia, como dentro de la concepción latina del* patrimonio-personalidad *esa universalidad jurídica o patrimonio del difunto no puede permanecer acéfala, se ha instituido un derecho real* sui genéris, *el derecho real de herencia, mediante el cual esa universalidad jurídica patrimonial del difunto se radica en sus herederos, quienes así representan a la persona de éste y le suceden en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, como que ya en el derecho romano se les consideró continuadores de la persona del difunto.*

2. *"El referido derecho de herencia, ha dicho la Corte, es de índole patrimonial, como todos los demás derechos reales o crediticios reconocidos por la ley, y en tal carácter puede ser transmitido por causa de muerte, o transferido en todo o en parte y a cualquier título, por un acto entre vivos denominado en nuestro ordenamiento 'la cesión del derecho de herencia', así tipificado genéricamente por el artículo 1967 del Código Civil; 'el que cede a título oneroso un derecho de herencia ..., sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero o de legatario'. Celebrada la cesión en esta forma el cedente conserva su intransmisible calidad de heredero que es de la que responde o no, según que el acto sea oneroso o gratuito respectivamente, pero dicho cedente queda despojado por virtud de la cesión de todo o parte de su derecho patrimonial, el real de herencia, que pasa al cesionario con las facultades y prerrogativas inherentes, tales como la de intervenir en la causa mortuoria y en la administración de los bienes relictos, y la de obtener que en la partición de éstos se le adjudique los que le correspondan en el*

acervo líquido en proporción al derecho herencial que le fue cedido" (G. J., CXXXIII, 38).

3. *Ahora, como según la interpretación que la jurisprudencia ha hecho del citado artículo 1967 del Código Civil, la cesión del derecho real de herencia implica que el cedente conserva su intransmisible calidad de heredero pero se despoja de todo o parte de su derecho patrimonial que pasa al cesionario con sus facultades y prerrogativas que le son inherentes, ante un caso concreto de cesión se hace indispensable saber a quien corresponde la representación del difunto en aquellos asuntos que de estar vivo él sería el llamado a responder.*

Si se tiene en cuenta que el derecho real de herencia recae sobre la universalidad patrimonial del causante y el cesionario pasa a ocupar el lugar del heredero cedente con los mismos derechos y obligaciones que éste, no admite discusión que puede solicitar la posesión efectiva de la herencia, intervenir en la administración de los bienes relictos, solicitar la apertura de la sucesión, intervenir en la partición de los bienes y que se le adjudiquen los que le correspondan en el acervo líquido en proporción al derecho herencial cedido etc., y que además debe responder de las cargas que corresponderían al heredero. En términos generales puede afirmarse que está legitimado para intervenir en todos aquellos asuntos que puedan afectar el acervo patrimonial del causante. Sin embargo no puede sostenerse que también esté legitimado para intervenir en representación de la persona del difunto en aquellos que suponen la intrasferible calidad de heredero.

En efecto, por mandato del artículo 1155 del Código Civil, los asignatarios a título universal, sean llamados por el total o una cuota de la universalidad, son herederos y como tales "representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles", siendo lógico que tal representación corresponda al heredero y no al cesionario dada la circunstancia que éste es causahabiente del cedente y no del causante.

"El de cujus, *ha sostenido la jurisprudencia de la Corte, es 'causante'; quienes dependen directamente de él y lo heredan, son sus 'causahabientes'. El causahabiente deriva su derecho rectamente del causante. De esta suerte, sólo los herederos y los legatarios son causahabientes del de* cujus". *Y agrega la Corte, tras reproducir algunas citas doctrinarias: "Sentado èsto, no se puede aceptar el concepto de que el cesionario de un derecho sea causahabiente del causante: no; es causahabiente de su cedente, es decir, del heredero. En el presente caso, concluye, XX es causahabiente de su cedente, la heredera NN, y nada tiene que ver, entonces, con el causante ZZ" (G. J., tomo LXXV, pág. 193).*

4. En el caso de este litigio, Soledad Londoño de Botero quien intervino como aparente compradora en el supuestamente simulado contrato de venta de un derecho de onceava parte, vinculado a la hacienda "San Isidro", falleció el 27 de agosto de 1974; luego, por auto de 7 de octubre siguiente, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira declaró abierto el correspondiente proceso de sucesión y al mismo tiempo reconoció como heredero, entre otros, en su calidad de hijo legítimo de la causante a Gabriel Botero Londoño. Posteriormente, por habérsele solicitado así, el mismo Juzgado, por auto de 11 de agosto de 1975, ordenó tener a "Doris Arango de Botero como cesionaria de los derechos herenciales de Gabriel Botero Londoño, por efecto de la venta demostrada con la copia de la escritura número 210 de ocho de abril "de ese mismo año, otorgada ante el Notario Cuarto de Pereira.

En esas condiciones, *la pretensión declarativa de prevalencia de quien contrató con la causante, por haber fallecido ésta y corresponder a aquéllos la representación en términos del artículo 1155 del Código Civil, tenía que deducirse frente a los herederos de la aparente compradora. Desde luego que si a la pretensión declarativa de simulación de la venta la demandante hubiese acumulado otras pretensiones de condena como la tendiente a que se le restituyese el derecho de cuota incorporado*

al acervo herencial distribuido luego, también ha debido vincular al litigio a quienes hubiesen podido resultar afectados patrimonialmente con la sentencia.

Como lo tienen sentado la doctrina y la jurisprudencia, tratándose de acciones personales como son las de nulidad, simulación, resolución o rescisión de un contrato, es apenas lógico que la demanda en la cual se deduzca una pretensión de esa clase debe dirigirse contra todas las personas que intervinieron en su celebración. Lo anterior "porque la acción de que se trata es declarativa, como quiera que con ella tan sólo se busca descubrir el verdadero pacto, el oculto, dándole la prevalencia que le corresponda sobre el fingido, como lo expresó la Corte en fallo de 8 de julio de este año, y es claro que esto sólo puede hacerse con audiencia de quienes intervinieron como partes en el convenio cuya realidad se quiere comprobar. Para establecer en juicio la voluntad real de las partes contratantes, no puede prescindirse de una de ellas" (G. J. LXXVIII, 974).

En armonía con lo anterior, si fallece una de las partes que intervino en el contrato, para que el proceso en que se ventile una de tales pretensiones pueda culminar con una decisión de fondo, será indispensable que a él se vinculen todos los asignatarios a título universal del contratante muerto, o sean sus herederos. Como éstos, en el caso de ser demandados son litisconsortes necesarios, la ausencia de uno de ellos hace imposible un pronunciamiento de fondo sobre el litigio en que se controvierta la convención celebrada por el causante. Igual cosa sucedería en el evento en que no se demande al heredero cedente, así se haya vinculado al cesionario del derecho herencial, pues por lo visto el cesionario no es causahabiente a título universal del contratante fallecido y por tanto no lleva su representación (arts. 51 y 83 del C. de P. C. y 1155 del C. C.).

5. En el caso sometido a consideración de la Corte, la demandante Lucía Botero de Ritoré no llamó a controvertir su pretensión de prevalencia a todos los herederos de la causante Soledad Londoño de Botero, pues dejó por fuera de la relación procesal al heredero Gabriel Botero Londoño reconocido como tal en el proceso de sucesión, lo cual lleva a afirmar que el contradictorio no quedó debidamente integrado y en tales circunstancias no era posible un pronunciamiento de mérito; lo que procedía era una decisión inhibitoria.

En tales circunstancias, si efectivamente no procedía una decisión de fondo sobre la pretensión declarativa de simulación sino un pronunciamiento meramente formal y el Tribunal desató el litigio con sentencia de mérito, ciertamente incurrió de ese modo en los yerros de hecho que le endilga el censor y, por tanto, infringió las normas citadas en el cargo.

De todo lo expuesto se desprende que, por ser fundado el cargo estudiado contra el fallo impugnado, éste debe ser casado, y que, consiguientemente, la Corte debe proferir el que deba reemplazarlo.

Sentencia sustitutiva

1. Como se indicó en los antecedentes del litigio, Lucía Botero de Ritoré demandó a Diego Franco Botero, Doris Arango de Botero, Alfonso, César, María Emma, Bertha y Marina Botero Londoño, Raúl y Gustavo Adolfo Botero, Fanny, Jairo, Pedro y Luz Elena Botero Gutiérrez y a Jorge Enrique y Juan Diego Botero Velásquez, como representantes de la sucesión de Soledad Londoño de Botero.

Su pretensión se concretó a la declaratoria de simulación en todas sus partes del contrato de compraventa de que da cuenta la escritura Nº 2759 de 21 de agosto de 1970, de la Notaría Tercera de Pereira, debidamente registrada, por medio de la cual dijo transferir a título de venta a Soledad Londoño de Botero una cuota de onceava (1/11) parte, en común y proindiviso con otras personas, sobre la nuda propiedad de un inmueble situado en el paraje "Cerritos", Municipio de Pereira, comprendido por los linderos que en el mencionado título señala, cuyo usufructo correspondía a la misma compradora Soledad Londoño de Botero. Como conse-

cuenciales dedujo las de que se le declare dueña del referido derecho de onceava parte, se disponga el registro de la sentencia y se condene en costas a los demandados. Los fundamentos de hecho y la forma como se trabó y desató la relación procesal fueron consignados también en los antecedentes.

2. Ejercitó la actora en su demanda, con el carácter de principal, la acción personal de prevalencia contra los herederos de quien con ella concurrió a la celebración del contrato supuestamente simulado; mas, como el heredero reconocido Gabriel Botero Londoño, por escritura pública Nº 210 de 8 de abril de 1975, cedió a Doris Arango de Botero los derechos que le pudieran corresponder en la sucesión de Soledad, la demanda incluyó a la cesionaria pero omitió al mencionado heredero, desatendiendo así las previsiones del artículo 1155 del Código Civil conforme al cual son los asignatarios a título universal quienes representan al causante.

3. *Enseña la doctrina procesal que existen relaciones jurídicas sustanciales sobre las cuales no es posible pronunciarse por partes, fraccionándolas o calificándolas sólo respecto de algunos de los sujetos, porque en forma indiscutible la decisión comprende y obliga a todos. En esos casos la presencia en el proceso de los sujetos vinculados a esa relación sustancial se hace indispensable, a fin de que la relación jurídica procesal sea completa y sea posible decidir en la sentencia sobre el fondo de ella; si los sujetos son más de dos, en sentido jurídico y no físico, se dará un caso de* litis consorcio necesario, *como lo establece el artículo 51 del Código de Procedimiento Civil.*

"Existe litisconsorcio necesario, ha dicho la Corte cuando hay imposibilidad jurídica de sentenciar por separado, respecto de varias personas, sobre una relación jurídica en la que están interesados todas ellas. En este caso, la sentencia pronunciada respecto de una sola persona, no tiene en sí misma ningún valor ni puede resolver legalmente la litis. Según la expresión clásica, es inutilitur datur" *(G. J., LXXIX, 157).*

En desarrollo de este fenómeno, el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil establece que cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervengan en dichos actos, la demanda deberá formularse por todos o dirigirse contra todas".

Comentando esta figura y refiriéndose a algunos casos de litisconsorcio necesario, observa Hernando Morales Molina que existen "demandas que no pueden proponerse sino al mismo tiempo por varios o contra varios, de tal manera que si aquélla se propone contra uno solo la sentencia debe desestimarla, sin entrar en el fondo (inhibitoria). Así la de expropiación debe enderezarse contra el propietario de los bienes, y si el dominio se halla desmembrado o gravado, contra todos los sujetos de los correspondientes derechos (art. 451); la de deslinde y servidumbre se promueve contra todos los que tengan en el predio, vecino o sirviente derechos reales principales (art. 560); la divisoria de una comunidad ha de dirigirse contra todos los comuneros (art. 467). Y por el aspecto sustancial la demanda de nulidad de un testamento o de un contrato, la de simulación, resolución y rescisión de éste, debe comprender necesariamente a todos los que figuran en dichos actos" (CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Parte General, Editorial ABC, 1983, pág. 231).

4. *El legislador de 1971, siguiendo la moderna doctrina de los procesalistas y los ordenamientos rituales más avanzados, al tiempo que en el artículo 37 impuso al Juez como uno de sus deberes el empleo de los poderes conferidos en el Código para evitar nulidades y providencias inhibitorias, en otras disposiciones consagró correctivos tendientes a la debida integración*

del contradictorio, así: a) Si el demandante en su libelo, por cualquier circunstancia, no procura que la demanda se formule por o no se dirija contra todos los litisconsortes necesarios, el Juez en el auto que la admita ordenará la citación de quienes falten para integrarlo (art. 83, inc. final); b) Sin perjuicio de la posibilidad de reclamar por la vía del recurso de reposición contra el auto que admitió la demanda, no obstante faltar alguno de los sujetos de la relación sustancial, el demandado puede, con fundamento en tal hecho, proponer la excepción previa de falta de integración del contradictorio (art. 97, num. 7); y c) Si no obstante transcurridas tales oportunidades procesales, el Juez advierte falta de integración del contradictorio, con fundamento en el inciso 2º del artículo 83, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar la citación de quienes falten "mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia".

Puede ocurrir, sin embargo, que por inadvertencia del Juez y de las partes, se hubiese proferido sentencia de primera instancia y que el fallador ad quem *se encuentre al momento de decidir ante una de estas situaciones: que falta algún contradictor necesario o porque quienes concurren no son los sujetos a quienes correspondía formular o contradecir las pretensiones deducidas en la demanda o porque la parte demandante o demandada o ambas deben estar formadas por varias personas y en el proceso no están presentes todas ellas. Lógicamente ya no podrá hacer uso de los poderes de saneamiento consagrados por el artículo 83, por cuanto aquéllos se agotan con la decisión de primera instancia; tampoco la sentencia podrá ser de fondo. Si llegara a dictarla sin la presencia de todos los sujetos de la relación jurídica sustancial, carecería de efectividad porque no podría obligar a unos y otros no.*

En tal evento, como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corte (Cas. junio 30 de 1970. G. J. CXXXIV, 170; enero 15 de 1971, CXXXVIII, 28/29; junio 19 de 1975, CLI, 172), y también los tratadistas nacionales, entre otros, Hernando Devis Echandía (COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Tomo I, Segunda Edición, pág. 270) y Hernando Morales M. (Ob. cit., pág. 257), el fallo tendrá que ser inhibitorio, solución enteramente armónica con la técnica de la sentencia, como que en el fondo lo que se presenta es un defecto en la estructuración misma de la demanda que dio lugar al proceso, sin que por mandato legal sea posible ya su saneamiento.

5. En el caso que hoy ocupa la atención de la Corte, como ya está visto, la demandante no integró el contradictorio con todas las personas llamadas a controvertir sus pretensiones o sean los herederos de la aparente compradora Soledad Londoño de Botero, como que no demandó al heredero reconocido Gabriel Botero Londoño; en cambio, hizo que concurriera al proceso la cesionaria Doris Arango de Botero, la cual, de una parte, no lleva la representación de la causante por no ser causahabiente suya y, de otra, con relación al acto supuestamente simulado viene a ser un tercero. Tampoco el fallador *a quo* ordenó la integración del contradictorio con Gabriel Botero Londoño.

En tales circunstancias, al estar precluida la oportunidad de corregir ese defecto de la demanda, pues como se vio ella quedó agotada con la sentencia de primera instancia, según las previsiones del artículo 83 del Código), como por otra parte, tal defecto impide un pronunciamiento de fondo, se impone una decisión meramente formal.

Así, pues, viene de todo lo dicho que la sentencia de primera instancia que acogió las súplicas de la demanda se revocará en todas sus partes y, en su lugar, en sede de instancia, la Corte declarará su inhibición para un pronunciamiento de fondo. Naturalmente, las costas de ambas instancias serán de cargo de la parte demandante; empero, no se impondrán costas por razón del recurso de casación (arts. 392-4 y 375 del C. C.).

Decisión

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

Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia materia del recurso dictada el 2 de septiembre de 1982 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira y actuando en sede de instancia,

Resuelve:

Revocar la sentencia de 11 de diciembre de 1981, proferida en este proceso por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira y, en su lugar, *se declara inhibida* para un pronunciamiento de fondo.

Condénase a la parte demandante al pago de las costas de ambas instancias.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Horacio Montoya Gil, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén - Salvamento de Voto, *Alberto Ospina Botero, Amelia Barrera de Gáfaro, Hernando Tapias Rocha.*

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR HUMBERTO MURCIA BALLEN

De las decisiones contenidas en la parte resolutiva de la anterior sentencia comparto la atinente a la de casación del fallo recurrido extraordinariamente, pues creo, como la Sala, que el *ad quem* incurrió en los yerros de hecho que le endilgó la censura; disiento, en cambio, de la resolución inhibitoria, pues estimo que la no citación de un litisconsorte necesario configura nulidad de la actuación por esa causa y por tanto debió la Corte ponerla en conocimiento. Por lo consiguiente, con el respeto que debo al criterio de mis colegas paso a exponer las razones en que fundo mi disentimiento parcial.

1ª En criterios que comparto plenamente, estima la Sala, tanto al motivar la casación como en la parte expositiva de la sentencia de instancia, que el hecho de no haberse dirigido la demanda también contra Gabriel Botero Londoño, heredero reconocido de la finada Soledad Londoño de Botero, quien fue la aparente compradora en el contrato contenido en la escritura pública Nº 2759 de 27 de agosto de 1970, otorgada en esta fecha en la Notaría 3ª de Pereira; ni haber sido citado en forma alguna al proceso el citado Gabriel, impidió que se hubiese integrado el contradictorio y, por ende, que tal irregularidad impide un pronunciamiento de fondo.

Es evidentemente cierto, y ello parece hoy indiscutible, afirmar que cuando se trata de discutirse en juicio una relación jurídico-sustancial con pluralidad de partes, en el procedimiento respectivo tienen que figurar como sujetos todas éstas. Lo cual es apenas explicable si se considera, como tiene que considerarse, que la característica esencial del *litisconsorcio necesario* es el supuesto de que la sentencia haya de ser única y de idéntico contenido para todas las personas que fueron parte en la relación material que se controvierte; unicidad ésta que impide hacerle modificaciones que no puedan obrar conjuntamente frente a los varios sujetos.

Por ello, en desarrollo del artículo 51 del Código de Procedimiento Civil, que indica cuando hay litisconsortes necesarios, el artículo 83 *ibídem* establece, en verdad, que "cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal, no fuere 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 todas o dirigirse contra todas".

2ª Y es cierto que si la demanda debía dirigirse por varios o contra varios y así no lo fue, tal libelo resulte inidóneo, o no permita pronunciar sentencia de mérito en ausencia de quien siendo parte de la relación material controvertida no lo ha sido, sin embargo, en el proceso respectivo. Precisamente, dentro de los deberes que la ley le impone al Juez, está el de emplear todos sus poderes "para evitar providencias inhibitorias", a términos del numeral 4 del artículo 37 *ejúsdem*.

Y justamente, en frente de los supuestos en que la demanda inical debió incoarse por varios o contra varios, pues se trata de un *litisconsorcio necesario*, y sin embargo no lo fue así, la ley le impone al Juez el deber inicial y oficioso de integrar el contradictorio en el auto admisorio. Dice en efecto el mentado artículo 83 que "si no

se hiciere así, el Juez en el auto que admite la demanda ordenará la citación de quienes falten para integrar el contradictorio, la que se hará en la forma y con el término de comparecencia dispuesto para el demandado".

3ª Pero si el Juez no cumple con el deber de integrar el contradictorio al admitir la demanda, nada impide que lo haga posteriormente y aún hasta el pronunciamiento de su sentencia, puesto que así se lo ordena el precitado artículo 83, en sus dos últimos incisos. Dicen éstos en efecto que al citado después del auto admisorio se le concederá el mismo término para que comparezca; y que si pide pruebas, el Juez "concederá para practicarlas, según el caso, un término que no podrá exceder del ordinario".

Todo ello induce a pensar, seriamente, que el propósito del legislador ha sido el de evitar la pérdida de la actividad procesal tanto del Juez como de las partes; impedir el trámite de procesos que no conduzcan a su fin natural, que es la composición de los litigios de los particulares. Y en pos de la meta apuntada le impone al Juez la obligación de emplear todos sus poderes para evitar el desperdicio de la actividad jurisdiccional.

4ª Me parece que una de tales eventualidades es la consagración de la causal novena de nulidad (art. 152, C. P. C.), que se estructura "cuando no se practica en legal forma la notificación o el emplazamiento *de las demás personas que deban ser citadas como parte,* aunque sean indeterminadas, o de aquéllas que hayan de suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley" (subrayo).

Es preciso entender, para precisar el alcance de la norma transcrita, que además de la indebida representación y de la falta de notificación al demandado o demandados, que constituyen motivos autónomos de nulidad procesal y a los cuales se refiere expresamente el numeral 8 de dicho artículo 152, también es motivo o causal de nulidad el hecho de no notificar o emplazar a una de *"las demás personas que deban ser citadas como parte"*, o sea, a mi juicio, a los *litisconsortes* necesarios de una de las partes en la causa que se controvierte en el proceso (art. 83, C. P. C.); o cuando no se llama a éste a la persona a la cual se le ha denunciado el pleito (art. 56); o en los casos en que por razón de los llamamientos en garantía y *ex officio* no se cita a los terceros que indican los artículos 57 y 58 *ibídem*; o en el supuesto de la *laudatio* o *nominatio autoris* contemplado en el artículo 59, *ejúsdem*. También alude esa irregularidad procesal a los eventos de sucesión procesal referidos en el artículo 60 *ibídem*; a las hipótesis de no citación al cónyuge o herederos de una de las partes, cuando por razón de la muerte de ésta el proceso se interrumpe (art. 169); o cuando se omite la citación del Ministerio Público que en éste debe actuar, o del síndico recaudador del impuesto sucesoral; y, por último, cuando no se notifica o no se emplaza en debida forma a las personas que textos especiales de la ley ordenan a un proceso, en consideración a la naturaleza y fines de éste.

Afirmar que la referida causal de nulidad no se tipifica en los casos de la no citación de un *litisconsorte* necesario es, a mi juicio, restringir excesivamente los alcances de la primera parte del numeral 9 del artículo 152, antecitado, y distorsionar su verdadera etiología. La tesis restringida conduce a negar la revisión al litisconsorte que por no haber sido citado se encuentra frente a una sentencia de mérito relativamente al acto jurídico en que éste sí es sujeto principal; y ello parece sencillamente inadmisible por lo injurídico, pues es desconocer el efecto relativo de los fallos judiciales.

5ª Desde el punto de vista práctico la decisión tendiente a poner en conocimiento una nulidad saneable, como a mi juicio sucede en el caso presente, es indiscutiblemente preferible a una sentencia inhibitoria, porque con aquella resolución puede salvarse, por lo menos en parte si no es allanada la nulidad, una actuación procesal compleja, costosa y de larga duración, la cual por tanto no resulta absolutamente

inane; con la sentencia inhibitoria se torna, entonces sí, absolutamente inocua o fútil esa actuación, de la cual ningún fruto derivan las partes.

Con la solución primera puede obtenerse un saneamiento de la irregularidad y por lo tanto todo el proceso se convalida; o no se allana y entonces se decreta la nulidad del proceso, pero queda viva por lo menos la demanda, frente a la cual el Juez tiene que proceder a integrar el contradictorio: no se arrasa totalmente el principio de la economía procesal. Con la inhibición declarada nada, pero absolutamente nada se conserva, y si el demandante lo quiere tendrá que surtir nuevamente y en todas sus etapas el proceso.

6ª Por las anteriores razones resulta para mí, no solamente ilegal sino contrario a toda economía procesal, el pronunciamiento inhibitorio por no haberse integrado el contradictorio con un litisconsorte necesario, en cambio de haber puesto en conocimiento de los no citados la nulidad por esa causa, para que, en caso de no ser allanada por ellos, se hiciera la declaración de nulidad procesal pero sólo a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda.

Fecha *ut supra.*

Humberto Murcia Ballén.

INTERESES
De mora por incumplimiento de contrato

DEMANDA
Requisitos formales. Interpretación

REFORMATIO IN PEJUS
No se da en sentencia totalmente confirmatoria, ni cuando la discrepancia se presenta entre la parte motiva y la parte resolutiva del fallo

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., septiembre veintinueve de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 14 de febrero de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por la sociedad "Colombianos Distribuidores de Combustibles S. A. - CODI" en frente de la entidad "Banco de Colombia".

I

El litigio

1. Mediante escrito que en repartimiento verificado el 18 de mayo de 1979 correspondió al Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá, la referida sociedad "Colombianos Distribuidores de Combustibles S. A. - CODI" demandó a la entidad "Banco de Colombia", en procura de que, previos los trámites del *proceso ordinario de mayor cuantía,* se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que la entidad demandada *es civilmente responsable* por no haber abonado a la cuenta de la Tesorería Distrital de Bogotá la suma de $ 1'491.123.oo valor del cheque Nº 819240 girado el 27 de abril de 1977 por la sociedad demandante a favor de la Tesorería Distrital y a cargo del Banco de Colombia, Oficina de la Avenida Chile, Nº 9;

b) Que, en consecuencia, se condene al Banco demandado a pagar a la sociedad demandante la expresada cantidad de $ 1'491.123.oo, junto con los intereses de dicha suma a la rata del 2.5% mensual desde el 26 de mayo de 1977, fecha en que el citado cheque fue pagado por el Banco de Colombia y hasta el pago de la obligación;

c) Que se condene igualmente a la entidad demandada a pagar a la sociedad demandante los intereses de mora que a ésta le fueron liquidados y cobrados por la Tesorería Distrital, debido al no pago oportuno de los impuestos de Industria, Comercio y Avisos por el año de 1976;

d) Que se la condene, además, a pagar a la demandante todos los perjuicios a ella ocasionados con esa conducta culposa, en abstracto o subsidiariamente en la cuantía que se demuestre en el proceso; y

e) Que se le impongan las costas procesales a la demandada.

2. Los hechos que la demandante invocó como *causa petendi* de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizados en los siguientes:

a) El 27 de junio de 1973 se celebró un contrato de cuenta corriente entre el Banco de Colombia, Sucursal Avenida Chile, Oficina Nº 9 y la sociedad demandante "Colombianos Distribuidores de Combustibles S. A. - CODI", en virtud del cual ésta abrió su cuenta distinguida con el número 1846140;

b) El 27 de abril de 1977 "CODI" giró el cheque Nº 819240 contra la referida cuenta corriente, por la cantidad de $ 1'491.123.oo, a favor de la Tesorería Distrital de Bogotá y con el fin de cancelar los impuestos de Industria, Comercio y Avisos, liquidados por el año gravable de 1976 y los anticipos del año siguiente, o sea de 1977;

c) En el cheque en cuestión, al momento de girarse, se insertó la leyenda que dice: "a consignar únicamente en la cuenta corriente del primer beneficiario", razón por la cual sólo podía abonarse su valor en la cuenta de la Tesorería Distrital de Bogotá, que era su primer beneficiario;

d) Por cuanto el referido cheque tenía desde su origen una negociabilidad muy limitada y sólo podía cobrarse por intermedio de un banco, dicho instrumento se consignó en la Oficina Nº 81, Edificio Lara, del Banco de Colombia, que lo recibió y le colocó en el reverso el sello de canje que dice: "Banco de Colombia. Edificio Lara. Oficina 81. Mayo 26 de 1977. Oficina 81. - 2 recibido en consignación - 2";

e) No obstante la orden impartida por el girador, el cheque no fue abonado a la cuenta corriente de su primer beneficiario, la Tesorería Distrital de Bogotá, sino a la de persona diferente;

f) El dicho instrumento Nº 819240 fue cobrado por la Oficina 81 y pagado por la 09, ambas del Banco de Colombia, el 26 de mayo de 1977, lo que significa que las dos operaciones las hizo el mismo Banco;

g) Muy a pesar de que en la fecha de la consignación del cheque la Tesorería Distrital no tenía cuenta corriente en la Oficina 81, ésta certificó que había sido abonado en la cuenta corriente del beneficiario, lo que significa que el Banco de Colombia, por conducto de su Oficina 81, certificó "un hecho inexacto";

h) Como consecuencia de lo anterior, CODI figuró como deudor moroso de la Tesorería Distrital por los impuestos referidos, desde el mes de mayo de 1976 y hasta el 26 de octubre de 1978, lo que le generó intereses de mora a su cargo, que evidentemente tuvo que pagar, como medio indispensable para obtener el paz y salvo distrital y las licencias de funcionamiento de sus establecimientos comerciales; todo esto debido a que el Banco demandado no abonó a la cuenta corriente de la Tesorería Distrital el valor del mencionado cheque;

i) En tales circunstancias, la entidad CODI debió girar nuevamente el 26 de octubre de 1978 el valor de los impuestos ya liquidados y en mora de pagar, lo mismo que los intereses causados; y

j) El Banco demandado, por no haber acatado la orden del girador del cheque en el sentido de haber abonado su valor a la cuenta de la Tesorería Distrital, causó graves perjuicios a la demandante, y además con su conducta "lesionó en forma grave el buen crédito comercial, la responsabilidad y la seriedad de CODI en el cumplimiento de sus obligaciones".

3. En su oportuna contestación a la demanda el Banco demandado se opuso a las súplicas de su demandante; y en cuanto a los hechos invocados, aceptó algunos, negó otros y exigió la prueba para los demás.

En esa oportunidad expresó que el certificado dice que el cheque fue consignado en la cuenta del "beneficiario" y no del primer beneficiario, lo que es distinto; que en el cheque figura un endoso de la Tesorería Distrital, el cual se presume auténtico y que por tanto el Banco no podía poner en tela de juicio; que por virtud de tal endoso el tenedor del cheque era entonces José Fernando Arboleda, último beneficiario y quien hizo la consignación.

Como excepciones de mérito, en ese mismo escrito el demandado propuso las que denominó "inexistencia del derecho reclamado y de la obligación imputada"; "ineptitud sustancial de la demanda"; "falta de *legitimatio ad causam*"; "culpa de la propia demandante y culpa y/o dolo de un tercero, o sea, el Distrito Especial de Bogotá".

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 18 de agosto de 1980, mediante la cual acogió favorablemente todas las pretensiones de la entidad demandante deducidas en la demanda inicial, salvo la atinente al pago de los intereses de mora que a CODI le fueron liquidados y cobrados por la Tesorería Distrital.

5. No conforme con lo así resuelto, el demandado interpuso contra esa sentencia recurso de apelación, que, concedido, trajo el proceso al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, luego de rituado el trámite del grado, profirió su fallo de 14 de febrero de 1983, mediante el cual decidió confirmar en todas sus partes el apelado e imponer al demandado las costas causadas en la segunda instancia.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Tras la relación que hace de los antecedentes del litigio y de todas las pruebas aducidas por ambas partes al proceso, el Tribunal de segunda instancia comienza las consideraciones de su sentencia dando por demostrado los siguientes tres hechos básicos, a saber: a) la existencia del contrato de cuenta corriente ajustado entre CODI y el Banco de Colombia, Sucursal de la Avenida Chile; b) el giro del cheque Nº 819240 que por la cantidad de $ 1'491.123.oo y a favor de la Tesorería Distrital de Bogotá extendió CODI el 27 de abril de 1977, girado, según se lee en él, "a consignar únicamente en la cuenta corriente del primer beneficiario"; y c) la consignación que de tal instrumento hizo José Fernando Arboleda, un tercero, en otra sucursal del mismo Banco.

De lo cual deduce el sentenciador de segundo grado que está probado que el Banco demandado incumplió la obligación contractual, "no atendiendo las instrucciones precisas de la giradora del cheque y cuentacorrentista Sociedad CODI S. A., cuya limitación de la negociabilidad, está expresamente consagrada en el artículo 715 del Código de Comercio"; y que, por lo consiguiente, "de esta manera surgió la responsabilidad civil alegada por el demandante".

2. A renglón seguido se refiere el Tribunal *ad quem* a los dictámenes periciales rendidos en primera y en segunda instancia por Mario Alvarez Sarasty y Daniel Abondano Pereira, el uno; y por Jorge Bernal de Castro y Rodolfo Valero, el otro. De aquél dice que "es poco lo que realmente aporta como tal..."; y de éste asevera que "no tiene la Sala ningún reparo para formularle". Que sin embargo, para la "decisión a tomar", dicho dictamen no tiene la trascendencia alegada por el Banco, "por la sencilla razón de que aún en el evento de que los sellos de la Tesorería Distrital y la respectiva firma fueren auténticos, tal circunstancia no lo hubiere liberado tampoco de cumplir estrictamente con la limitación impuesta por el girador del cheque, puesto que efectivamente el primer beneficiario no podía endosarlo, solamente presentarlo para su cobro".

3. Con relación a la negativa que por el pago de intereses de mora liquidados y cobrados por la Tesorería Distrital a la entidad demandante, trae la sentencia de primer grado, si no expresamente sí por lo menos implícitamente al hacer la consideración 8ª de este fallo, dice el sentenciador *ad quem* que "es acertada por la norma probatoria expresada, y porque además debe hacer parte de los perjuicios causados por el mal pago del cheque, y que es materia de la condena en abstracto".

III

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación la entidad demandada. En la demanda respectiva la recurrente formula contra el fallo del Tribunal tres cargos: el primero fundado en la causal cuarta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y los dos últimos dentro de la órbita de la primera.

La Corte procede a examinar tales censuras en el orden en que vienen propuestas por ser el que corresponde a la lógica de las cosas.

Cargo primero

1. En su planteamiento se acusa la sentencia de segundo grado de contener decisiones que hacen más gravosa la situación del Banco de Colombia, que fue el único apelante de la sentencia de primer grado.

2. En desarrollo de la censura dice el acusador que el juzgado de la primera instancia, aunque no negó explícitamente en la parte resolutiva lo relacionado con los intereses de mora que a la sociedad demandante le liquidó y cobró la Tesorería Distrital, sí lo hizo en la motivación de su fallo, al considerar allí "que no fueron demostrados en el proceso"; que así lo entendió el Tribunal y lo aceptó.

Que, sin embargo de haber hallado el *ad quem* acertadamente la decisión del *a quo* de negar la condena a pagar los intereses de mora que la Tesorería Distrital le había cobrado a CODI, "por no haber sido demostrados en el proceso, sin embargo, a renglón seguido dice que tales intereses *deben hacer parte de los perjuicios causados por el mal pago del cheque y que es materia de la condena en abstracto*". Añade el casacionista que si bien el Tribunal "en la parte resolutiva nada dijo al respecto; como en la motiva se contiene esa consideración, se entiende que en la confirmación de la sentencia recurrida, y, específicamente, de la condena en abstracto al pago de perjuicios, quedó incorporada esa consideración, lo cual entraña una *reformatio in pejus* desde luego que agrava la situación del Banco demandado, único apelante".

3. De acuerdo con el fallo de primer grado, el Banco quedó exonerado de la obligación que según la demanda tenía de pagar a CODI el valor de los intereses de mora que le cobró la Tesorería Distrital, por no haberlos probado; y eso era, pues, favorable al recurrente. Con el fallo del Tribunal se agravó su situación en el punto, "pues dijo que en la condena en abstracto al pago de perjuicios quedaba comprendido el valor de dichos intereses".

Rematando la formulación de este cargo, dice el casacionista que "habiendo llegado el Banco al Tribunal totalmente libre de tener que pagar, por concepto de perjuicios, los intereses de mora cobrados a CODI por la Tesorería Distrital, por no haber sido probados, resulta condenado a pagarlos puesto que en la liquidación de la condena *in género* tendrán que incluirse".

Se considera

1. *El principio prohibitivo de la* reformatio in pejus, *cuyo fundamento racional lo ubica la doctrina del derecho en las reglas que informan el interés para recurrir y la personalidad del recurso, consiste esencialmente en que el Juez superior que conoce de un proceso por apelación interpuesta por una de las partes contra la providencia que ha sido consentida por la otra, tiene limitado su poder jurisdiccional y no puede por ello, por regla general, modificarla o enmendarla, haciendo más gravosa para el apelante la situación procesal que para éste ha creado la providencia recurrida.*

Si, pues, por definición propia el instituto de la reformación en perjuicio presupone el concepto de agravación o desmejora de una situación procesal ya creada, obvio es que no puede darse cuando los dos extremos que se cotejan o parangonan son iguales cualitativa y cuantitativamente, pues en tal supuesto, como es lógico, resulta imposible establecer condenas de alcance y cuantía diferentes. Que es justamente lo que ocurre en el caso que aquí se

analiza, desde luego que la sentencia de segunda instancia, como claramente se ve en el contenido de su disposición principal, se limitó a "*confirmar* en todas sus partes el fallo recurrido...".

2. Como lo advierte el casacionista, es verdad que el Tribunal *ad quem*, al motivar su decisión confirmatoria, en la consideración referente a la negativa del pago de intereses de mora que la Tesorería Distrital le cobró a CODI y que trae la sentencia de primer grado, luego de aceptar tal desestimación, contradictoriamente dijo que tales intereses "deben hacer parte de los perjuicios causados por el mal pago del cheque, y que es materia de la condena en abstracto".

Pero de que ello sea cierto no puede seguirse que dicho sentenciador incurrió en reformación en perjuicios del único apelante, pues ese juicio suyo no rebasó jamás de la parte motiva del fallo y por ende se torna intrascendente, pues ya está sabido que lo que vincula al Juez y a las partes de una sentencia, y por lo tanto de lo que puede recurrirse, es de la parte resolutiva. Lo favorable o desfavorable de una providencia judicial, a que mira el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, está en lo que concede, niega u ordena, es decir en su parte dispositiva y no en la expositiva.

Ya está dicho por la doctrina, y lo acepta la jurisprudencia, que para que el recurso extraordinario de casación conduzca a la quiebra de la sentencia combatida no basta con que medie una infracción legal, sino que es preciso además que tal quebranto sea la determinante de la resolución tomada en dicho fallo, de manera que el declarar la violación tenga o pueda tener un valor y un efecto prácticos.

3. Por lo dicho, se desestima esta censura.

Cargo segundo

1. A través de éste el recurrente acusa la sentencia del Tribunal, en la parte que confirmó la resolución 3ª de la sentencia de primer grado, que condenó al Banco demandado a pagar los intereses "bancarios corrientes" de la suma de $ 1'491.123.oo, "desde el 26 de mayo de 1977 hasta cuando se pague la obligación". Considera la censura que en esta decisión la sentencia es indirectamente violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 1603, 1604, 1614, 1615, 1617 del Código Civil; 883 y 884 del de Comercio también por indebida aplicación; del 1608 del Código Civil, éste por inaplicación, como consecuencia del error evidente de hecho en que habría incurrido el sentenciador en la apreciación de algunas pruebas.

2. Desenvolviendo el cargo el censor comienza por hacer el distingo sobre los intereses moratorios y los remuneratorios, los convencionales, los corrientes y los legales. Determina el monto del interés moratorio legal para las obligaciones de dinero en las obligaciones civiles y en las mercantiles; dice que según el artículo 883 del Código de Comercio el deudor está obligado a pagarlos *"en caso de mora y a partir de ésta..."*; y que según el artículo 884 siguiente, cuando en los negocios mercantiles "hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convención el interés, éste será el bancario corriente...".

Deduce el recurrente, entonces, que "es a partir del momento en que el deudor se ha constituido en mora que está obligado a pagar intereses legales comerciales o bancarios corrientes"; y que "como en el caso *sub lite* no existía plazo dentro del cual el Banco debía pagar a la demandante la cantidad de $ 1'491.123.oo a que se ha hecho referencia, ni tenía que ser entregada dentro de cierto tiempo, menester era que se le requiriera judicialmente para constituirlo en mora. A lo cual se agrega que la obligación a cargo del Banco de pagar esa suma era incierta, por lo cual era indispensable que mediante un proceso se le condenase a pagarla, tal como se hizo en el presente".

Concretando los yerros de hecho que denuncia, dice la censura que ellos consistieron en que el Tribunal no vio que ni legal ni convencionalmente existía un plazo dentro del cual debía el Banco pagar el

valor del cheque, ni, por ende, que no se hallaba en mora de hacerlo; en segundo lugar, que no advirtió ese fallador que "precisamente por existir incertidumbre acerca de la obligación del Banco de pagar esa suma a la sociedad demandante, se adelantó este proceso, en el cual se condenó al demandado a pagarla, y que, por lo mismo, sólo después que quedara ejecutoriada la sentencia respectiva se hacía exigible esa obligación de acuerdo con el artículo 334 del Código de Procedimiento Civil"; y, finalmente, que "no percató que para el 26 de mayo de 1977 no se hallaba el Banco en mora, pues que ni siquiera era exigible la obligación de pagar esa suma".

Se considera

1. *Conforme a nuestro derecho positivo se presume legalmente que toda infracción de contratos origina perjuicios al acreedor, porque debiendo tener por objeto la convención una prestación útil a ese acreedor, la violación de ella va contra el provecho que éste se propuso obtener al celebrarla. Se llama indemnización de perjuicios* compensatorios *la que repara la inejecución de la obligación, y de* moratorios *la que indemniza el retardo en la ejecución.*

Mas, conforme lo preceptúa el artículo 1615 del Código Civil, la indemnización de perjuicios solamente se debe "desde que el deudor se ha constituido en mora", salvo que se trate de obligación de no hacer, caso en el cual se causa "desde el momento de la contravención". Y se entiende que el deudor está en mora cuando retrasa, contra derecho, el cumplimiento de la prestación por causa imputable a él.

2. *Desde el punto de vista de su origen, los intereses pueden ser* convencionales, *cuando se señalan en el contrato;* legales, *cuya tasa la fija la ley; y* corrientes *que son los acostumbrados en el mercado en relación con determinado tipo de operaciones y en época también determinada.*

Según el artículo 1617 ibídem, *tratándose de obligaciones dinerarias la "indemnización de perjuicios por la mora" se sujeta a estas reglas: a falta de estipulación convencional o de expresa autorización para cobrar el interés corriente, se debe pagar el interés moratorio que en materia civil se fija en el 6% anual.*

Y en materia comercial, luego que el artículo 883 de la codificación correspondiente, en congruencia con lo que en el punto establece la ley civil, preceptúa que el deudor "estará obligado a pagar los intereses legales comerciales en caso de mora a partir de ésta", *en el artículo 884 siguiente dice 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 *..." (subraya la Sala).*

Preceptiva legal ésta de la cual obviamente tiene que concluirse, como regla general, que es solamente a partir del momento desde el cual se constituyó en mora, que el deudor está obligado a pagar a su acreedor intereses moratorios, y no desde antes.

Por su parte, el artículo 1608 del Código Civil establece que el deudor está en mora solamente en uno de estos tres supuestos: a) cuando no ha cumplido la obligación en el término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor precisamente para colocarlo en mora; b) cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo, y el deudor lo deja pasar sin darla o ejecutar la prestación; y, c) por último, cuando el deudor ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor.

3. Como en el caso presente la obligación a cargo del Banco demandado y a favor de la sociedad demandante aparecía incierta en su existencia, necesitó de su reconocimiento o declaración judicial y justamente por ello se inició y tramitó este proceso de conocimiento, en cuya sentencia precisamente se ha impuesto la condena a pagarla.

Luego, si para el 26 de mayo de 1977 la obligación judicialmente aquí declarada a cargo del Banco de Colombia y a favor de "CODI" no era aún exigible, menos puede afirmarse con acierto que desde entonces

su deudor esté en mora de pagarla, ya que en todo caso la *mora debitoria* presupone, como elemento esencial de su estructura, la exigibilidad de la obligación. Dice el artículo 334 del Código de Procedimiento Civil que sólo puede exigirse la ejecución de las providencias judiciales "una vez ejecutoriadas a menos que en ellas se haya fijado plazo o condición para su cumplimiento, caso en el cual será indispensable que ésta o aquél se haya cumplido".

4. Incurrió pues el sentenciador de segundo grado en ostensible error de hecho al estimar en su fallo, sin existir prueba de ello, que el deudor se hallaba en mora de pagar $ 1'491.123.oo desde el 26 de mayo de 1977, pues no advirtió que a la sazón la obligación no era exigible siquiera ni por ende que el deudor no había aún incurrido en mora de cancelarla. Y como este yerro fáctico es trascendente, pues fue la determinante de que en su fallo condenara al demandado a pagar intereses moratorios, tiene que seguirse que el Tribunal infringió las normas legales sustanciales señaladas en esta censura y por el concepto en ella indicado, razón por la cual la sentencia recurrida, en cuanto toca con esa específica condenación, tiene que quebrarse.

Cargo tercero

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal, pero solamente en la parte que confirmó la resolución 4ª de la sentencia de primer grado, que condenó en abstracto al Banco demandado a pagar a la demandante los perjuicios que se ocasionaron a ella con motivo de los hechos del proceso.

Considera la censura, y así lo asevera, que la sentencia en la parte combatida es indirectamente violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 1494, 1604, 1613, 1616 del Código Civil, y 307 del de Procedimiento Civil, a causa de los manifiestos errores de hecho en que habría incurrido el sentenciador al apreciar las pruebas.

2. Desarrollando el cargo, dice la censura que según principios básicos del derecho procesal, tendientes a garantizar el derecho de defensa del demandado, la demanda con la cual se inicia el proceso debe expresar con claridad y precisión lo que se pide, y los hechos que sirven de fundamento a esa petición. Que al demandado no se le puede llamar a responder por hechos que no se adujeron como fundamento de la pretensión aducida en el libelo; y que el sentenciador no puede, por lo mismo, condenar al demandado con base en hechos distintos de los afirmados en la demanda, aunque se encuentren probados en el proceso.

Y luego de citas jurisprudenciales en el punto, observa el casacionista que en el presente caso la sociedad demandante, en el hecho 21 de su demanda, precisó los perjuicios reclamados, así: a) el valor de $ 1.491.123.oo perdido por haber tenido que girar dos veces el pago de los impuestos recabados a CODI; b) el proveniente de los intereses de mora que la Tesorería le cobró. En el hecho 22 afirmó que aparte de los anteriores perjuicios, la conducta del Banco lesionó en forma grave el buen crédito comercial, la responsabilidad y la seriedad de CODI, "pero sin expresar, ni por asomo, cuál fue el daño patrimonial que recibió a causa de la lesión que dijo haber recibido en su buen crédito comercial.

"De manera que la pretendida lesión del buen crédito comercial —dice el recurrente— debía necesariamente traducirse en un detrimento patrimonial, para que hubiera daño. Sin la existencia de un daño no nace a la vida jurídica la obligación de indemnizarlo. Por eso es indispensable que en la *causa petendi* de la demanda se exprese con claridad y precisión cuál es el daño sufrido por el demandante, no sólo para que pueda demostrarlo en el proceso, sino para darle oportunidad al demandado de defenderse frente a un cargo concreto".

3. Avanzando en el desenvolvimiento del cargo, dice el acusador que el Tribunal creyó "que bastaba la sola afirmación del demandante de haber sufrido perjuicios,

para que procediera la condena *in género*, a fin de que en el incidente de liquidación de la misma probara la demandante tanto el daño sufrido como su *cuántum*...". Pero que tal juicio es equivocado puesto que si en el plenario no se demuestra la existencia del daño, lo procedente es negar dicha pretensión y absolver al demandado; y que si la existencia del perjuicio se halla plenamente establecida, pero no su valor, sí procede la condena en abstracto a fin de que posteriormente, en incidente de liquidación, se establezca la cuantía.

Concretando los yerros de facto que le enrostra al Tribunal, dice el casacionista que ellos consistieron en que aquél "no percató que en la demanda incoativa del proceso no afirmó la sociedad demandante hecho alguno que pudiera servir de fundamento a la pretensión indemnizatoria aducida en la súplica quinta del libelo..."; en que tampoco se dio cuenta de la falta de prueba del daño que habría recibido la sociedad a causa de la conducta del Banco, con lo que incurrió en yerro de hecho "por suposición de prueba"; y, por último, en que tampoco "se dio cuenta de que no existía en el proceso prueba del vínculo de causalidad entre la conducta que se le imputa al Banco en el hecho 22, mencionado, y el supuesto daño que ordenó indemnizar".

Se considera

1. *Como la pretensión, en la esfera del Derecho Procesal, implica generalmente la exigencia frente a una persona de determinada declaración judicial, tiene que deducirse mediante una demanda, o sea el escrito por el cual se pide tutela para un interés jurídico, a través de una sentencia.*

En verdad que, como aquí lo expresa el casacionista, la relación existente entre la demanda y la sentencia es tan íntima, que la doctrina ve en dichos dos actos los límites dentro de los cuales se desenvuelve ordinariamente todo el procedimiento. Y es cierto también, por lo mismo, que cuando una persona quiere hacer valer un derecho suyo, en el escrito inicial debe solicitarle al Juez la declaración que pretende, con invocación de una concreta situación de hecho, es decir, expresando tanto el petítum *como la* causa petendi *de la pretensión.*

Dada la trascendencia que la demanda tiene en la constitución, desarrollo y culminación del proceso, dicho libelo debe ajustarse en su forma a ciertos requisitos, que en el ordenamiento procesal colombiano están determinados por los artículos 75, 76, 77, 78, 79 y 82 de la respectiva codificación. Según tal preceptiva, para que la demanda sea admisible debe determinar en forma precisa y clara "lo que se pretenda" por el demandante, o sea la nítida indicación de la pretensión incoada, o de las varias pretensiones que acumuladamente instaure; y, además, el señalamiento de los hechos que sirven de fundamento a las súplicas, "debidamente determinados, clasificados y numerados", o sea formando grupos según la materia, con la lógica separación que la relación material exige.

2. *En los casos de acumulación, para que la demanda que la contenga sea formalmente apta, tiene también que señalar los hechos que le sirven de fundamento a cada una de las pretensiones agregadas; y en ese supuesto la apuntada narración de hechos también tiene que hacerse "debidamente determinados, clasificados y numerados" (art. 76-6, C. P. C.).*

Es decir, que la demanda debe traer los hechos ordenados o dispuestos en grupos lógicos y separados según la relación que ellos tengan con la correspondiente súplica, a tal punto que en cada uno de los grupos formados queden excluidas las afirmaciones que correspondan a situaciones fácticas impertinentes o extrañas a la respectiva pretensión.

Sin olvidar que, pues la lógica de las cosas así lo indica, cuando una pretensión se deduce como la consecuencia de otra que la subordina en su existencia, la narración de hechos atinentes a la estructura de la acción principal, cuando ésta prospera, sirve también de fundamento fáctico para la pretensión que con carácter consecuencial se agrega en la misma demanda.

3. Analizando desde el punto de vista extrínseco la demanda con la cual se inició este proceso, encuentra la Corte, al contrario de lo que asevera el recurrente, que dicho libelo, en la parte atinente a la *causa petendi* de la pretensión indemnizatoria de perjuicios, sí alude a una concreta situación de facto a la que la ley le atribuye el efecto jurídico perseguido: que la entidad demandante, como giradora del cheque para ser pagado exclusivamente a la Tesorería Distrital de Bogotá, sufrió perjuicios patrimoniales por el hecho de que el Banco librado pagó ese instrumento a persona diferente de su único beneficiario.

Dice en efecto la demanda, con lo cual precisa la causa del perjuicio reclamado, que habiendo sido girado el cheque a favor de un beneficiario a quien únicamente había que abonarlo en su propia cuenta corriente, sin permitir ni siquiera algún endoso en virtud de la limitación de negociabilidad que puso el girador, el Banco librado no efectuó dicho abono (hecho 6º); que, como consecuencia, la sociedad demandante resultó ser deudora morosa de impuestos distritales (hecho 7º); que como tuvo que girar nuevamente el valor de esos impuestos liquidados y cobrados, "perdió el valor de $ 1'491.123.oo", se "ocasionó el cobro de intereses de mora" (hecho 11); y que aparte de tales perjuicios, "la conducta del Banco de Colombia lesionó en forma grave el buen crédito comercial, la responsabilidad y la seriedad de CODI en el cumplimiento de sus obligaciones" (hecho 22).

Si se interpreta la demanda con criterio de amplitud, como se interpretó por los juzgadores de instancia sin incurrir en contraevidencia, tiene que decirse que analizada en su conjunto, y no tomando solamente una o alguna de sus afirmaciones aisladas de todas las demás, permite entender que la verdadera voluntad del demandante, en esta petición consecuencial, radica en que deducida la responsabilidad contractual del Banco demandado por incumplimiento de una de sus obligaciones se lo condene a indemnizar los perjuicios que causó con su conducta negligente. No hay pues, en rigor de verdad, demanda inepta o inidónea.

4. Y como con la inspección judicial practicada en el proceso se acreditaron los hechos básicos de la demanda, tiene que seguirse que sí está probado, en forma abstracta, el daño o perjuicio causado a la demandante. La determinación de su cuantía o fijación del guarismo a que ascendió tal perjuicio constituye, precisamente, el objeto del incidente que se ordenó tramitar.

Se rechaza pues este cargo.

IV

Sentencia sustitutiva

Resulta de todo lo expuesto, que por la prosperidad del cargo segundo 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 condenó al pago de intereses moratorios desde el 26 de mayo de 1977, la sentencia que la Corte tiene que dictar como Tribunal de instancia tendrá que limitarse a revocar tal condena, manteniendo las demás disposiciones que trae el fallo recurrido que no fueron impugnadas, y las que, habiéndolo sido, los ataques respectivos 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 14 de febrero de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario, y actuando en sede de instancia.

Resuelve:

Primero. Confírmanse los ordinales primero, segundo, cuarto y quinto de la parte resolutiva de la sentencia apelada, o sea

de la proferida el 18 de agosto de 1980 por el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá en este mismo proceso.

Segundo. Revócase el ordinal tercero de parte resolutiva de esa misma sentencia, y en su lugar se dispone que el demandado sólo debe pagar intereses bancarios comerciales a partir de la ejecutoria de este fallo; y

Tercero. Se condena al demandado a pagar el setenta por ciento (70%) de las costas causadas en el recurso de casación.

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

Horacio Montoya Gil, Amelia Barrera de Gáfaro, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Hernando Tapias Rocha - Salvamento de Voto.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR HERNANDO TAPIAS ROCHA

Bogotá, primero de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro.

El cargo a cuya prosperidad accede la Sala, se estructura en que el sentenciador de segundo grado consideró equivocadamente que el Banco de Colombia se encontraba en mora de pagar la suma de dinero que canceló a persona distinta del beneficiario del cheque, y estimando aplicable al caso el artículo 1608 del Código Civil, conforme al cual cuando la deuda no está sujeta a plazo hay necesidad siempre de requerir al deudor para constituirlo en mora, llega a la conclusión de que, faltando tal requerimiento y no siendo exigible el crédito para el 27 de junio de 1977 por tratarse de crédito incierto, no podía ser condenado el mencionado Banco a pagar intereses moratorios desde aquella fecha, sino a partir de la firmeza de la sentencia de condena.

Estoy en desacuerdo con esa argumentación por las siguientes razones:

1. La acción ejercitada por el demandante se encaminó a que el Banco demandado le repare el daño que sufrió por haber pagado el cheque librado a persona distinta del beneficiario, por no haber atendido el Banco la restricción de la negociabilidad impuesta por el librador dentro del límite propio del cheque cruzado. Esa acción, por consiguiente, es una acción de responsabilidad civil y no una acción de cobro del crédito contenido en el cheque, pues el librador no era beneficiario del cheque ni estaba legitimado en consecuencia para cobrarlo.

2. Como por disposición legal expresa, todo Banco que pague un cheque a persona distinta de quien corresponda conforme a la ley de circulación del instrumento, responde del pago irregular (art. 738 del Código de Comercio) y la acción ejercida por el librador no está destinada a que se le pague el cheque por el Banco librado ya que, como se ha visto, el beneficiario del cheque era persona distinta del librador, obviamente la acción ejercitada por éste para que el Banco le indemnice los perjuicios causados por el pago irregular, no es de cobro del crédito a dinero que resulta del cheque cuando el Banco no paga a la persona legitimada para ello, sino, se repite una acción en responsabilidad civil.

3. Siendo acción en responsabilidad civil, encaminada contra el Banco por el pago irregular del cheque y estando por tanto destinada a que se indemnice al librador los perjuicios que le resultaron de no haber quedado extinguida la deuda que se propuso cancelar precisamente al tercero beneficiario del cheque, me parece evidente que no cabía la posibilidad de que el sentenciador condenara al Banco al pago de intereses pues los intereses son parte de indemnización cuando el crédito que se cobra tiene por objeto dinero, tal como lo señala el artículo 1617 del Código Civil.

4. Si el reconocimiento de intereses previsto en esta disposición para cuando la obligación es de pagar una cantidad de dinero, no es un régimen pertinente en el caso de que el demandante pida la indemnización compensatoria del daño sufrido a consecuencia del pago irregular de un cheque, evidentemente el sentenciador se equivocó al atribuir intereses moratorios a la pretensión del demandante en el proceso.

5. Si se tiene en cuenta, además, que las reglas sobre mora del deudor contenidas en el artículo 1608 del Código Civil, no están previstas para ser aplicadas a los créditos por responsabilidad resultantes de fuentes distintas a las puramente convencionales, me parece también clarísimo que de ninguna manera estaba compelido el demandante a constituir en mora al Banco que pagó irregularmente el cheque, puesto que no le está cobrando en el proceso suma alguna de dinero que le deba el Banco sino pidiendo simplemente que éste le indemnice el daño que le causó por haber pagado ese cheque a persona distinta del beneficiario, impidiéndole con este pago irregular que quedara extinguida la deuda que se propuso cancelar mediante la emisión del instrumento.

6. Como la acción ejercida por el demandante tampoco es de naturaleza contractual pues el derecho a obtener reparación del daño sufrido por el pago irregular del cheque no proviene de violación alguna del contrato de cuenta corriente bancaria sino resulta de la particular naturaleza y estructura de los títulos valores, en mi sentir, nada tiene que ver en el punto lo relativo a la exigibilidad del crédito ni lo atinente a mora del deudor y, por el contrario, la afirmación hecha por la Corte en el sentido de que los intereses se deban a partir de la ejecutoria de la sentencia que accede a la pretensión del demandante, conduce a entender que la sentencia sea de naturaleza constitutiva, cuando la verdad es que el Juez se limita a verificar que se han cumplido en el caso las condiciones establecidas en la ley para tener derecho a la reparación del menoscabo patrimonial sufrido por el demandante en el momento en que ocurrió el hecho dañoso; y por lo tanto, la sentencia es puramente declarativa del derecho cuya tutela impetra el demandante.

7. Como el cargo en casación fue montado sobre la necesidad de que el demandante hubiera requerido previamente al Banco demandado para constituirlo en mora, y la deuda no era de origen convencional sino legal y no tenía por objeto el pago de una suma de dinero sino el reconocimiento de indemnización por el pago irregular del cheque, en mi sentir no podía prosperar por las razones antes dadas ni la prosperidad del cargo puede conducir a que se entienda que esta clase de acciones es constitutiva y no declarativa.

Hernando Tapias Rocha.

TESTAMENTO. Nulidad

No son nulos los testamentos otorgados recíprocamente en escrituras públicas consecutivas en la misma Notaría

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., noviembre siete de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe).

Se entra a decidir por la Corte el recurso de casación introducido por el demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín dentro del ordinario de Julio Restrepo Uribe frente a Carlos Restrepo Arango.

Antecedentes

1. Se dice en síntesis, en la demanda incoativa del proceso, que:

Mariana Restrepo Uribe, por escritura número 7166 del 22 de agosto de 1953, transfirió *en venta*, en favor de Carlos Restrepo Arango, varios inmuebles de su propiedad, los cuales, por escritura número 1823 del 5 de agosto de 1959, fueron devueltos a mismo título por éste a aquélla; habiendo los dos contraído matrimonio católico entre sí el 6 de enero de 1960.

Poco después, el 10 de agosto de 1968, los esposos en mención, "otorgaron testamento recíproco, en la Notaría Primera de Medellín, por escrituras 2503 y 2504, a un tiempo, estando ambos presentes, en un solo acto de última voluntad aunque extendido en las dos escrituras mencionadas".

Luego, mediante escritura número 2526 del 21 de julio de 1961, los mismos bienes objeto de transacciones en 1953 y 1959, fueron traspasados por Mariana a Ismael Hernández, quien, a escasos tres meses, por escritura número 3579 de 17 de octubre de 1961, los transfirió a Carlos.

Los narrados hechos ocurridos antes del 10 de agosto de 1960, en largo, premeditado y paciente proceso, "hicieron fuerza más que suficiente" para llevar a Mariana Restrepo de Restrepo a "otorgar testamento en favor de su esposo que, en reciprocidad, testaría, como lo hizo, simultáneamente, en favor de ella".

Todos los episodios a que se ha aludido, fueron tenidos como ciertos por Carlos Restrepo Arango en interrogatorio de parte.

2. Con fundamento en lo que se acaba de relacionar, Julio Restrepo Uribe, hermano legítimo de Mariana, convocó a Carlos Restrepo Arango para que, con su citación y audiencia en carácter de demandado, se hicieran los siguientes pronunciamientos que resumidamente se presentan:

"Que es absolutamente nulo el testamento" otorgado por los esposos Restrepo Restrepo "en escrituras 2503 y 2504, el 10 de agosto de 1960 en la Notaría Primera de Medellín"; debiéndose disponer en consecuencia, que el Notario las cancele y así mismo que su inscripción sea cancelada en el registro; siendo de cargo del demandado las costas del proceso.

3. El demandado se opuso a la prosperidad de las pretensiones y adelantada la actuación, el juzgado del conocimiento, que lo fue el Sexto Civil del Circuito de Medellín, falló en el sentido de no acceder a los

pedimentos, absolviendo de consiguiente al demandado, con condena en costas para el demandante; decisión que al ser impugnada dio oportunidad a la segunda instancia que fue desatada mediante providencia confirmatoria.

La sentencia impugnada

1. A vuelta de hacer la relación de autos, examina el Tribunal los presupuestos procesales, que encuentra reunidos; para, enseguida, estudiar la legitimación en la causa, por activa y por pasiva, aspecto que así mismo tiene como suficientemente relievado; sin que, de otro lado, advierta nulidad alguna en la actuación.

2. Entra luego a puntualizar consideraciones generales sobre el testamento, a la luz de las respectivas normas del Código Civil que gobiernan tal fenómeno jurídico.

3. Pasa en seguida el sentenciador al enfoque de las súplicas de la demanda, la principal de las cuales toca con la nulidad de la memoria testamentaria recogida en las escrituras 2503 y 2504 del 10 de agosto de 1960; pedimento que se sintetiza en la afirmación de que éstas fueron hechas a un mismo tiempo, estando ambos otorgantes presentes, celebrándose un solo acto, "aunque extendido en las dos escrituras mencionadas".

4. Además, toma nota el *ad quem* de la aseveración del demandante respecto de que la serie de actos realizados por los esposos Restrepo Restrepo, fue factor que contribuyó en "el ánimo de la cónyuge para otorgar testamento en favor de su esposo, testamento que resultó recíproco, otorgado por los esposos entre sí en un mismo acto, aunque en documento diferente".

5. Reseña el Tribunal a continuación los fundamentos del juzgador de primera instancia, como también los alegatos de conclusión de las partes, para entrar de lleno a puntualizar sus apreciaciones, así:

a) Observa, en primer lugar, que el testamento es un acto de una sola persona, como lo han entendido doctrina y jurisprudencia, que no un contrato entre testador y heredero o legatario (Claro Soler, en su tratado de Derecho Civil Chileno, volumen VII - Corte Suprema de Justicia, según citas de Lafont Pianetta en su obra Jurisprudencia Sucesoral);

b) En segundo lugar, ya en cuanto al caso *sub análisis*:

"... el testamento... escritura 2503, de fecha 10 de agosto de 1960, otorgada por ... Mariana Restrepo Uribe de Restrepo... aparece redactado en la hoja de papel sellado Nº E00582762, se utilizó tan sólo esa hoja en anverso y reverso, aparece otorgado ante tres testigos instrumentales... Darío Moreno Q., Roberto Zapata y Aicardo Toro D., una vez finalizado el acto testamentario, extendieron sus firmas, tanto el otorgante, como los tres testigos y el señor Notario, en este acto tan sólo intervino para otorgar testamento únicamente a una sola persona, la señora Mariana Restrepo Uribe de Restrepo, no figura que se hubiera extendido en forma conjunta.

"... es testamento abierto otorgado por Carlos Restrepo Arango... escritura 2504 de 10 de agosto de 1960, en la hoja de papel sellado Nº E005822798, extendido ante el Notario... y ante los testigos instrumentales... Jorge I. Cardona, Aicardo Toro C. y Martín Emilio Isaza, como se observa la hoja de papel sellado es diferente... no existe la menor duda de que se trata de dos actos completamente separados y distintos uno de otro, en forma alguna podrá considerarse que se trata de un testamento conjunto, de un mismo instrumento para que se de la nulidad señalada por el artículo 1059 del Código Civil, aun' más, para darle mayor seriedad a los actos, los testigos instrumentales que intervinieron tanto en el uno como en el otro testamento, son diferentes, a excepción del testigo Aicardo Toro C., que actuó en los dos (fls. 14 y 16, cuaderno principal);

c) "En síntesis, los testamentos mencionados, aparecen otorgados en forma separada..., en forma independiente,..., con sus cláusulas propias...".

La impugnación

1. Un solo cargo se formula en contra de la sentencia, con estribo en la causal 1ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por violación indirecta de la ley, al dejar de aplicar el Tribunal el artículo 1059 del Código Civil, por manifiesto error de hecho.

2. En su desarrollo, arguye el censor que el testamento de Mariana, no obstante las dos escrituras, es conjunto, esto es, otorgado a un mismo tiempo, "hecho que se encuentra sancionado con la nulidad por el artículo 1059 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1117 del mismo estatuto".

3. Como pruebas de lo anterior obran:

Interrogatorio de parte de Carlos Restrepo Arango, escrituras 7166 del 22 de agosto de 1953, 1823 del 5 de agosto de 1959, 2526 del 21 de julio de 1961 y 3579 del 17 de octubre de 1961, que acreditan "el movimiento de traspaso de bienes que se operó entre la causante y el demandado; certificado sobre inscripción del matrimonio celebrado entre aquélla y éste; copias de las escrituras 2503 y 2504, "mediante las cuales se otorgó a un tiempo testamento".

4. A tales elementos de probanza, apunta el recurrente, "no se hizo mención alguna por parte del Tribunal"; a excepción de que por rutina fueron indicadas en el recuento de los fundamentos de hecho, es lo cierto que "en la exposición de motivos del fallo, no se ve por ninguna parte que le hayan merecido consideración" en orden a apreciarlas en conjunto (art. 187, C. de P. C.).

5. El sentenciador "vio" las escrituras del testamento otorgado "a un tiempo", bajo números seguidos, pero se limitó a hacer un recuento de los requisitos del acto testamentario, haciendo de las escrituras "un juicio eminentemente formal, prescindiendo totalmente de una indagación sobre el posible acuerdo en que se fundamentó su creación".

6. Recuerda el censor las disposiciones del citado artículo 1059 y dice que, como lo han expresado doctrina y jurisprudencia, se persigue que el testamento "no sea nunca el producto de un acuerdo" esto es, que "en la voluntad del testador al momento de testar no intervenga fuerza distinta a sus deseos". Así que, agrega, "no puede, pues, el testamento, ser el producto de una convención, porque él es acto de una sola persona"; de donde, si es otorgado "por dos o más personas a un mismo tiempo", y además, "en beneficio recíproco de los otorgantes o de un tercero, es evidente que se trata de testamentos recíprocos o 'cautivos', como también los ha denominado la doctrina".

7. Se refiere en seguida el recurrente al tema de la llamada "unicidad instrumental" que, según el Tribunal, es requisito indispensable para declarar la nulidad prescrita en el artículo 1059 del Código Civil, para criticar que el sentenciador haya entendido que la expresión "a un tiempo" equivale a "un mismo instrumento", cuando lo que la ley quiere es evitar que las "disposiciones testamentarias se conviertan en materia de especulación"; de donde se impone deducir "la unicidad del acto testamentario", su simultaneidad, del hecho de que "estando presentes ambas personas, el mismo día y ante el mismo notario, se instituyen recíprocamente herederas".

8. Y a no dudarlo, agrega la censura, que las pruebas a que se ha aludido en el cargo demuestran "con claridad meridiana que las escrituras números 2503 y 2504... constituyen un acto testamentario celebrado a un mismo tiempo por los otorgantes, producto de un acuerdo previo entre ellos, razón por la cual adolecen de carencia de unilateralidad, son testamentos recíprocos y, por lo tanto, los cobija la nulidad del 1059".

9. Pero si es el propio demandado, recaba el censor, quien acepta que se trata de "un testamento recíproco", de un "acto conjunto que se traduce en dos escrituras", que, en otros términos, "hubo unicidad del acto testamentario".

10. Todos los hechos acreditados, señala el recurrente, "hablan elocuentemente del

largo, premeditado y paciente proceso de cerca de diez años que hizo fuerza más que suficiente en la señora Mariana Restrepo de Restrepo para otorgar testamento en favor de su esposo que, en reciprocidad, testaría, como lo hizo, simultáneamente, en favor de ella".

11. Si el Tribunal hubiera ponderado debidamente las pruebas, en especial las escrituras que recogen las memorias *testamentarias*, no le habría quedado duda respecto de la unicidad del acto, que lo hace nulo de conformidad con el artículo 1059.

Se considera

1. Tiene el censor como fundamento para levantarse en contra de la decisión tomada por el Tribunal, las equivocaciones en que según él incurrió la entidad juzgadora en la contemplación objetiva del caudal probatorio, yerro de hecho evidente y trascendente en tal tarea que hizo desembocar en el quebranto de disposiciones de carácter sustancial, tales como las que señala, esto es, los artículos 1059 y 117 del Código Civil.

2. Arguye, en efecto la censura, que el sentenciador, aunque aparentemente "vio" las pruebas allegadas, haciendo de ellas recuento rutinario, es lo cierto que no las observó correctamente en su conjunto en orden a determinar lo que ellas relievan suficientemente, como lo es la circunstancia de que el testamento, no obstante estar recogido en dos escrituras, es conjunto, recíproco, resultado de un acuerdo previo.

3. Desde luego que el Tribunal, como no escapa de los mismos términos de la impugnación, se percató de los antecedentes en los traspasos de bienes realizados por Carlos y Mariana, y no pasó desapercibido respecto de las particularidades que rodearon el otorgamiento de "los dos testamentos" que no de "un solo acto testamentario" como pretende el recurrente.

4. Precisamente por virtud de los antecedentes y de las circunstancias concomitantes, el *ad quem* se detuvo en el examen ponderado de las normas civiles que tocan con "la ordenación del testamento".

5. *No se ocultó por lo tanto a su entendimiento que el testamento es acto solemne por medio del cual el testador hace disposición de sus bienes con miras a su efectividad* post mortem, *con facultad revocatoria mientras viva, conforme las previsiones del artículo 1055 del Código Civil, según las cuales "es un acto jurídico unilateral, esto es, que solamente necesita la voluntad de una sola persona para producir los efectos que le son propios, su finalidad dispositiva de bienes para después de la muerte del testador" (LXVI - 53).*

6. *Según decir de la Corte en el mismo pronunciamiento suyo que se acaba de traer a cita, los indicados son elementos esenciales del testamento que, ciertamente, de fallar, lo desnaturalizarían condenándolo a la ineficacia.*

7. *Tal voluntad exclusiva y excluyente del testador, no solamente aparece consignada en el ordenamiento legal en comento, sino que es principio expresamente reiterado en el artículo 1059 de la misma obra:*

"El testamento es un acto de una sola persona.

"Serán nulas todas las disposiciones contenidas en el testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sea en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona".

8. *Pero la prohibición, so pena de nulidad, de otorgar testamento por dos o más personas "a un tiempo", ya sea en beneficio recíproco o de un tercero, no puede tomarse en el sentido tan restringido que les confiere el recurrente; sino que ha de entenderse que lo vedado por la ley es testar en el mismo acto, conjuntamente, realizándose en el mismo escrito el acuerdo, la reciprocidad en las cláusulas dispositivas.*

9. *A propósito ha dicho la Corte:*

"Al decir el inciso 1º del artículo 1059 del Código Civil que 'testamento es un acto de una sola persona', no quiere significar que en su ordenación solamente debe intervenir el testador. Tal disposición se refiere al caso en que en un mismo instrumento tes-

ten dos o más personas, o sea que cada una de ellas disponga de sus bienes; pues el inciso 2º no es sino la explicación del principio consignado en el inciso 1º (XXVII, 24 y LXXVI, 660).

10. Luego, no es descaminada la inteligencia que de las pruebas hizo el *ad quem*, incluido dentro de este acervo el interrogatorio de parte del demandado; ya que si bien éste ante una pregunta que se le formuló contestó que las escrituras 21503 y 2504 habían sido expedidas "a un mismo tiempo delante de los mismos testigos" y que contenían esas escrituras "el testamento recíproco" entre él y su esposa, es lo cierto que su respuesta no se compagina con la realidad de la misma prueba escrituraria, la que su dicho no puede desvirtuar.

11. Porque, como lo entendió el sentenciador, *las mismas escrituras a que se refiere la contestación del demandado pregonan que no se confunden en un solo acto, que tienen su individualidad propia, que no fueron otorgadas al tiempo, sino en momentos distintos así hubieran sido consecutivos, y frente a testigos diferentes, puesto que entre ellos solamente fue común uno en los dos actos testamentarios.*

12. Así que no concurren los presupuestos que, a la luz del artículo 1059 del Código Civil, hacen que el otorgamiento de un testamento sea sancionado con nulidad.

13. Tampoco cabe dar entrada al precepto del artículo 1117 de la misma obra. De un lado, porque nada indica que Mariana Restrepo hubiera testado movida por un error; determinada su voluntad por largo y premeditado proceso gestado en busca de su inclinación en orden a favorecer a su cónyuge. Y de otro lado, porque ninguna de las cláusulas de su testamento contiene asignación alguna captatoria, esto es, sometida a condición de que el asignatario a la vez la tenga como tal en el momento de testar. De ahí que, en lo que se refiere a este último aspecto, haya sentado la Corte *que la prueba de la disposición de tal especie, a que se subordina el acto testamentario "no podrá producirse fuera del mismo testamento y de modo distinto a una manifestación expresa de su otorgante" (LXXVI, 659).*

14. *En la misma sentencia que se acaba de aludir (31 de octubre de 1953), dijo la Corte, en caso semejante al del evento de esta litis:*

"No sobra agregar que el expositor citado (se refiere a Don Fernando Vélez) dice en su comentario al artículo 1059 del Código Civil, que tiene nexos con el 1117: 'Así es que entre nosotros no pueden reunirse dos personas, como marido y mujer, para otorgar un solo testamento en que se instituyan mutuamente heredera la una de la otra. Si quieren hacer esa institución, cada una tiene que otorgar su testamento aparte, y la que sobreviva a la otra será la heredera'. Esta opinión es sumamente importante porque presupone el caso de convenios previos de los cónyuges sobre mutua institución hereditaria, que no violan el artículo 1117 del Código Civil. Mientras la condición no conste en uno de los testamentos, o en ambos. De esta suerte, la confesión que en posiciones hizo la señora de Merlano (en el caso de este pleito el demandado Restrepo) diciendo ser cierto que ella y su marido resolvieron instituirse herederos mutuamente antes de los testamentos de 1923 (aquí de 1960), no vicia de nulidad esas disposiciones, que por otra parte son muy explicables entre cónyuges de larga vida en común, sin hijos que llegaren a heredarlos, que es lo manifestado en las respectivas memorias testamentarias".

15. De todos modos, dada la complejidad del asunto, difícil resulta advertir que el Tribunal hubiera incurrido en yerro fáctico evidente; que, como tiene por averiguado la doctrina jurisprudencial, es aquél que surge de bulto, a simple vista, que brilla al ojo, sin que sea menester acudir a más o menos complicadas lucubraciones para descubrirlo.

16. Si no se estructura error de hecho manifiesto, protuberante, en la contemplación objetiva de los elementos probatorios, quiere decir que no es dado predicar que

hubieran sido quebrantadas las normas sustanciales que señala la censura.

Viene, pues, de lo dicho, que el cargo es inane.

Decisión

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 recurrida a que se ha hecho mérito.

Se condena en costas al recurrente.

Cópiese y notifíquese.

Horacio Montoya Gil, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Hernando Tapias Rocha.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

PATERNIDAD NATURAL. Transacción

No se puede confundir la cesión de un derecho de herencia con la transacción de un pleito. No se puede transigir sobre el estado civil, pero sí sobre sus efectos patrimoniales. Una cosa es el escrito de transacción o de desistimiento y otra el auto que los acepta

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., noviembre nueve de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, fechada el 21 de junio de 1982, por la cual confirmó la de primera instancia dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Chinchiná el 16 de septiembre de 1981, la que declaró a la demandante como hija natural de Ernesto Mejía Palacios con las consecuencias sucesoriales de rigor.

La aquí demandante deprecó acción de *filiación natural* contra la señora Laura Jaramillo de Mejía en su calidad de cónyuge *superstite* del presunto padre Ernesto Mejía, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Manizales. Admitida la demanda por auto de 29 de julio de 1974 y antes de correrla en traslado a la demandada, las dos únicas personas interesadas suscribieron un memorial junto con sus apoderados en virtud del cual la actora desiste de la acción como consecuencia de una transacción consistente en la entrega por la cónyuge sobreviviente de la cantidad de $ 60.000.oo. Por auto de 19 de agosto de 1974 se aceptó el desistimiento y se ordenó archivar el expediente.

El 23 de noviembre de 1976, es decir, más de dos años después de concluido el proceso de filiación, la misma demandante confiere poder a un abogado para que promueva la nulidad del auto de 19 de agosto de 1974, aquél en virtud del cual se aceptó el desistimiento. En el libelo se dan 4 argumentos para deprecar la nulidad: a) Que el apoderado para el proceso de filiación no tenía facultad para desistir; b) Que los apoderados no presentaron personalmente el memorial de desistimiento; c) Que la transacción no se ajustó a lo preceptuado en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil y d) Que si hubo venta de derechos herenciales de la demandante a la demandada debía haberse hecho constar por escritura pública. El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Manizales, ante quien se elevó la solicitud, se abstuvo de resolver "en virtud de que el proceso a que se refiere el memorialista se encuentra legalmente concluido ...". Así las cosas, Amanda Vallejo deprecó un tercer proceso ante el Juzgado Civil del Circuito de Chinchiná en el cual insistió en su planteamiento de nulidad del auto de 19 de agosto de 1974, dictado por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Manizales. Tal proceso terminó con sentencia de 13 de marzo de 1980, en cuya parte resolutiva el Juzgado dispuso: "1º *Declarar nulo, de nulidad absoluta* el auto proferido por el Juzgado Cuarto Ci-

vil del Circuito de Manizales el día diecinueve (19) de agosto de mil novecientos setenta y cuatro (1974), por medio del cual se aceptó el desistimiento de la acción, basada en una transacción de las partes, en el *proceso ordinario de filiación natural* instaurado por la señora Amanda Vallejo de Ceballos, por intermedio de apoderado contra la representante legal de la sucesión testada del señor Ernesto Mejía Palacio, se ordenó la terminación del mismo y su archivo, conforme a los artículos 16, 2473 y 1741 del Código Civil y por lo dicho en la parte motiva. 2º Como consecuencia, *ordenar* que el proceso referido en el numeral anterior debe retrotraerse al estado en que se encontraba al momento de presentarse el escrito de desistimiento...". Producida la anterior sentencia de primera instancia, que, al parecer, no fue recurrida, se le comunicó lo decidido al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Manizales mediante despacho número 237, recibido el cual dio lugar al auto de 6 de junio de 1980, por el cual se ordenó enviar el expediente contentivo del proceso de filiación al Juzgado Civil del Circuito de Chinchiná "para los fines legales correspondientes". Llegado el expediente a la dependencia últimamente citada, ese Juzgado dictó un auto por el cual avocó el conocimiento de ese proceso, el que concluyó en primera instancia por sentencia que apelada dio lugar a la de segunda que ahora se cuestiona en casación por la parte demandada. Tanto el fallo del *a quo* como del *ad quem* declaran la filiación natural impetrada con efectos patrimoniales en favor de la hija natural con modificación del testamento otorgado por el presunto padre natural.

La casación

Varios cargos formula el recurrente contra la sentencia acusada, de los cuales se estudiará en primer lugar el que se refiere a un error de procedimiento. Se fundamenta en la causal quinta de casación por estimar el censor que en el proceso que se inició ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Manizales y se continuó ante el Juzgado Civil del Circuito de Chinchiná se incurrió en dos de las causales de nulidad de que trata el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, a saber: Ausencia de competencia en el Juzgado de Chinchiná para continuar un proceso que tenía, y tiene, según el casacionista, competencia privativa radicada en el Juzgado de Manizales, de conformidad con la causal 2ª. Y haber revivido un proceso legalmente terminado, según la causal 3ª del mismo artículo.

En relación con la causal de nulidad fundada en la competencia privativa del Juzgado de Manizales y la falencia de la misma en el Juzgado de Chinchiná, los planteamientos del casacionista son valederos y pueden resumirse así: El Juzgado de Manizales tenía y tiene competencia privativa, que excluye la del domicilio de la demandada, por cursar en ese Juzgado el proceso de sucesión de Ernesto Mejía P.; cuando el Juzgado de Manizales dispuso enviar el proceso al Juzgado de Chinchiná, sin haberlo ordenado así el fallo que declaró la nulidad del auto que aceptó el desistimiento, desconoció el principio de la *perpetuatio jurisdictionis* que consagra el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil; el Juzgado de Manizales, en consecuencia, no ha perdido la competencia que inicialmente ejerció al aceptar la demanda y ordenar su traslado a la demandada, motivo por el cual además del 21 se violaron los artículos 6 y 13 *ibídem*; corolario de todo lo anterior es que por tener el de Manizales competencia funcional privativa, el de Chinchiná carece de ella, dando lugar a la nulidad del mismo. Pero no obstante la validez de los razonamientos que se dejan resumidos, necesario es aceptar que el opositor también tiene plena razón cuando advierte que: "El proceso de filiación natural se retrotrajo al traslado de la demanda, la cual fue contestada por la demandada y no hay ninguna actuación dentro de este proceso que nos indique que dentro de las oportunidades legales se hubiera propuesto excepción alguna por incompetencia del juez. ¿Cómo se pretende ahora alegar tal nulidad en casación siendo que no se alegó oportunamente con anterioridad? O sea que convalidó la pretendida nulidad en caso de que aquélla hubiera existido". Ciertamente, siendo la falta de competencia de

un juzgador una causal de nulidad subsanable, a la luz de lo dispuesto en el artículo 156 del Código citado, no puede invocarse válidamente en casación cuando resultó tácitamente convalidada por no haberse alegado en las instancias.

En relación con el argumento según el cual se revivió un proceso legalmente terminado, el casacionista plantea la tesis de que lo que el Juzgado de Chinchiná decretó en la sentencia de 13 de marzo de 1980 fue una nulidad procesal, la del auto de 19 de agosto de 1974, pero no una nulidad sustancial de los negocios jurídicos de transacción y desistimiento; que, por tanto, éstos conservan su plena validez e independientemente del auto anulado tienen por sí solos la virtud de dar por terminado el proceso de investigación de la paternidad; que, finalmente, como consecuencia del auto anulatorio se revivió el proceso de investigación de la paternidad, terminado por transacción y desistimiento y, por tanto, se incurrió en la causal de nulidad contemplada en el numeral 3 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

Para el cabal entendimiento del despacho del presente cargo debe tenerse muy en cuenta que la nulidad del auto de 19 de agosto de 1974, dictado por el Juzgado de Manizales, que fue decretada por el Juzgado de Chinchiná, en sentencia de 13 de marzo de 1980, no es, no puede ser objeto del presente proceso. Se trató de un ordinario que ya terminó. Esa circunstancia inhibe a la Corte para pronunciarse sobre si un Juzgado puede en proceso ordinario anular un auto dictado por otro Juzgado de igual categoría en otro proceso. Y mucho menos para sopesar las razones dadas para tal anulación. Se parte de la base de que esa sentencia de 13 de marzo está amparada por presunción de legalidad. Así las cosas, anulado el auto que aceptó un desistimiento, el primer proceso en el cual se dictó la providencia anulada quedó vigente y era del caso continuarlo. En párrafo precedente se explicó ya cómo no hay motivo válido para haberle cambiado de radicación y cómo, a pesar de ello, no hay lugar a la nulidad. Pues bien, reiniciado el trámite de filiación con petición de herencia, es lo cierto que el memorial de transacción y desistimiento quedó obrando en el expediente sin pronunciamiento alguno en ese proceso, toda vez que el que se hizo inicialmente fue anulado en otro. La falta de decisión respecto de un memorial es evidentemente una irregularidad, pero no necesariamente causal de nulidad. De otra parte, no se configura el fenómeno de la terminación anormal del primer proceso por desistimiento, toda vez que lo que pone fin anormalmente no es el desistimiento en sí mismo sino el auto que lo acepte. Así lo dispone la parte final del segundo inciso del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, que reza: "El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos que aquella sentencia". El auto aceptando el desistimiento existió, pero como fue anulado, equivale a que no fue dictado nunca. Y siendo ello así, como en efecto lo es, el primer proceso no ha terminado. Consecuencia de lo anterior es que mal pudo haberse revivido. Y si el proceso no se revivió, en modo alguno se tipifica la causal de nulidad contemplada en el numeral 3º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil que el recurrente pretende se declare. Amén de que debe advertirse que esta posible nulidad no fue jamás planteada en el proceso que continuó una vez anulada la providencia que aceptó el desistimiento, como ha debido serlo en las instancias.

Fluye de lo anterior que este primer cargo no puede prosperar.

Segundo cargo. Se fundamenta en la causal primera y se hace consistir en la violación de los artículos 4 y 23 de la Ley 45 de 1936; 6, 9 y 10 de la Ley 75 de 1968; 6, 16, 92, 1321, 1322, 1239, 1243, 1502, 1523, 1524, 1525, 1526, 1740, 1741, 2473, 398, 399 del Código Civil, por indebida aplicación; 15, 1618, 2469, 2470, 2483, 2484 y 2485 del Código Civil; y 228, 251, 252, 258, 279, 306, 340 y 342 del Código Civil por falta de aplicación, como consecuencia de los errores de hecho en la estimativa probatoria que se puntualizan así: El Juzgado de primera instancia declaró probada la filiación natural por relaciones sexuales notorias y estables entre los presuntos padres y por posesión

notoria del estado de hija. El Tribunal encontró que no existía prueba de las relaciones sexuales y concretó el examen probatorio a la posesión notoria. El casacionista, luego de transcribir lo dicho por los diferentes testigos pasa a criticar la apreciación de los mismos. El primero que entra en la censura es el testigo Jesús Antonio Muñoz, quien declaró: "Yo vivía en la casa de misiá Helena Vallejo, hija de Sara Vallejo, yo vivía en una piecita de la casa de Helena, yo trabajaba ahí mismo, en la casa repisas y otras cosas y don Ernesto visitaba mucho a la niña Amanda Vallejo, la cargaba, pues era chiquita, y era feliz con ella. Don Ernesto entraba a la casa y cargaba a la niña que era de Helena Vallejo, y don Ernesto era el papá de Amanda ... La niña era su alegría ...". El casacionista afirma en la censura: "Aquí no surge hecho alguno de posesión notoria". ¿Será eso cierto? Evidentemente no. La posesión notoria fundamentalmente es una conducta, un comportamiento. La sencillez del declarante deja traslucir, en su lenguaje, el cariño con que Ernesto Mejía trataba a Amanda. ¿Ese trato no es por ventura uno de los elementos de la posesión notoria?

Posteriormente el casacionista se limita a transcribir apartes de los testimonios de Arcesio Londoño Jaramillo, José Antonio Guzmán, Humberto Ceballos Patiño, José Aníbal Zapata y José Dorancé Henao; del primero comenta, con razón, que su dicho tipifica una confesión extrajudicial, pero es que la posesión notoria también puede acreditarse por el dicho de una persona, evidentemente esa sola prueba no basta, pero es lo cierto que el fenómeno de la posesión notoria, del comportamiento, queda incluido en lo que la persona diga sobre cierto asunto a sus amigos y allegados. Respecto de los demás testigos únicamente cita sus declaraciones pero no precisa el posible error de hecho en que hubiese podido incurrir el Tribunal. El error de hecho en la apreciación de las pruebas hay que alegarlo y demostrarlo con tal vigor, que surja con fuerza apodíctica del análisis del casacionista. Es evidente que la simple transcripción de unas declaraciones, sin comentario alguno, no permite inferir el supuesto error de hecho.

Precisamente, del conjunto de testimonios construye el Tribunal la posesión notoria, para, a la vez, confirmar la sentencia del *a quo*. Todas las declaraciones fueron recepcionadas dentro del proceso, es decir, dentro del amplio campo de contradicción y confrontación. Y en varias de ellas, se apoya para convenir en la condición de hija extramatrimonial de la causante. Mal puede, entonces, arrebatársele el valor probatorio que el *ad quem* le imprimió a los testigos, con la simple transcripción de las declaraciones. El poder de convicción en el juzgador juega un papel importante en la inteligencia del debate probatorio y, obviamente, de las conclusiones que muestra sobre el particular. A lo largo de la sentencia de segundo grado, se hace visible las apreciaciones sobre la posesión notoria. Y el recurrente, se ha de repetir, no patentiza los errores de hecho en que incurrió el Tribunal en la verificación de los hechos constitutivos de la mencionada posesión, pues el *ad quem* encontró signos externos de calificación de la paternidad natural, que el censor no pudo desvirtuar en el cargo. El conjunto de personas que declararon fueron claras, a juicio del Tribunal, para demostrar la posesión alegada. Y esa apreciación resulta inatacable, ahora en casación.

Ninguna trascendencia tiene el documento o escrito de transacción y de desistimiento frente a la posesión notoria, puesto que no es dable inferir relación alguna. Cuando se transige se procura, como se ha dicho a lo largo de esta providencia, precaver un litigio o terminarlo, pero no necesariamente reconocer los alcances de las pretensiones ni la posición de los demandados. De encerrar toda transacción una consideración en tal sentido impediría cualquier operación o negocio sobre el particular, por el riesgo de aceptación de cualesquiera de los supuestos actuales o futuros en controversia. La transacción debe ser analizada y estudiada alrededor de los rasgos propios de su contenido negocial, con las implicaciones derivadas de las declaraciones que las mismas partes hayan queri-

do imprimirle. Además, la posesión notoria del estado de hijo natural surgen del trato y la fama, los que se traducen de la relación del padre ante el hijo, como tal, como el haber atendido la subsistencia, educación, establecimiento, presentación, durante cinco años continuos por lo menos, que no se recoge de un contrato de transacción como el que se ha aportado al proceso. Este, insiste la Corte, sólo sirve de prueba de la voluntad de los contratantes, en la medida que reúna todos los requisitos para una declaración válida, mas no para acreditar la posesión notoria.

En cambio, como quedó dicho, la posesión notoria está demostrada por los testimonios aportados, y los cuales el Tribunal les imprimió todo el valor de convicción requeridos.

El cargo, pues, es impróspero.

Tercer cargo. Se fundamenta en la causal primera, por haber violado indirectamente las siguientes normas: Por aplicación indebida los artículos 6, 16, 92, 1321, 1322, 1239, 1243, 1274, 1275, 1502, 1524, 1523, 1526, 1740, 1741, 1742, 2473 del Código Civil, infracción proveniente de las siguientes fallas probatorias: "*Primero:* Erró de hecho el Tribunal en forma ostensible y manifiesta al desconocer el contenido ostensiblemente válido del documento presentado por las partes en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Manizales, de fecha 16 de agosto de 1974, cuyas firmas de la demandante y de la demandada se hallan reconocidas ante notario y que tiene la constancia secretarial de haber sido presentado personalmente por los apoderados y que obra en el folio 10 del cuaderno primero y en el cual se lee: 'Muy respetuosamente manifiesto que desisto de la acción, por transacción que directamente hizo mi mandante con la señora Laura Jaramillo de Mejía, como representante legal de la sucesión, y que consistió en que está, por el supuesto derecho que le pudiera corresponder, como presunta hija natural del causante, le paga la suma de sesenta mil pesos ... sin lugar a reclamación de ninguna naturaleza, ni a petición de herencia, ni a ninguna acción que se pudiera originar en tal vínculo' ". "*Segundo:* Erró de hecho el Tribunal al no percatarse que las pretensiones segunda, tercera y cuarta de la demanda, visibles en el folio 7 vuelto del cuaderno 1º, se refieren a aspectos patrimoniales, relacionados con la petición de herencia, no cobijados por la prohibición legal de transigir ni de desistir sobre ellos".

Se considera

Es evidente que en la sentencia de 13 de marzo de 1980 del Juzgado de Chinchiná, en su parte resolutiva se decretó la nulidad del auto de 19 de agosto de 1974. Ahora bien, *el auto que acepta un desistimiento es diferente del desistimiento. El auto que acepta una transacción, es diferente de la transacción. El desistimiento y la transacción son negocios jurídicos, vale decir, declaraciones de voluntad encaminadas a producir efectos jurídicos lícitos. Los autos que aceptan uno y otra son providencias del Juez. Estas son la consecuencia de aquéllos. Por tanto, una cosa es la nulidad procesal de las providencias y otra muy distinta la nulidad sustancial, absoluta o relativa, de los negocios jurídicos que le sirvieron de causa. Visto lo anterior es menester concluir que evidentemente lo que ha sido declarado nulo es la providencia que aceptó el desistimiento, pero éste y la transacción están incólumes, y el documento contentivo de tal acuerdo de voluntad obra en el proceso. Era, pues, necesario que el fallador de segundo grado lo apreciase para darle valor o para declarar la nulidad sustancial si ella fuere absoluta. Nada de esto hizo el Tribunal. Simplemente lo pasó por alto.* El error que el casacionista le imputa a la sentencia acusada está, pues, probado.

No se puede confundir la cesión de un derecho de herencia con la transacción de un pleito en el que se discuten derechos que puedan tener relación con aquél. La primera exige solemnidad, puesto que por mandato del artículo 1857 del Código Civil se debe extender a todo acto jurídico de disposición de derechos hereditarios que no es otra que la escritura pública. La segunda, en cambio, ante la controversia, que no supone la afirmación y calificación

de una cesión de derecho hereditario sino en vía de su precisión judicial, permite que el negocio que se recoja de la transacción no esté sujeto a la formalidad de la escritura pública. No es lo mismo, pues, disponer de un derecho de herencia, sobre la base de una sucesión presente, que los derechos que le puedan corresponder si logra un reconocimiento en tal sentido. El que compra, permuta, aporta en sociedad, o de cualquier manera onerosa o gratuita cede un derecho de herencia, debe cumplir no como supuesto ad probationem *sino* ad solemnitatem, *la formalidad impuesta por la ley sustancial.*

Entonces, la transacción sí puede convenirse sin la formalidad de la escritura, puesto que la expresión de la voluntad va dirigida a precaver un litigio o a terminar uno pendiente, mediante la concesión o afectación patrimonial recíprocas de las partes intervinientes en el negocio. Empero, quien pretende un reconocimiento como hijo natural, durante la etapa o trámite del proceso, renuncia a la acción de filiación, no procede su aceptación, por no ser susceptible de una manifestación de voluntad válida. Ahora bien, si se desiste del pleito, y, con esa declaración, se cobijan, también, los derechos patrimoniales que pudieran derivarse de un reconocimiento posterior, sí ha de producir frente a estos plenos efectos, porque procede la separación de un acto con el otro. Transigir sobre la calidad de hijo es quebrantar la noción elemental del carácter irrenunciable de este derecho. Pero no así en cuanto a los alcances estrictamente patrimoniales, que se pueden negociar por medio de la transacción sin necesidad de escritura pública, pero siguiendo las reglas de los artículos 2469 del Código Civil.

La transacción, pues, alrededor de las consecuencias económicas resultantes de la acción de filiación con petición de herencia, se admite, por encuadrarse en el marco de los derechos patrimoniales. Si se transige por una determinada suma de dinero, que en el caso en estudio es de sesenta mil pesos, a cambio de una renuncia amplia a reclamar cualquier efecto de la sucesión, en lo que atañe a este propósito volitivo se debe admitir su fuerza vinculante entre los celebrantes del negocio jurídico en mención, con el criterio de que si un contrato contiene varias cláusulas que puedan subsistir en forma independiente, el vicio de una no puede ser motivo para la nulidad de todo el acto.

En esas condiciones, si el Tribunal hubiera reparado que con el escrito de desistimiento también se había realizado una transacción y que la nulidad decretada recayó sobre el auto que admitió el desistimiento y que por tanto retrotrajo la actuación a ese evento procesal, no habría desconocido el alcance del negocio transaccional en lo atinente a los efectos patrimoniales, puesto que el acto era complejo, por comprender una parte sobre la filiación natural, que, en verdad, era innegociable e indesistible y por la otra la de petición de herencia que sí podía ser objeto de una declaración de voluntad válida. Es decir, al escrito de desistimiento, contentivo de la transacción en esos dos aspectos, se le debía hacer producir la eficacia negocial en la renuncia patrimonial. Por eso, el Tribunal incurrió en el error de no haber apreciado la transacción, prueba importante de la renuncia a los derechos patrimoniales.

De haberlo hecho la conclusión hubiera sido diferente: por un lado analizar los alcances del reconocimiento de hija natural en la demandante, de acuerdo con la decisión del a quo, *que obligaba a su estudio ante el carácter de irrenunciable e intransigible, pero por el otro, le obligaba a estudiar y precisar los efectos del escrito de desistimiento a la luz de los efectos económicos, que le impedía entrar a resolver sobre ellos.* Al no hacerlo la falla probatoria fue grave, ostensible y trascendente, que de no haber tenido ocurrencia la decisión final hubiese sido otra.

Algo más: *si se ofrece la nulidad del contrato de transacción en lo que atañe a la acción de filiación natural no se puede hacer extensiva a las otras declaraciones de voluntad allí contenidas si se pueden dividir, como ocurre en el asunto* sub exámine, *que son válidas, como sucede con los efectos patrimoniales.*

El cargo, por tanto, ha de prosperar.

Sentencia de instancia

Las razones dadas para despachar, acogiéndolo, el segundo cargo, y desechando el tercero, sirven de sustento a la sentencia de reemplazo. Empero, debe rectificarse el criterio expuesto en un párrafo de la sentencia de primera instancia objeto de la apelación, según el cual si la transacción fue nula en cuanto a la acción de filiación natural, o sea sobre un estado civil, lo es nula en todo. El artículo 1593 del Código Civil consagra el principio de que una cláusula puede ser nula pero no por ello es nulo todo el contrato. Hay que tener en cuenta si lo nulo es lo principal, caso en el cual también lo será lo accesorio. O si el objeto de la obligación que nace del contrato, o sea la prestación, es divisible o indivisible. Siendo la acción de filiación separada y divisible de las consecuencias patrimoniales de la misma, es nula la transacción que se realice sobre el estado civil, pero válida la que verse sobre sus aspectos patrimoniales.

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,

Resuelve:

1. *Casar la sentencia objeto del recurso extraordinario.*

2. Obrando en sede de instancia, *revocar* la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Chinchiná, el 15 de septiembre de 1981 en cuanto a los derechos herenciales de la hija natural reconocida, aspectos contenidos en los numerales, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º.

.3. Declárase nula, de nulidad absoluta, por objeto ilícito, la transacción contenida en el documento que obra al folio 10 del cuaderno principal, en cuanto se refiere al estado civil pero válido en cuanto hace relación a sus consecuencias puramente patrimoniales.

4. Confírmanse los numerales 1º y 2º de la sentencia apelada en cuanto hizo el reconocimiento de la filiación y ordenó inscribir la correspondiente partida.

5. Como ha prosperado una pretensión pero fracasado otra, no se hace condenación en costas en ninguna de las instancias.

6. Sin costas en casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Horacio Montoya Gil, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Hernando Tapias Rocha.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

EXEQUATUR

Requisitos para que las sentencias y laudos proferidos en el exterior puedan tener cumplimiento en Colombia. Sistema combinado de reciprocidad diplomática con la legislativa

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., noviembre veintiséis de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Procede la Corte a decidir sobre la solicitud de *exequatur* formulada por Lucy Guzmán Reyes respecto de la sentencia de 21 de febrero de 1975, pronunciada por el Tribunal Superior del Condado de Marión, del Estado de Indiana, de los Estados Unidos de América (U.S.A.).

Antecedentes

I. Por demanda presentada en la Secretaría de la Corte el 3 de octubre de 1983, solicitó la mencionada Lucy Guzmán Reyes que se concediera el *exequatur* a la sentencia de 21 de febrero de 1975, dictada por el Tribunal antes dicho y por la cual se decretó la *disolución* del matrimonio celebrado entre la libelista y Humberto Hernández, se le adjudicaron algunos bienes a la actora, entre ellos un inmueble ubicado en la ciudad de Bogotá y, por demás, se condenó al demandado a pagar la suma de veinticinco dólares semanales "por cada uno de los hijos menores" para su sostenimiento.

II. Como hechos en los cuales apoya la demandante sus pretensiones, refiérense los siguientes:

a) Que contrajo matrimonio con Humberto Hernández el 13 de mayo de 1967, en el Estado de Indiana, Condado de Marión, de cuya unión nacieron sus hijos Alexander e Iván, de 16 y 13 años, respectivamente;

b) Que con motivo de la sentencia de 21 de febrero de 1975 proferida por el Tribunal Superior del Condado de Marión, se disolvió el matrimonio y a la demandante se le adjudicaron en propiedad "todos los títulos, derechos e intereses del automóvil Oldsmobile 98, 1967; artículos, utensilios y efectos personales y la propiedad del inmueble ubicado en la calle 2 F Nº 40-63 de Bogotá Colombia". Igualmente se condenó al demandado a pagar la suma de veinticinco dólares "semanales de mantenimiento, para cada uno de los menores".

III. En escrito posterior la referida Lucy Guzmán Reyes concreta el *exequatur* a las decisiones tomadas por el Tribunal del Condado de Marión respecto de la pensión alimentaria y de la adjudicación del inmueble situado en la ciudad de Bogotá.

IV. Al haber expresado la libelista, bajo la gravedad del juramento desconocer el domicilio, la residencia y el lugar de trabajo del demandado, se le emplazó con sujeción a las disposiciones legales pertinentes y como no compareciera en la debida oportunidad, se le proveyó de curador *ad lítem*, quien respondió en el sentido de atenerse a lo que resultare probado y de observar que de todos modos se debe establecer la reciprocidad diplomática o legislativa.

V. Por auto de 29 de marzo y con respaldo en los artículos 405 y 495, se abrió el

proceso a pruebas por el término ordinario de 20 días y uno extraordinario de tres meses, decretando en él las solicitadas, y de oficio dispuso incorporar copia auténtica y debidamente traducida del proceso de disolución del matrimonio, así como de otros documentos.

VI. Más adelante, vencido ya el término probatorio se insistió en que se demostrara la reciprocidad legislativa.

VII. Surtidos los traslados para alegar y, por ende, agotada la tramitación del proceso de *exequatur*, la Corte procede a decidir.

Consideraciones

1. *Ha sostenido la doctrina de la Corporación que las sentencias extranjeras y otras providencias que revisten tal carácter, pronunciadas en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, así como los laudos arbitrales proferidos en el exterior, pueden tener cumplimiento en Colombia, si se sujetan a las exigencias siguientes: a) que no versen sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió; b) que no se oponga a las leyes, y otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento; c) que se encuentre ejecutoriada la sentencia de conformidad con la ley del país de origen y se presente en copia debidamente autenticada y legalizada; d) que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos; e) que en Colombia no exista proceso en curso, ni exista sentencia ejecutoriada de los jueces nacionales sobre el mismo asunto; f) que si la sentencia se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen; g) que se cumpla con el requisito del* exequatur *art. 694, C. P. C.).*

2. *Igualmente ha sostenido la jurisprudencia que para la concesión del* exequatur *en Colombia de las sentencias o laudos arbitrales pronunciados en país extranjero, fuera de los requisitos dichos, se requiere demostrar, como lo declara la ley, la reciprocidad diplomática combinada con la reciprocidad legislativa, en cuanto expresa el artículo 693 del Código de Procedimiento Civil que "las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas en un país extranjero en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia".*

3. *Según los alcances del artículo 693 antes transcrito, se tiene que en Colombia, en materia de* exequatur, *se acogió el sistema combinado de reciprocidad diplomática con la legislativa, lo cual se traduce en que prioritariamente debe atenderse a las estipulaciones de los tratados que haya celebrado Colombia con el Estado de cuyos jueces provenga la sentencia que se pretenda ejecutar en nuestro territorio nacional; a falta de derecho convencional, se impone, entonces, acoger las normas de la respectiva ley extranjera para darle al fallo la misma fuerza concedida por esa ley a las sentencias proferidas en Colombia por sus jueces.*

4. *Sobre el particular tiene sentado la jurisprudencia de la Corte, lo siguiente:*

"Debe atenderse en primer lugar a las estipulaciones de los tratados que haya celebrado Colombia con el Estado de cuyos jueces provenga la sentencia que se pretenda ejecutar en nuestro territorio nacional; y en segundo lugar, a falta de derecho convencional, se acogen las normas de la respectiva ley extranjera para darle al fallo la misma fuerza concedida por esa ley a los proferidos en Colombia.

"De manera que, cuando no hay tratado público, es indispensable que quede demostrado en el proceso respectivo que la ley del país, donde fue dictada la sentencia que pretende ejecutarse en Colombia, les da el mismo valor a las sentencias de los jueces nacionales colombianos, o sea, que éstas admiten ejecución allí. Lo cual significa que en tal supuesto es menester acreditar, en la forma indicada por el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, la vi-

gencia de la ley extranjera que establezca la reciprocidad en tal sentido" (Cas. Civ. de 14 de abril de 1975, CLI, pág. 69; 7 de noviembre de 1975, no publicada; 17 de mayo de 1978, CLVIII, pág. 78).

5. A pesar del amplio término probatorio y de encontrarse en mucho vencido, la parte interesada sólo demostró la inexistencia de tratado entre Colombia y los Estados Unidos, pero no se adujo prueba alguna sobre la reciprocidad legislativa. Tampoco se demostró que el fallo cuyo *exequatur* se pretende se encuentre ejecutoriado, pues con la simple declaración o manifestación que en el punto hizo el apoderado de Lucy Guzmán en la causa de disolución del matrimonio, no es elemento aceptable, en nuestro medio, para demostrar tal hecho, ni se comprobó que en la legislación de los Estados Unidos así se establece. Igualmente no se incorporó al proceso de *exequatur* copia de la actuación adelantada por la mencionada Lucy contra Humberto Hernández ante el Tribunal del Condado de Marión, lo cual, ante la ausencia de prueba de la ejecutoria, era indispensable para establecer si se cumplió con el requisito de la debida citación del demandado conforme a la ley del país de origen.

6. Ante tales deficiencias probatorias, es de concluir que la solicitud de *exequatur* no se abre paso.

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 concede el exequatur* a la sentencia pronunciada el 21 de febrero de 1975, por el Tribunal Superior del Condado de Marión, Estado de Indiana, de los Estados Unidos.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Horacio Montoya Gil, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén - Ausente por comisión oficial, *Alberto Ospina Botero, Hernando Tapias Rocha.*

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

PERTENENCIA

El Curador que lleva la representación de las personas indeterminadas no tiene la representación de quien es poseedor inscrito, cuya no citación al proceso conlleva la nulidad del mismo.

Si el predio se encuentra enclavado o forma parte de uno de mayor extensión, debe allegarse el certificado del Registrador correspondiente a ese predio mayor

Se insiste en que los jueces exijan el certificado del Registro con el actual poseedor inscrito

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., diciembre dieciocho de mil novecientos ochenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Horacio Montoya Gil).

Decídese el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la Empresa Puertos de Colombia "Colpuertos" contra la sentencia de 7 de diciembre de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla dentro del proceso ordinario de pertenencia adelantado por Manuel Dolores Reales Gómez contra personas indeterminadas.

I

Antecedentes

1. Mediante demanda que en repartimiento correspondió al Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla, Manuel Dolores Reales Gómez solicitó que, frente a personas indeterminadas, se le declarase dueño, por haberlo adquirido por *prescripción extraordinaria*, de un lote de terreno ubicado en la intersección de la prolongación de la carrera 38 o carretera al terminal con la calle 46 o "Avenida Hamburgo", de forma irregular y extensión total aproximada de ocho mil setecientos cuarenta y nueve metros (8.749), delimitado así: "Por el norte: con la carrera 38 en un punto determinado dentro de un plano que acompaño con la letra 'A', formando un ángulo de 34° y tomando en dirección norte hacia el oriente en una extensión de 120 metros hasta llegar a un punto marcado con la letra 'D', formándose aquí un ángulo de 65° limita con la 'Avenida Hamburgo'; siguiendo desde el punto 'D' en dirección norte-sur en línea recta y en una longitud de 80 metros con 40 centímetros, hasta dar con el punto identificado con la letra 'C', lindando con la vía que conduce a la Zona Franca; siguiendo desde este punto 'C' en dirección este-oeste en línea recta y en una longitud de 67 metros con 20 centímetros hasta dar con el punto 'B', se forma aquí un ángulo de 90° y limita con zona verde; partiendo de este punto en dirección sur al norte, en línea recta que mide 180 metros se llega al punto de partida 'A', colindando con inmuebles de Almacenes Generales de Depósito 'Almacenar', que lo ocupan y otros".

2. La demanda fue admitida por auto de 20 de septiembre de 1976 y en ella se dispuso el emplazamiento ordenado por el artículo 413 del Código de Procedimiento

Civil; una vez efectuado se designó curador *ad litem* para representar a las personas indeterminadas, quien, al descorrer el traslado se limitó a decir que se atenía a lo que resultase probado.

Con posterioridad al término del emplazamiento se presentaron al proceso Edgardo, Beatriz y Josefina Jimeno Lezcano a formular oposición a las pretensiones del demandante, alegando cosa juzgada, pues que con anterioridad el mismo demandante había obtenido la declaración de pertenencia respecto del mismo bien pero que le había sido anulado el respectivo proceso por sentencia proferida al 12 de marzo de 1969, dentro del ordinario promovido por ellos. Empero, como no se hizo presentación personal del escrito de oposición, no se le dio curso.

Agotada la tramitación correspondiente, la primera instancia culminó con sentencia estimatoria de las súplicas de la demanda y que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla confirmó por la suya de 7 de diciembre de 1977, al revisarla en términos de los artículos 386 y 413-11, Código de Procedimiento Civil.

II

Recurso de revisión

La Empresa Comercial del Estado Puertos de Colombia "Colpuertos", mediante escrito presentado a esta Corporación el 11 de enero de 1980, formuló recurso de revisión contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla que confirmó la que declaró que el demandante Manuel Dolores Reales Gómez adquirió por prescripción extraordinaria el inmueble en ella identificado.

Al exponer los fundamentos del recurso, fuera de los antecedentes relatados, expuso en síntesis, la recurrente:

a) A la demanda presentada el 17 de septiembre de 1976 por Manuel Dolores Reales Gómez, en la cual éste solicitó la declaratoria de adquisición por prescripción extraordinaria del inmueble en ella determinado, no acompañó el actor el certificado de Registro de Instrumentos Públicos o folio real de matrícula inmobiliaria conforme lo exige el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, en su numeral 5º, pues simplemente esa oficina dio una constancia de que le era imposible certificar en términos de la disposición citada "por no haberse suministrado el número de la matrícula del inmueble sobre la cual se pide la certificación, ni haberse individualizado el bien precisando el instrumento por el cual fue adquirido...", no obstante lo cual el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla admitió la demanda, contrariando así el querer de dicho ordenamiento legal;

b) Los linderos consignados en la petición dirigida al Registrador de Barranquilla y luego en la demanda no coinciden entre sí, ni tampoco se expresa la ciudad de ubicación del inmueble, "lo cual demuestra aún más la maquinación del demandante enderezada a impedir o hacer difícil que el titular de derechos reales, en este caso Colpuertos, pudiera controvertir la demanda y defender su título registrado";

c) La Empresa Puertos de Colombia, con domicilio principal en Bogotá, "creada por la Ley 154 de 1959 y reestructurada como Empresa Comercial del Estado vinculada al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, por el Decreto 0561 de 1975, adquirió el inmueble en mayor extensión, por cesión que le hizo el Gobierno Nacional en cumplimiento del Decreto Nº 1045 de 1966 (abril 29) en desarrollo de la Ley 154 de 1959 que creo dicha Empresa, conforme se expresa en la escritura pública Nº 1434 de 19 de agosto de 1967 de la Notaría Segunda del Circuito de Barranquilla, cuya primera copia fue registrada el 15 de septiembre de 1967 bajo el número 1071, página 281 del Tomo Cuarto par bis del Libro de Registro Nº 1";

d) De conformidad con la escritura Nº 1434 de 19 de agosto de 1967 de la Notaría Segunda del Circuito de Barranquilla, los bienes objeto de la transferencia del Gobierno Nacional en favor de la Empresa Puertos de Colombia, son los que integran el Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla cuya ubicación y linderos se determinan en el Decreto 1045 de 1966. Los

terrenos que soportan las instalaciones del Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, según dicha escritura, están constituidos y delimitados de la siguiente manera:

"a) Un lote de una extensión superficiaria total de 1'027.266 metros cuadrados comprendidos los terrenos secos con 178.466 metros cuadrados y las dársenas denominadas 'Dársena Sur' con 578.466 metros cuadrados y 'Dársena Norte', con 180.600 metros cuadrados, en Jurisdicción del Municipio de Barranquilla, a orillas del río Magdalena, en su banda occidental que mide y linda así: Por el norte: partiendo de la orilla del río, límite con predios de Internacional Petroleum Colombia S. A. 'Intercol' y Almacenes Generales de Depósito Mercantil S. A. 'Almacenar' 625 metros hasta llegar a la carretera que sirve de acceso al Terminal, en parte, y luego 18 metros siguiendo la acera sur de la Avenida Hamburgo; por el sur: con la línea imaginaria que fija el límite de las aguas jurisdiccionales de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla según lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2240 de agosto 6 de 1962: por el cual se reglamenta el funcionamiento de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, línea situada a 50 metros del tablestacado o muelle fluvial de la Zona Franca, en línea quebrada con longitud total de 706 metros que muestra el Plan Piloto Laucht, cuya copia elaborada por las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla en enero 30 de 1967 se agrega al protocolo; por el occidente: 1.445 metros que se dividen así: Siguiendo la orilla de la Dársena Sur, por la línea imaginaria que fija el límite de las aguas jurisdiccionales de la Zona Franca según lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2240 de agosto 6 de 1962, ya citado, situada así mismo a 50 metros del tablestacado o muelle fluvial de la Zona Franca señalado en el Plan Piloto Laucht, hasta encontrar la carrera 30 de la nomenclatura urbana, en una longitud de 839 metros y luego siguiendo un ángulo que forma la citada carrera 30 con la orilla de la dársena en la línea imaginaria de aguas jurisdiccionales, hasta encontrar la Avenida Hamburgo en el paramento de la acera oriental de dicha Avenida en 146 metros y por este rumbo norte, 247 metros hasta el punto donde vuelve a cruzarse la Avenida Hamburgo en parte, y 55 metros, que se cuentan entre la línea recta que forma la esquina que une los predios de Almacenes Generales de Depósito Mercantil S. A. 'Almacenar' y la acera norte de la precitada Avenida Hamburgo que toca esta Avenida con la vía de acceso al Terminal, por la carrera 38; por el oriente: partiendo de un punto donde se cruzan la línea imaginaria que delimita los terrenos de propiedad de 'Intercol' hasta la desembocadura de la Dársena Sur con el río, paralelo al muelle marginal del puerto y la banda occidental del río Magdalena;

"b) Un lote de menor extensión que se halla separado del anterior por la faja que ha sido convertida en vía pública, como continuación de la Avenida Hamburgo, para dar acceso a la Zona Franca Industrial y Comercial, de acuerdo con el Plano General de Barranquilla, elaborado por la Oficina de Planeación Municipal y la Sección Técnica de las Empresas Públicas Municipales, lote que tiene una extensión superficiaria de trece mil cuatrocientos cuarenta y un metros cuadrados (13. 441), que mide y se alindera así: Por el norte: ciento diez metros (110), con predios de Almacenes Generales de Depósitos Mercantil S. A. 'Almacenar'; por el sur: ciento ochenta y un metros (181) Avenida Hamburgo en medio, con lote mayor del Terminal; por el occidente: ciento sesenta metros (160) con propiedad de 'Almacenar', 'Triplex' y 'Sucesores de Alejandro Jimeno'; y por el oriente: cincuenta y cinco metros (55) con la carretera que da acceso al Terminal";

e) El inmueble objeto de la pertenencia promovida por Manuel Dolores Reales Gómez es parte integrante del bien determinado en el literal a) que antecede, lo cual se acredita con la escritura de adquisición Nº 1434 de 19 de agosto de 1967 de la Notaría Segunda del Circuito de Barranquilla, el plano protocolizado con la refe-

rida escritura pública y el folio de la matrícula inmobiliaria Nº 040-0079437;

f) La demanda debió haberla dirigido el demandado contra la Empresa Puertos de Colombia, por ser la poseedora inscrita; pero ni aun en ese caso podía prosperar por tratarse de bien perteneciente a una entidad de derecho público. Además, en el supuesto caso de que el certificado del Registrador hubiese informado que no figuraba ninguna persona como titular de derechos reales sujetos a registro, se estaría "frente a un inmueble baldío no susceptible de prescripción" (arts. 413, numeral 4º, 3º; Ley 48 de 1882, art. 61 Código Fiscal y 2159 del C. C.);

g) Con la queja dirigida el 24 de abril de 1976 a la Comisaría Primera de Barranquilla, la inspección judicial practicada el 28 de febrero de 1977 y el dictamen pericial rendido ante el Juez Sexto Civil del Circuito se establece que Puertos de Colombia venía ejerciendo la posesión del lote de terreno objeto de la pertenencia y que de ello tenía conocimiento el demandante, porque allí se encontró una porción de terreno cercado con malla de alambre y tubos galvanizados con base de concreto, pavimentado en sus cuatro quintas partes, sin que en ningún momento el demandado alegara estas mejoras como de su propiedad;

h) "Los trabajos de pavimentación, drenajes, cañerías, rejas para las cañerías, postes de alumbrado y encerramiento del lote de terreno de que aquí se trata, fueron ejecutados por Puertos de Colombia —Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla— en los años de 1967 y 1968, según contrato celebrado con el doctor Gustavo Jurado Henao, domiciliado en Barranquilla".

III

Causal de revisión

Como causal de revisión invocó la entidad recurrente la séptima del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, o sea "estar el recurrente en algunos de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados en el artículo 152, siempre que no haya saneado la nulidad".

Al exponer los fundamentos de la causal, sostiene el recurrente que el proceso de pertenencia es nulo por los motivos contemplados en los numerales 7º, 8º y 9º del referido artículo 152. La demanda de pertenencia, dice, debe dirigirse necesariamente contra quien figure como titular de derechos reales principales sobre el bien que se pretende usucapido y en el caso del proceso promovido por Manuel Dolores Reales Gómez, a pesar de que la titular del derecho de dominio era y es Puertos de Colombia, no fue llamada singularmente, motivo por el cual faltó su notificación o emplazamiento. El emplazamiento efectuado lo fue "para las personas indeterminadas y por tanto el curador *ad litem* sólo puede tener la representación de las personas verdaderamente inciertas". En tales condiciones se configuran los citados motivos de nulidad, los cuales en ningún momento ha saneado y tiene interés en alegar.

IV

Trámite del recurso

Prestada la caución y remitido por el Juzgado el proceso de pertenencia promovido por Manuel Dolores Reales Gómez, al haber encontrado satisfechas las exigencias formales del Código, por auto de 6 de mayo de 1980, la Corte admitió la demanda y ordenó correr el correspondiente traslado al demandado en la forma prevista por el artículo 87 del Código de Procedimiento Civil.

Como, de conformidad con la prueba aportada por la recurrente, el demandado Manuel Dolores Reales Gómez falleció en la ciudad de Barranquilla el 5 de agosto de 1980, sin haber recibido notificación personal de la admisión del recurso y como no fuesen conocidos los herederos del difunto, ni su cónyuge o el curador de la herencia yacente, según lo afirmó bajo la gravedad del juramento la parte impugnante, la Corte ordenó el emplazamiento con fundamento en lo establecido por los artículos 60 y 81 del Código. Efectuado dicho emplazamiento, el curador designado,

le dio respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la recurrente. Y en cuanto a los hechos, se limitó a responderlos con fundamento en las constancias y pruebas existentes en el proceso de pertenencia. Desde luego, destacó el hecho de que el bien reseñado en la demanda formulada por Manuel Dolores Reales y el identificado en la sentencia del Juez Sexto no coinciden exactamente. Como excepciones alegó las que denominó: ausencia de título y causa y cobro de lo no debido.

Manuela Reales Escorcia, en su carácter de heredera del demandado, recibió notificación personal de la admisión de la demanda. Posteriormente, se presentaron Nancy Reales de Valencia y Josefina Reales Escorcia, también herederas de Reales Gómez, a solicitar la nulidad de lo actuado por falta de integración del contradictorio, nulidad rechazada de plano por improcedente.

Practicadas las pruebas ordenadas y presentada la alegación del recurrente, es oportuno decidir acerca del mérito del recurso.

V

Consideraciones de la Corte

1. *El derecho común conocía dos medios extraordinarios destinados a atacar la sentencia firme: la querella* nullitatis insenabilis *y la* restitutio in íntegrum. *Esta se conocía como remedio a la falta de defensa o la defensa defectuosa, o en el caso de que se descubriesen nuevos elementos de decisión (minoría de edad, errores, dolo, falsedad de un documento, etc.). En el derecho italiano, así como en el francés (a diferencia del alemán y del austriaco, que conceden también una acción de nulidad). se ha conservado únicamente la* restitutio in íntegrum *(revisión;* requéte civile*).*

Justamente, la restitutio in íntegrum *ha sido considerada como el antecedente histórico del recurso extraordinario de revisión, según lo observa PRIETO CASTRO al comentar la Institución Española, ordenamiento del cual, como se sabe, fue tomada casi en su tenor literal por la Ley 105 de 1931 y que, en líneas generales, se reprodujo con un poco más de técnica en el actual Código de Procedimiento Civil.*

En virtud de este recurso extraordinario, el Estado sacrifica la intangibilidad normal de la cosa juzgada, permitiendo la posibilidad de que sea desvirtuada la presunción de legalidad y acierto que ampara a las sentencias definitivas (res iudicata proveritate habetur) *porque, como lo sostienen los procesalistas, es más útil a la comunidad y al prestigio de los Tribunales reconocer la existencia de una injusticia que defender a ultranza la idea de la llamada "santidad de la cosa juzgada". Naturalmente, esta* latente interinidad *de la cosa juzgada tiene un límite, como que la sentencia que en un caso dado pudiera calificarse de injusta, sólo puede ser impugnada por tal vía en los precisos casos señalados en la ley y dentro del término que ella misma establece.*

2. *Entre nosotros, el recurso de revisión lo consagra el Código de Procedimiento Civil en los artículos 379 a 381, para los casos en que hubiesen faltado elementos esenciales para la garantía de la justicia, lo cual puede ocurrir cuando la sentencia hubiera sido producto del fraude, la violencia, la colusión o el cohecho; o cuando fue dictada con fundamento en pruebas falsas o después de proferida se recobran piezas retenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida; cuando hubo colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes, en perjuicio de terceros y éstos interponen el recurso; cuando subsiste un vicio de nulidad en las circunstancias previstas por el artículo 380, o se hubiera desconocido la existencia de la cosa juzgada, por haberla ignorado el curador* ad lítem, *etc.*

Mas, es preciso observar que pese a la reglamentación especial que este recurso presenta, tanto respecto de las causales que autorizan su ejercicio como en lo atinente al trámite y los efectos mismos, no constituye una tercera instancia y, por tanto, el recurrente no puede, a través de él, suplir las deficiencias de orden probatorio en que incurrió en el proceso cuya sentencia aspira le sea revisada en sus

alegaciones jurídicas o remediar omisiones cometidas en defensa de los intereses en litigio. Ese no es el objeto propio del recurso. "El mira certeramente, como lo ha dicho la Corte, a la entronización de la garantía de la justicia o al restablecimiento del derecho de defensa cuando fue claramente conculcado, o al imperio de las sentencias que ostenta el sello de la cosa juzgada material" (Sentencia de 11 de junio de 1976, Revisión Esso Colombiana S. A. contra "Movifoto S. A.").

3. En el caso que hoy ocupa la atención de la Corte, según lo sostiene la recurrente, por el hecho de que el demandante no acompañó a la demanda de declaratoria de pertenencia el Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos exigido por el numeral 5 del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, se configuró la causal 7ª de revisión contemplada por el artículo 380, el cual erigió como tal el hecho de "estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados en el artículo 152, siempre que no haya saneado la nulidad".

Al concretar los fundamentos de la referida causal 7ª dice el recurrente que son tres los motivos que afectan la validez del proceso de pertenencia promovido por Manuel Dolores Reales Gómez contra personas indeterminadas: 1º Siendo Puertos de Colombia la poseedora inscrita del inmueble la demanda debió dirigirse contra ella y notificársele personalmente (numeral 8, art. 152); 2º Por esa misma circunstancia el emplazamiento llevado a cabo por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla tampoco quedó bien hecho; y, 3º La representación fue indebida por cuanto el curador designado no podía llevar sino la de los indeterminados pero no la de personas ciertas.

4. Un examen de los elementos probatorios incorporados al proceso de pertenencia y ahora dentro de la tramitación del recurso permite dar por establecido lo siguiente:

a) El mandatario judicial de Manuel Dolores Reales Gómez solicitó al Registrador de Instrumentos Públicos de Barranquilla certificación acerca de quién o quiénes figuran como propietarios de "un lote de terreno localizado en la siguiente dirección: calle 4 Nº 30-357 cuya referencia catastral es 01-2-245-011 y cuyos linderos y medidas son las siguientes: Por el norte: mide 128 metros y linda con Almacenar; por el sur: mide 230 metros y linda con predios de Reales Gómez Manuel y otro; por el oriente: mide 230 metros y linda con la Avenida Hamburgo; por el occidente mide 98 metros y linda con predios de Almacenar y Alotero y Cía.". El Registrador, después de citar el artículo 54 del Decreto 1250 de 1970, que los autoriza para expedir esta clase de certificaciones, dijo textualmente: "Es de conocimiento general que cuando no se suministra a la Oficina de Registro, el número de la matrícula del inmueble sobre el cual se pide una certificación o no se individualice el bien precisando el instrumento por el cual fue adquirido, indicando el registro bajo el cual fue inscrito, *se hace imposible expedir la certificación de conformidad con la disposición legal citada* (subraya la Corte). Por otra parte, esta Oficina de Registro no lleva índices por direcciones de inmuebles, como sí ocurre en la Oficina Seccional de Catastro de esta ciudad" (fl. 5, cuaderno principal);

b) Tanto en el poder conferido como en la demanda de pertenencia formulada por Manuel Dolores Reales Gómez se solicita la declaratoria de dominio sobre un lote de terreno ubicado en la intersección de la prolongación de la carrera 38 o carretera al Terminal con la calle 4 o Avenida Hamburgo, de forma irregular y extensión total aproximada de ocho mil setecientos cuarenta y nueve metros (8.749). Luego para determinarlo, lo hace ciñéndose a un plano sin aprobación oficial, elaborado por él mismo, así: "Por el norte con la carrera 38 en un punto determinado dentro de un plano que acompaño con la letra 'A', formando un ángulo de 34° y tomando dirección norte hacia el oriente en una extensión de 120 metros hasta llegar a un punto marcado con la letra 'D', formándose aquí un ángulo de 65° limita con la Avenida

'Hamburgo'; siguiendo desde el punto 'D' en dirección norte-sur en línea recta y en una longitud de 80 metros con 40 centímetros, hasta dar con el punto identificado con la letra 'C', lindando con la vía que conduce a la Zona Franca; siguiendo desde ese punto 'C' en dirección este-oeste en línea recta y en una longitud de 67 metros con 20 centímetros hasta dar con el punto 'B', se forma aquí un ángulo de 90° y limita con zona verde; partiendo de este punto en dirección sur al norte, en línea recta que mide 180 metros se llega al punto de partida 'A', colindando con inmuebles de Almacenes Generales de Depósito 'Almacenar', que lo ocupan y otros" (fls. 15 y 16, C. P.);

c) En las publicaciones que se hicieron por edicto y también por Caracol y el periódico *El Nacional* de la ciudad de Barranquilla aparece identificado el inmueble en la forma indicada en la demanda (fls. 20 a 23 y 26 a 40 *ib.*);

d) Ante las dificultades con que se encontró el Juez Sexto Civil del Circuito de Barranquilla para establecer la identidad y cabida del referido inmueble al practicar la inspección judicial llevada a cabo el 28 de febrero de 1977 (fls. 50, *ib.*), designó un perito topógrafo y le encomendó la labor de que levantara un plano del terreno e indicara "sus medidas y demás características que permitan su plena identificación". El experto, luego de hacer notar que dentro del inmueble se encuentra un lote cercado con mallas de alambre y tubos galvanizados con base de concreto y puerta de entrada al costado norte todo de reciente construcción, pavimentado en sus 4/5 partes y hacer una relación general del estado del terreno, lo determinó así: "Por el norte: en línea quebrada mide ciento ochenta y seis metros (186) y linda con paredilla de las Empresas Pizano S. A. y Almacenar; por el sur: mide aproximadamente setenta metros (70) y linda con terrenos que se dicen baldíos; en dirección sur-oriente hacia las instalaciones de la Zona Franca mide ochenta y ocho metros (88) aproximadamente y linda con la Avenida Hamburgo en medio con patio del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, cerca a la garita número cuatro (4) de la Policía de Vigilancia Portuaria y en dirección oriental, mide ciento veinte metros (120) y es una línea quebrada que parte de la intersección de la carrera 38 con la Avenida Hamburgo o calle 4ª". El Perito calculó la extensión de todo el lote en once mil ciento treinta metros cuadrados (11.130) y en cuanto al lote enmallado le asignó una cabida de seis mil seiscientos veintiséis metros cuadrados (6.626). Tal dictamen obra a fls. 55 a 58, cuaderno principal);

e) El Juez Sexto Civil del Circuito de Barranquilla, sin haber dado oportunidad de controvertir el referido dictamen, pues no dio traslado de él, con fecha de 17 de mayo de 1977 dictó sentencia acogiendo las súplicas del demandante Reales Gómez pero con relación al *inmueble mayor* según la identificación y determinación hecha por el perito y no del indicado en la demanda (fls. 61 y ss. *ib.*), es decir, declaró dueño al demandante de dos mil trescientos ochenta y un metros cuadrados (2.381) más de las pretendidas en la demanda. Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla por la suya de 7 de diciembre siguiente, sin ninguna modificación o aclaración (fl. 3 vto., C. Nº 3);

f) Con la demanda, la Empresa recurrente trajo copia de escritura debidamente registrada Nº 1434 de 19 de agosto de 1967, de la Notaría Segunda de Barranquilla, por medio de la cual el Gobierno Nacional, en cumplimiento del Decreto Nº 1045 de 1966 y desarrollo de la Ley 154 de 1959, cede a la Empresa Puertos de Colombia varios lotes de terreno que conforman el *Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla* dentro del primero de los cuales, según lo afirma la recurrente que tiene una cabida de un millón veintisiete mil doscientos setenta y seis metros (1'027.266) cuadrados, se encuentra englobado el que fue objeto de la declaratoria de pertenencia a petición de Manuel Dolores Reales Gómez. A dicha escritura agregó también el recurrente fotocopias de los folios de las matrículas números 040-0071229 y 040-0079437 de la Oficina de Registro de Barranquilla, en donde aparece como poseedora inscrita

de dichos inmuebles la Empresa Puertos de Colombia; finalmente acompañó a la demanda copia del Plano del Terminal Marítimo de Barranquilla (fls. 3 a 11);

g) La Corte al practicar una inspección judicial con peritos al inmueble objeto de la declaración de pertenencia, después de examinarlo y recorrerlo y de oír las declaraciones de Fernando Manjarrés y del topógrafo Manuel Lamadrid Orozco, consignó en el acta respectiva entre otras observaciones la siguiente: "El inmueble a que se refiere la certificación pedida al Registrador, el singularizado en la petición primera de la demanda, el indicado en el edicto emplazatorio del folio 23, el observado en la diligencia de inspección judicial practicada por el Juez Sexto Civil del Circuito de Barranquilla (fl. 50) y al que la jurisdicción declaró pertenecer a Manuel Dolores Reales (fls. 61 a 62) están englobados dentro del inmueble mayor que el Gobierno Nacional tranfirió a la Empresa Puertos de Colombia en desarrollo de la Ley 154 de 1959 y del Decreto 1045 del 29 de abril de 1966 como consta en la escritura 1434 otorgada ante el Notario Quinto de Barranquilla el 19 de agosto de 1967, debidamente registrada" (fl. 102, C. Nº 3);

h) Los peritos que intervinieron en la referida inspección judicial, al rendir su dictamen, corroboraron las conclusiones o deducciones de la Sala, en especial la de que el lote de terreno cuya declaración de pertenencia demandó y obtuvo Manuel Dolores Reales Gómez forma parte de uno de mayor extensión cuyo poseedor inscrito es Puertos de Colombia (fls. 103 a 106, C. N 3);

i) Finalmente, como ya está dicho, dentro de la inspección judicial practicada por la Corte declararon Fernando Manjarrés y Manuel de Lamadrid Orozco quienes se refieren a algunas obras contratadas y efectuadas por cuenta de Puertos de Colombia a partir del año de 1966, obras de infraestructura en el lote materia de la inspección como fueron ductos para las instalaciones eléctricas, alcantarillado para aguas lluvias y erección de postería, mallas de cerramiento, losas de concreto para el piso, pavimentación, etc. contratas con el ingeniero Gustavo Jurado Henao y la firma de ingenieros Donado y Cía. (fls. 100 a 103, C. Nº 3).

5. La asunción de los elementos de prueba que se acaban de relacionar permiten deducir tres conclusiones principales: en primer término, que a la demanda que dio origen a este proceso de pertenencia no se acompañó el certificado exigido por el numeral 5º del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil; de otra parte, que el lote de terreno a que se refiere la demanda es distinto del identificado en la sentencia del Juez Sexto Civil del Circuito de Barranquilla; y además, que tanto el relacionado en la demanda como el determinado en la sentencia, forman parte de uno de mayor extensión de propiedad de Puerto de Colombia "Colpuertos".

En efecto, *el escrito acompañado a la demanda formulada por Manuel Dolores Reales Gómez ante el Juez Sexto Civil del Circuito de Barranquilla solicitando la declaratoria de pertenencia, en el cual el Registrador de Instrumentos Públicos expresa que le es* imposible certificar quien o quienes figuren como poseedores inscritos o como titulares de derechos reales sobre el bien que refiere el peticionario, *por cuanto no suministró el número de matrícula ni tampoco lo individualizó citando el título de adquisición, no puede suplir la exigencia del artículo 413 del Código. Este ordena que a la demanda se acompañe como anexo un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos "acerca de las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro o de que no aparece ninguna como tal", certificación sin la cual es inadmisible la demanda, pues es necesario saber con toda certeza quiénes son los titulares del dominio o de los derechos reales que puedan desmembrarse para poder determinar las personas que están legitimadas pasivamente en la causa, lo cual constituyó precisamente una de las reformas fundamentales que al proceso que reglamentaba la Ley 120 de 1928 introdujo el actual código.*

En la solicitud que el interesado dirigió al Registrador de Barranquilla para que le expidiera la referida certificación, indicó en forma muy vaga e imprecisa un lote de terreno que es distinto al que relacionó en la demanda y más aún del que el Juez determinó en la sentencia. En tanto el indicado en la demanda se le asigna una cabida de 8.749 metros cuadrados, el determinado en la sentencia tiene un área de 11.130 metros cuadrados; la extensión del primero la calculó el mismo demandante con fundamento en plano sin aprobación oficial, elaborado por él mismo a su manera, y el segundo con base en un plano levantado por un perito designado por el Juzgado.

Por lo demás, la prueba practicada durante el trámite del recurso, especialmente la resultante de la inspección judicial llevada a cabo por la Corte, el dictamen de los peritos y los testimonios recibidos *no dejan la menor duda de que el lote de terreno a que se refiere la sentencia impugnada se halla incorporado dentro de uno que, según los títulos traídos al proceso, era en el momento de la demanda y lo es en la actualidad de Puertos de Colombia,* circunstancia ésta que no podía ignorar el demandante Reales Gómez. Esto se infiere del hecho, puesto en conocimiento por el mismo demandante al Juez, que la Policía Portuaria desde el año de 1976 le llamaba la atención a las personas que a nombre suyo pretendían instalarse en esos terrenos y también de lo declarado por el inspector de Obras Fernando Manjarrés. Dijo este funcionario que hecho por Colpuertos el cerramiento de la malla de una parte del terreno se colocó un candado y alguna vez que lo iba a abrir fue amenazado por dos agentes "alegando el apoderado del señor Reales que dichos terrenos eran de su pertenencia y que si yo abría la puerta, dice textualmente el testigo, estaba violando predios ajenos a lo cual le contesté que yo era empleado de la Empresa Puertos de Colombia y hasta ese momento no conocía otro dueño sino a la Empresa Puertos de Colombia".

En tales circunstancias no puede suponerse que el demandante Manuel Dolores Reales Gómez ignorase quien era el titular del derecho de dominio sobre el referido inmueble o que al menos tenía pretensión de dueño; y ello le imponía así fuera por razones de mera lealtad con la justicia, el deber de indagar en la Oficina de Registro si lo que le había manifestado el empleado de Puertos de Colombia era cierto o no, que de haberlo hecho lo habría confirmado.

6. *Si, como quedó establecido, al momento en que se formuló la demanda de declaración de pertenencia el poseedor inscrito de todo el inmueble era Puertos de Colombia y si, además, es de imperativo cumplimiento el precepto que ordena dirigir la demanda contra quien figura como titular de un derecho real principal sobre el bien objeto de aquélla, era obvio entonces que, sin una manifiesta burla de la ley, no se podía acudir al fácil expediente de solicitar el emplazamiento como a persona indeterminada de quien demuestra ser titular del derecho de dominio pleno, pues, como se sabe, por la vía de los edictos sólo pueden ser llamadas las personas inciertas que eventualmente puedan tener derecho sobre el bien que el demandante alega haber adquirido por prescripción.*

De consiguiente, si, con desconocimiento de la ley y la situación de hecho existente, Manuel Dolores Reales Gómez optó por demandar desprovisto del certificado del Registrador y el Juez haciendo caso omiso de tales circunstancias le dio curso al libelo, se impone la conclusión ya sostenida por la Corte en el sentido de que el curador ad litem *nombrado para llevar la representación de las personas indeterminadas que fueron emplazadas "no tiene la representación de quien, en los libros de registro de la Oficina de Instrumentos Públicos, aparece como titular de derechos reales principales sobre el bien objeto de la declaración de pertenencia" (Sentencia de 30 de noviembre de 1978. Pertenencia de Ramón Atehortúa frente a personas indeterminadas).*

De otra parte, ha de tenerse en cuenta también la circunstancia de que el demandante, apartándose de los datos que había

suministrado al Registrador para que le expidiera un certificado imposible de obtener, dado que se refería a un bien identificado a su capricho, hubiese demandado la declaración de pertenencia de un inmueble identificado con base en un plano también por él elaborado y sin ninguna aprobación oficial. El Juez pasó por alto tal hecho y dio curso a la demanda con lo cual se vino a desconocer en forma flagrante el derecho de defensa de la verdadera titular del dominio. De allí que también en situaciones como ésta haya sostenido la Corte que el proceso queda viciado de nulidad por cuanto de ese modo se impide la notificación o emplazamiento de quien ha debido ser citado como parte al proceso.

"No dirigir la demanda contra quien es titular del derecho de dominio, contra quien figura en la oficina de registro como sujeto de derechos reales principales, cuando se sabe quien es esta persona o cuando existe motivo razonable para inferir que el demandante no podía ignorar esa circunstancia, dijo la Corte en la sentencia últimamente citada, es suceso que comporta ruda agresión al derecho de defensa de quien, si hubiera sido demandado habría sido legítimo opositor. Esta violación del derecho de defensa se sanciona por el legislador elevando a la categoría de nulidad tal hecho, al preceptuar que el proceso es nulo cuando no se practica en legal forma la notificación o el emplazamiento de personas que deben ser citadas como parte *y al establecer que este episodio genera causa de revisión del proceso (art. 380-7)".*

7. Por todo lo que se ha visto, en el caso de este recurso, el proceso de pertenencia promovido por Manuel Dolores Reales Gómez contra personas indeterminadas ciertamente se halla viciado de nulidad, pues se perfilan las causales contempladas en los numerales 7, 8 y 9 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, sin que la parte quien podía hacerlo las hubiese saneado, en términos del artículo 156 del mismo Código. Por lo mismo se configura la causal de revisión consagrada en el numeral 7º del artículo 380 *ibídem* que fue la invocada por el recurrente, sin que, de otra parte, aparezcan establecidas las excepciones alegadas por el curador *ad litem* designado a los herederos indeterminados del demandado Manuel Dolores Reales Gómez.

En armonía con lo anterior, por cuanto se dan las condiciones de prosperidad del recurso, obrando de conformidad con lo previsto por el artículo 384, se declarará la nulidad de todo lo actuado en el proceso y se dispondrá que se remita copia de esta sentencia el Registrador de Instrumentos Públicos de Barranquilla, para que proceda a la cancelación de las inscripciones hechas con fundamento en los fallos dictados en el proceso de pertenencia que ahora se anula.

8. *Dadas las circunstancias que rodearon la tramitación del proceso de pertenencia dentro del cual se introdujo el recurso que se desata, considera la Corte conveniente insistir en el deber que tienen los jueces (art. 37, C. P. C.) de evitar las situaciones como las presentadas en este proceso vuelvan a tener ocurrencia, tal como ya lo había hecho en la citada sentencia de 30 de noviembre de 1978.*

"Observa la Corte, dijo entonces, como se advierte en la especie de esta litis, que se ha vuelto costumbre, reprobable desde todo punto de vista, patrocinar causas de declaración de pertenencia a espaldas de los titulares de derechos reales constituidos sobre el bien materia de usucapión. Con ligereza notoria, los jueces dan por satisfecho el requisito exigido en el punto 5 del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, con tal que se presente certificado del Registrador de Instrumentos Públicos. No acatan que la ley exige, no la presentación de un certificado cualquiera, sino la de uno específico en que se puntualizan las personas que figuran como titulares de derechos reales sujetos a registro o de que no aparece ninguna como tal. Es decir, el certificado del registrador de instrumentos públicos que, de conformidad con el artículo citado, debe acompañarse a la demanda introductoria del proceso, no es

cualquier certificado expedido por ese funcionario, sino uno en que, de manera expresa, se indiquen las personas que, con relación al específico bien cuya declaración de pertenencia se pretende, figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro, o uno que de manera clara diga que sobre ese inmueble no aparece ninguna persona como titular de derechos tales.

"Si el certificado del registrador no llena esos requisitos porque, como sucedió en el caso de esta litis y como con frecuencia ocurre en otros procesos, se limita a decir que el interesado no suministró los datos indispensables para localizar la matrícula del fundo y que, por esa razón o por otras, no puede afirmarse quiénes son titulares de derechos reales sobre él, ni puede aseverarse que nadie figure como titular de derechos tales, entonces ese certificado no llena los requisitos exigidos por la disposición precitada.

"De lo anterior resulta que no es lo mismo certificar que se ignora quiénes son titulares de derechos reales principales sobre un inmueble, que certificar que nadie aparece registrado como tal".

Y agrega más adelante:

"Los jueces no pueden tolerar, y menos propiciar que los actos u omisiones dolosos, culposos o socarrones de los pretensos usucapientes, tornen en letra muerta la exigencia legal de que la demanda, en el caso del artículo 413 citado, debe dirigirse expresamente contra cada una de las personas que, en los libros de la oficina de registro correspondiente, figuren como titulares de derechos reales principales, que tienen que ser exactamente los mismos a que ha de referirse el certificado del registrador, pues este documento no puede ser otra cosa que un fiel trasunto, un reflejo idéntico de lo que en aquellos libros está registrado.

"Toda maquinación del demandante enderezada a impedir o hacer más difícil que el titular de derechos reales pueda controvertir la demanda y defender su título registrado, debe ser reprobada con energía, pues el proceso tiene que ser limpia lucha en que las partes puedan litigar en igualdad de condiciones, con lealtad y nobleza, procurando solamente la realización de la justicia a través de la aplicación del derecho material" (G. J. CLVIII, 309).

VI
Decisión

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

Resuelve:

1º Desestímanse las excepciones propuestas por el curador de los herederos de Manuel Dolores Reales Gómez.

2º *Declara nulo* todo lo actuado, a partir del auto admisorio de la demanda inclusive, en el proceso que ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla adelantó Manuel Dolores Reales Gómez que culminó con sentencia de 12 de marzo de 1969, confirmada por la que pronunció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 7 de diciembre de 1977.

3º Se dispone enviar copia de esta sentencia al Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Barranquilla para que proceda a la cancelación de los registros hechos con fundamento en los fallos proferidos en este proceso.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Horacio Montoya Gil, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Hernando Tapias Rocha.

Rafael Reyes Negrelli - Secretario.

SENTENCIAS NO PUBLICADAS
1984

INCONSONANCIA. *La sentencia totalmente absolutoria no puede ser censurada de incongruente.* Sentencia del 13 de enero de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el proceso de Luis Alfonso Sánchez vs. Ingenio Bengala. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.* Salvamento de Voto del Magistrado *Jorge Salcedo Segura.*

CARGA PROCESAL PECUNIARIA. *La cancelación de los honorarios del perito no se satisface legalmente, cuando el pago se hace directamente por las partes.* Auto del 16 de enero de 1984. Declara inadmisible el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Valledupar, en el proceso de Fermín Vides Martínez vs. Cooperativa de Transportes del Cesar y la Guajira. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

CASACION. Demanda. *El casacionista no expresó la causal que alegó.* Auto del 19 de enero de 1984. Declara desierto el recurso. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.* Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *El Tribunal no incurrió en los errores de apreciación probatoria que se le atribuyen.* Sentencia del 23 de enero de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de Ivett Patricia y Olga Lucía Gómez vs. Herederos de Saúl Duque Pérez. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

NULIDAD PROCESAL. *Deficiencias en el emplazamiento del demandado. Notificación personal del auto admisorio de la demanda, uno de los actos procesales de mayor importancia.* Auto del 19 de enero de 1984. Declara la nulidad en el proceso de Isabel Avila de Urquijo vs. José del Carmen Urquijo. Tribunal Superior de Barranquilla. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.* Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

COMPETENCIA. Conflicto. *Fuero especial que concurre con el general de la demanda.* Auto del 20 de enero de 1984. Declara competente al Juzgado de Armenia para tramitar el proceso de Productos Primaveral Ltda. vs. Corporación Nacional de Transportes Ltda. "CONALTRA". Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

RECUSACION. *Estudio de las causales 1ª y 12 del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil. Qué se entiende por "tener interés" en el proceso y por haber dado "concepto".* Auto del 25 de enero de 1984. Declara improcedente la recusación presentada por Albeiro Masso Correa. Magistrado ponente: Doctor ...

SEPARACION DE CUERPOS. *Con declaraciones responsivas, exactas y completas se demostró la causal invocada.* Sentencia del 26 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Rossío o (Rocío) Orrego Tamayo vs. Guillermo de Jesús Gómez G. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.* Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Efectos del incumplimiento de las obligaciones que incumben a los esposos.* Sentencia del 26 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Marta Lucía Rivera vs. Luis Carlos Reina Bonilla. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.* Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Cuando uno de los cónyuges abandona el hogar, desatiende las obligaciones originadas en el matrimonio.* Sentencia del 26 de enero de 1986. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Marta Cecilia Caballero vs. Alfonso Currea Gutiérrez. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.* Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

EMPLAZAMIENTO. *Cuando no se cumplen exactamente las exigencias del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil se incurre en nulidad de lo actuado con posterioridad.* Sentencia del 26 de enero de 1984. Decreta la nulidad en la revisión propuesta por Blanca Ester Argüelles Triviño contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El demandante no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía.* Sentencia del 26 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Orlando de Jesús Acosta Restrepo vs. Beatriz Amparo Valencia Patiño. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.* Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Incumplimiento grave de la esposa de los deberes que le impone el matrimonio.* Sentencia del 26 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Marco Antonio Granados Uribe vs. Helda Rivera. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.* Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* Sentencia del 27 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Fabio Humberto Londoño vs. Silvia de Jesús Cano. Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia consultada.* Sentencia del 27 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Fernando González vs. Marina Gil. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.* Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de la consulta.* Sentencia del 27 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ana Silvia Rincón vs. Luis Eduardo Hurtado. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

CASACION. *La demanda adolece de falta de técnica en el señalamiento de los cargos.* Sentencia del 27 de enero de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de Sara Emilia Machena vda. de Berrío y otros vs. Fundación Juan Pablo González. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.* Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Con prueba testimonial se demostró la causal de abandono alegada.* Sentencia del 30 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de María Magdalena Fátima Rivera vs. Gildardo Vanegas Zapata. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.* Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

CARGA PROCESAL PECUNIARIA. *Al deudor de costas liquidadas y aprobadas se le puede conceder el recurso de casación y se le puede admitir, pero no se le puede dar curso a la demanda.* Auto del 30 de enero de 1984. Declara desierto el recurso presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso de Fidel Antonio Herrera Aristizábal vs. Mardoqueo Hernández. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.*

COMPETENCIA. *La competencia para conocer del régimen disciplinario contra los abogados (Decreto 196/71 y Ley 20/72) corresponde en primera instancia a los Tribunales Superiores y en segunda instancia al Tribunal Disciplinario.* Auto del 30 de enero de 1984. Dispone enviar expediente de este proceso disciplinario contra el abogado Diego Paredes Pizarro al honorable Tribunal Disciplinario. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono. Grave e injustificado del hogar por parte de la demandada.* Sentencia del 30 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Dagoberto Heredia Moreno vs. María Edith Melo Barreto. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.* Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Quien abandona los deberes que el matrimonio le impone, da lugar a que se decrete la separación por su culpa.* Sentencia del 30 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Nelly Esperanza de López vs. Alvaro Orjuela López. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.* Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 30 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Anatilde Rivera vs. Hugo Enrique Calderón Silva. Magistrado Ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe. Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* Sentencia del 30 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Blanca Alicia Londoño vs. Ernesto Camacho Cárdenas. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.* Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se demostró el incumplimiento por parte de la esposa de sus obligaciones hogareñas que por costumbre le corresponden.* Sentencia del 30 de enero de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Rafael Hernán Gómez vs. María Liney Sánchez Salazar. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.* Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* Sentencia del 30 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Graciela Ramírez vs. Daniel A. González M. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.* Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se demostró una de las causales invocadas.* Sentencia del 30 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Cielo Salazar vs. Arturo Dussán. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *No se demostró que el exagerado concepto de la religiosidad del esposo sea algo patológico que impida la paz y el sociego doméstico.* Sentencia del 30 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Beatriz Maya Restrepo vs. Luis Alfonso Vásquez Restrepo. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La confesión del demandado corrobora los testimonios sobre separación de hecho de los cónyuges.* Sentencia del 30 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Teresita del Niño Jesús García vs. Saúl Antonio Ojeda Gómez. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.* Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* Sentencia del 30 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Carlos Arturo Ortiz vs. Aura María Lozada Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.* Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Prospera la demanda de reconvención.* Sentencia del 30 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de José Vicente Vega Muñoz vs. Marlene Teresa Roa. Magistrado ponente: Doctor *José María*

Esguerra Samper. Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se mantiene la sentencia materia de consulta.* Sentencia del 30 de enero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Nancy Isabel Trochez vs. Néstor Raúl García Grisales. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.* Salvamento de Voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Por la vía directa implica conformidad con la apreciación y valoración de las pruebas.*

COMPRAVENTA. *Para que el comprador responda por perjuicios o gastos se le debe constituir en mora de recibir el objeto del contrato.* Sentencia del 31 de enero de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Industrial Cacaotera del Huila y Productos Tolimax S. A. vs. Corporación Financiera Popular S. A. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

INTERESES. Comerciales. *Cuando los moratorios sobrepasan el fijado por la Superintendencia Bancaria, la sanción es la pérdida de todos los intereses, no la nulidad del contrato por objeto ilícito.* Sentencia del 1º de febrero de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de "Guerrero Jónez & Cía. Ltda." vs. Carlos Grimberg Possin. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Los vicios de forma de la demanda de casación se deben anotar al darle curso al recurso y no en la sentencia. Si no prospera por esos vicios, ¿para qué analizar el fondo del cargo?*

SEPARACION DE CUERPOS. *No se demostró la causal de separación invocada.* Sentencia del 1º de febrero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Edgar Florentino Medina Botía vs. Elsa María Torres. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Negligencia de la demandante en la práctica de las pruebas.* Sentencia del 1º de febrero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Eugenia Vergara vs. Jorge Enrique Becerra Melo. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

ACCION REIVINDICATORIA. *Estudio del elemento "posesión" en esta acción.* Sentencia del 7 de febrero de 1984. REVOCA la proferida por el Juzgado de Purificación, en el ordinario de Julio César Ospina Rodríguez vs. Agustín Poloche y otros. Magistrado ponente. Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 7 de febrero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Gloria Inés Palacio vs. Luis Javier López. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

ERROR DE HECHO. *El Tribunal sí incurrió en el error de hecho que se le atribuye.* Sentencia del 7 de febrero de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el abreviado de Félix María Martínez vs. José Trinidad Collasos Solano. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.*

PRUEBA DOCUMENTAL. De una sentencia. *Su presentación, formalidades de tiempo, modo y lugar. No es pertinente fotocopia de la copia auténtica.* Sentencia del 7 de febrero de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Arturo Durán Bernal vs. Transportes Rápido Tolima S. A. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

PROMESA DE COMPRAVENTA. *Se reitera que en tratándose de inmuebles, si en el lugar existen varias Notarías, debe decirse en cuál de ellas se otorgará la escritura, so pena de incurrir en nulidad del contrato de promesa.* Sentencia del 8 de febrero de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordina-

rio de Nicolasa Rambao vs. Arcenio Cortina Pérez. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES HECTOR GOMEZ URIBE, HUMBERTO MURCIA BALLEN Y JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER. *El Tribunal no incurrió en los errores que se le endilgan. No constituye motivo de nulidad de una promesa que en esa no se indique la Notaría en que debe otorgarse la escritura de la venta prometida.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La demanda se presentó cuando había caducado la causal de malos tratos alegada.* Sentencia del 8 de febrero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de María Amparo Díaz vs. Hernando Rodríguez N. Salvamento de Voto del doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *No se requiere la concurrencia de los ultrajes con el trato cruel y con los maltratamientos de obra, basta uno de ellos si reviste la gravedad contemplada en la ley, como tampoco se predica que sean reiterados.* Sentencia del 8 de febrero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de Ligia Pérez vs. Jairo Osorno. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Los testimonios recibidos son responsivos, exactos y completos.* Sentencia del 10 de febrero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Olga Velasco vs. Einar Jafeth Sánchez. Z. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El alejamiento del hogar de uno de los cónyuges, grave e injustificado constituye incumplimiento de los deberes de marido y padre o esposa y madre.* Sentencia del 13 de febrero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Pedro Antonio Ramírez Ramírez vs. María Otilia Cuervo Molina. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Obligaciones que adquiere quien contrae el vínculo matrimonial.* Sentencia del 17 de febrero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Jesús Antonio Arcila Arias vs. Marta Lucía Gómez Gómez. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El alejamiento injustificado del hogar implica incumplimiento de las obligaciones que se adquieren con el matrimonio.* Sentencia del 21 de febrero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ilse Doris Judith Alvarado vs. Medardo Monzón Gómez. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 21 de febrero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el abreviado de María Helena Rodríguez vs. Bernardo Arturo Delgado. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

SEPARACION DE CUERPOS. *En tratándose de la causal de abandono, la caducidad se computa de manera diferente. El término de caducidad se inicia no cuando el abandono empezó, sino cuando cese.* Sentencia del 21 de febrero de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el abreviado de Mercedes Casallas vs. Angel Custodio Martínez. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

CASACION. *No prospera ninguno de los cargos formulados.* Sentencia del 21 de febrero de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Herederos de Joaquín Pablo Avenida Vaca vs. Humberto Victoria Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.*

CASACION. *No prospera ninguno de los cargos formulados.* Sentencia del 21 de febrero de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Asociación Colombiana de Ingenieros Electricistas, Mecánicos y de Ramas Afines "ACIEM" vs. Eduardo Rodríguez Castillo. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

ACCION REIVINDICATORIA. *El demandante presentó documentos que acreditan su dominio, con anterioridad a la posesión del demandado.* Sentencia del 22 de febrero de 1984. CONFIRMA la proferida por el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso de Rafael Casallas G. vs. Clodoveo Mancera Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *El Tribunal no erró al apreciar la sentencia del Juzgado de menores.*

PATERNIDAD NATURAL. *Posesión notoria del estado de hijo. Elementos que la integran y que deben demostrarse.* Sentencia del 22 de febrero de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Manuel Guillermo y Rubén Darío Vargas Montes vs. Manuel María Vargas. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

REVISION. Demanda. *Requisitos formales y temporales que debe cumplir.* Auto del 22 de febrero de 1984. REVOCA el proferido por la Corte Suprema de Justicia, en el recurso interpuesto por Alveiro Masso Correa. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

NULIDAD PROCESAL. *No es causal de nulidad el que el Juez no haga uso de la facultad que tiene de decretar pruebas de oficio.*

CERTIFICADOS DEL REGISTRADOR. *No suple la titulación misma que en ellos se mencione.* Sentencia del 28 de febrero de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de José Pompeyo Ruiz Calderón vs. María Bertilda Moreno de Cortés y otros. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.*

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ. *Cuando se incurre en error inexcusable generador de esta responsabilidad* (Sent. Oct. 26/72 - CXLIII, 235). Sentencia del 28 de febrero de 1984. Niega las peticiones de la demanda propuestas en el proceso de José Hernán Vera Ramírez vs. Magistrados de Cali Elmer Arias Olaya, Luis Ignacio Andrade Espinosa y Jack Sasson Shabot. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

PATERNIDAD NATURAL. Causales. *Inferencias lógicas que hace la ley para presumir la paternidad. Diferencias entre indicio y presunción. El Juez no puede salirse del marco señalado por el demandante en cuanto la declaración que pretende, el derecho cuyo reconocimiento busca y el basamento fáctico, o sea, por qué hechos aspira a que se le dicte sentencia conforme a su petitum.* Sentencia del 29 de febrero de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de María Antonia Vargas de Suárez vs. Herederos de Julio Enrique Rivero Arias. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *El error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Con prueba testimonial se demostró la causal de separación invocada.* Sentencia del 2 de marzo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ligia Rey vs. Alvaro Domínguez Caicedo. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

CASACION. Demanda. *Debe ser completa desde el punto de vista formal, sin necesidad de consultar otras piezas del expediente. Debe expresar la causal que se alegue.* Auto del 3 de marzo de 1984. Inadmite la demanda y declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior en el proceso de Húmberto Rincón Varón vs. Jorge Eliécer Caicedo Quiroga. Magistrado ponente:

Doctor *Alberto Ospina Botero.* Salvamento de Voto del doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SUCESION. Venta de derechos herenciales. *En la venta de bienes herenciales si dentro de ellos hay inmuebles, cuando se conoce el patrimonio dejado por el causante, como cuando en el proceso sucesorio se han enlistado los bienes relictos, y con posterioridad a tal inventario se negocian los derechos, dicha venta ya no es aleatoria y, por ende, procede atacarla mediante acción rescisoria por lesión enorme.* Sentencia del 3 de marzo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Agustín y Jorge Moncaleano García vs. José Elmer Prado Salcedo. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

ERROR DE HECHO. En dictamen pericial. *La discrepancia del recurrente con la apreciación que de esta prueba hizo el Tribunal, no constituye el error trascendente o evidente que alega como causal de casación.* Sentencia del 5 de marzo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario de Purificación Navajas de Moreno vs. Enrique Acevedo Quintero y Teresa Chávez Hernández. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.*

CASACION. Suspensión o ejecución de la sentencia. *En los procesos de filiación natural, cuando se acumula la petición de herencia, el recurrente tiene la carga de pedir la suspensión de la ejecución de la sentencia, o suministrar lo necesario para la expedición de las copias para su cumplimiento.* Auto del 6 de marzo de 1984. Declara inadmisible el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Raúl, Jaime y Moisés David vs. Herederos de Jaime Castrillón Jaramillo. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

CASACION. Cargas procesales. *El deudor de costas liquidadas y aprobadas, puede interponer el recurso de casación y se le puede conceder y admitir por la Corte. Pero no se le puede dar trámite a la demanda, acto procesal distinto de la "interposición" del recurso.* Auto del 7 de marzo de 1984. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Guillermo de Mendoza de la Torre vs. INVICO LTDA. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

VIOLACION INDIRECTA. LEY SUSTANCIAL. *Cuando las disposiciones de la sentencia de instancia se apoyan en las apreciaciones que el Juez hace de un número plural de pruebas, cualquiera de las cuales le presta base sólida al fallo, éste no puede aniquilarse en casación si el recurrente no combate en el mismo cargo, con éxito, la integridad de dichas apreciaciones.* Sentencia del 6 de marzo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Campo E. Tapia vs. Transportes de Carga Duque S. A. "TRANSDUQUE". Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Con prueba testimonial se demostró la causal de separación invocada.* Sentencia del 6 de marzo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de María del Socorro Palau vs. Víctor Vicente Caicedo Romero. Magistrado ponente. Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 6 de marzo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Omar Osorio García vs. Luz Divia Valencia Gallo. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Con prueba testimonial se demostró la causal de abandono alegada.* Sentencia del 8 de marzo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Judith Ortiz vs. Pedro Antonio Cardona. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La Corte sí es competente para conocer de esta clase de procesos. El abandono de los deberes de padre conlleva la pérdida de la patria potestad sobre el hijo menor.* Sentencia del 12 de marzo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Gloria Inés Buitrago vs. Víctor Edo. Pérez Castaño. Magistrado ponente. Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

SEPARACION DE CUERPOS. Perención del proceso. *Para que opere es necesario que exista proceso, eso es, que se haya notificado la demanda al demandado.* Sentencia del 13 de marzo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior en el abreviado de Esther Rueda Gómez vs. Josué Franco Mendoza. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. *No se demostró la causal de separación alegada.* Sentencia del 13 de marzo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Juan Crisóstomo Beltrán vs. Ana Dolly Loaiza Peláez. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

CASACION. Preceptiva técnica. *Las normas de procedimiento por sí solas no fundan la causal primera. Proposición jurídica incompleta.* Sentencia del 14 de marzo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Javier Botero Londoño vs. Herederos de Juan de Dios Uribe Toro. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

APELACION. *Es susceptible de apelación el auto que sin tramitar un incidente, lo decide bajo la apariencia formal de un rechazo.* Auto del 1º de marzo de 1984. Se inhibe de conocer sobre la apelación interpuesta contra el auto del Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Fabiola María Sanabria de Colmenares vs. Ismael Colmenares Moreno. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

PATERNIDAD NATURAL. Efectos patrimoniales. *Siendo voluntario el litis consorcio pasivo que existe en esta clase de acciones, para los efectos patrimoniales de las mismas no puede existir caducidad respecto de los demandados a quienes se les notificó dentro del bienio el auto admisorio de la demanda, por la circunstancia de que haya otro u otros a quienes no se les hizo dicha notificación dentro del citado bienio.* Sentencia del 15 de marzo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario de Rosa María Villa vs. Empresas Públicas de Medellín. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.*

NULIDAD PROCESAL. *Desde que el demandado al contestar la demanda invoque en su defensa hechos constitutivos de excepciones de fondo, aunque no los califique como tales, se debe dar al demandante la oportunidad de pedir pruebas en relación con esos hechos, so pena de incurrir en nulidad del proceso de ahí en adelante.* Sentencia del 15 de marzo de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Luis Alberto Cifuentes Lindarte vs. Alfonso Saavedra Cárdenas. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Obligaciones y deberes que se adquieren con la celebración del matrimonio.* Sentencia del 22 de marzo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el abreviado de Enit del Socorro Estrada vs. Carlos Ignacio Sánchez Cerón. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La Corte sí es competente para conocer de esta clase de procesos. Cuando se trata de conductas que implican incumplimiento, como ellas perduran en tanto él persiste, no puede operar la caducidad; en otras palabras, el término de caducidad empieza a correr desde el momento en que el obligado vuelva a cumplir.* Sentencia del 22 de marzo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Marta Lucía López Hurtado vs. Jesbahan Hurtado Leal. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La Corte es competente para conocer de esta clase de procesos.* Sentencia del 22 de marzo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior en el abreviado de Blanca Virginia Jiménez vs. Santiago de Jesús Bernal Cárdenas. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La Corte es competente para conocer de esta clase de procesos. Obligaciones y deberes que se adquieren con el matrimonio.* Sentencia del 22 de marzo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Elsa Amparo Uribe Sánchez vs. Jesús Antonio Rendón Betancur. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. *La muerte ocurrida en accidente de trabajo da lugar a reparación de perjuicios, no por responsabilidad aquiliana, sino por responsabilidad contractual derivada precisamente del contrato de trabajo y es la jurisdicción laboral la competente para conocer del litigio.* Sentencia del 26 de marzo de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Carolina Marín de Tangarife e Hijos menores vs. Gerardo y Raúl Correra. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Las diversas especies de responsabilidad. La legitimación en causa activa del directamente perjudicado con un accidente. La legitimación en causa pasiva del patrón que en cuanto tal es guardián jurídico de la cosa inanimada causante del daño.*

CARGAS PROCESALES. Pecuniarias. *Al deudor de costas liquidadas se le impone como sanción que la demanda de casación debe considerarse como si no se hubiera presentado oportunamente, porque tanto da no entregarla dentro del término de traslado como presentarla sin poder ser oído.* Auto del 27 de marzo de 1984. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Iván Rodríguez Barroso vs. Bancos Francés Italiano de Colombia Sudameris y Cafetero. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerrra Samper.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR HUMBERTO MURCIA BALLEN. *Si muy a pesar de encontrarse un litigante en la situación de no ser oído, la Corte lo oye, no obstante la prohibición legal, y se le admite la demanda de casación, ese presunto yerro no puede perjudicar al recurrente para sancionarlo tardiamente con la pérdida del recurso.*

REVISION SENTENCIA. JUZGADO DE MENORES. *En este proceso ordinario debe comparecer el menor obrando a través de su representante legal (la madre) y no del curador* ad lítem *que se le designó en el Juzgado de Menores.* Sentencia del 27 de marzo de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario de Teudolio Muñoz vs. La menor María Aldery Cardona. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se demostró una de las causales de separación invocadas.* Sentencia del 29 de marzo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Romelia Alvarez vs. Gustavo Castiblanco Espejo. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El abandono de los deberes de padre conlleva la pérdida de la patria potestad, que debe decretarse en la sentencia de divorcio o de separación de cuerpos.* Sentencia del 29 de marzo de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Fanny Peña Rojas vs. Carlos Gabriel Carvajal. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 29 de marzo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Giomar Fonseca Preciado vs. José Edgar Araméndez Sáenz. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 29 de marzo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Luis Felipe Ramos vs. Carmen Coronel. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

CASACION. Recurso desierto. *Aunque la demanda fue presentada dentro del término de traslado correspondiente, es lo mismo que si no lo hubiera sido, en atención a que la parte recurrente no puede ser oída, por ser deudora de honorarios de perito.* Auto del 29 de marzo de 1984. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de María Junguito de Angel Montoya y Antonio M. Angel Junguito vs. Fondo para el Desarrollo Educativo. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ALBERTO OSPINA BOTERO. *La sanción de no ser oído ha debido aplicarse* ab initio, *al calificar la demanda de casación y no cuando el proceso está para dictar sentencia.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR HUMBERTO MURCIA BALLEN. *Las sanciones deben aplicarse oportunamente y no en forma tan tardía como en el caso presente, cuando lo único que procedía era dictar la sentencia.*

TERMINOS JUDICIALES. *Se fundan en los principios del impulso procesal y de la eventualidad. Su cómputo en las eventualidades previstas por la ley.* Auto del 29 de marzo de 1984. No revoca el auto atacado y proferido por la Corte Suprema de Justicia, en el ordinario de José Vicente Herrera Gacha vs. Rifas El Dorado Rodríguez y Madrigal Ltda. y otros. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

CASACION. Se dicta sentencia inhibitoria. *Como la demanda de casación se admitió cuando el recurrente era deudor de honorarios periciales, por lo que no debió ser oído, el auto admisorio de la demanda resulta ilegal, y por ende, la Corte para salvar su propio yerro, debe abstenerse de estudiar el recurso en el fondo.* Sentencia inhibitoria del 30 de marzo de 1984. Tribunal Superior de Manizales, proceso ordinario de Libardo Ochoa Arroyave vs. Miguel Angel Macareno. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES ALBERTO OSPINA BOTERO Y HECTOR GOMEZ URIBE. *No se debe sacrificar el derecho sustancial por el derecho a las fórmulas. Ha debido decidir de fondo el recurso interpuesto*

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER. *Una sanción es no oír al deudor de costas y otra la de apreciar una prueba que ocasionó gastos en su práctica, que quien la pidió no satisfizo oportunamente.*

SEPARACION DE CUERPOS POR MUTUO ACUERDO. Revisión. *Las decisiones que tomen los jueces en materia de alimentos no son susceptibles del recurso extraordinario de revisión, porque sólo hacen tránsito a cosa juzgada formal y puede modificarse por otros medios legales.* Sentencia inhibitoria del 30 de marzo de 1984. Proceso verbal de Rafael Moreno Monroy y Luz Marina Gallego de Moreno. Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

CASACION. *No es susceptible de este recurso extraordinario el auto que decide sobre la excepción previa de prescripción.* Auto del 30 de marzo de 1984. Declara inadmisible el recurso interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Gloria Cuevas Fonseca vs. Ospinas & Cía. S. A. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Es susceptible del recurso de casación la providencia que resuelve una excepción de fondo que excepcionalmente puede proponerse como previa.*

CASACION. *Cuando la sentencia no verse exclusivamente sobre el estado civil, el recurrente debe pedir la suspensión de la sentencia, o suministrar lo necesario para las copias, para su ejecución, so pena de que el recurso no le sea admitido.* Auto del 30 de marzo de 1984. No admite el recurso interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Gonzalo Humberto y Arnulfo Gerardo Ruano vs. Herederos de Demetrio Díaz Benavides. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

PREJUDICIALIDAD. *Es tema completamente ajeno a la sentencia y se decide por auto anterior.*

CONTRATO DE TRANSPORTE. *Responsabilidad contractual de la empresa frente a los herederos del pasajero fallecido.* Sentencia del 2 de abril de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Blanca Marina González vda. de Ramírez e hijos vs. Flota Valle de Tenza S. A. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura.*

COMPLEMENTO DE VOTO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *La determinación judicial de un perjuicio, la devaluación monetaria y el principio de la no reforma en perjuicio del apelante.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR HUMBERTO MURCIA BALLEN. *La providencia que revocó la sentencia de 1ª instancia y dispuso la suspensión del proceso no es propiamente una sentencia, luego no goza del recurso de casación.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* Sentencia del 2 de abril de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Flor Elisa Rodas Muñoz vs. Fernando Jaramillo Abril. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Falta de competencia que genera nulidad del proceso.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 2 de abril de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de María Crucelli Tamayo vs. Jorge Eliécer Dávila Vallejo. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. *No se demostró ninguna de las causales de separación invocadas.* Sentencia del 2 de abril de 1986. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de Olga Mariela Muñoz vs. Angel María Torres. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono grave e injustificado de los deberes de esposa por parte de la demandada.* Sentencia del 2 de abril de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Mario Romero Torres vs. Marlene Muñoz Valencia.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

CASACION. Causal 1ª. *Para su prosperidad es indispensable que el recurrente impugne todos los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, de lo contrario, el ataque resulta vano.* Sentencia del 2 de abril de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de María del Tránsito Patiño Patiño vs. Arcesio Bernal González y José Ramírez Duque. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono. Lo corrobora el hecho de haber tenido que emplazar al demandado.* Sentencia del 2 de abril de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ana Ester Puentes Riveros vs. Gustavo Jiménez Jiménez. Magistrado ponente: Doctor ... ...

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

MEDIO NUEVO. *No es dable atacar por vez primera ante la Corte los elementos probatorios que como tales no tuvieron tacha alguna en los trámites de instancia.* Sentencia del 2 de abril de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal

Superior de Medellín, en el ordinario de Minerales Micronizados Ltda. vs. Recuperaciones Industriales Ltda. "Recidales Ltda.". Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *La alegación de haber sido violada una norma imperativa por falta de aplicación que no había sido invocada en las instancias, en modo alguno puede ser medio nuevo en casación. ¿Qué debe entenderse como medio nuevo?*

ACCION REIVINDICATORIA. *Elementos axiológicos. Cuando propietario y poseedor presentan títulos, se deben confrontar y definir cuál de ellos debe prevalecer, tomando como derroteros la validez y antigüedad. Identificación del inmueble.* Sentencia del 2 de abril de 1984. REVOCA la proferida por el Juzgado 10 Civil del Circuito de Medellín, en el ordinario de Escobar Llupia Ltda. e Inversiones Uribe Vélez vs. Alirio Aristizábal Parra. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

CASACION. Deserción del recurso. *Se revoca la providencia que había admitido el recurso, porque el recurrente no suministró lo necesario para las copias para la ejecución de la sentencia, ni prestó la caución.* Auto del 2 de abril de 1984. Declara inadmisible el recurso. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura.*

EMPLAZAMIENTO. Nulidad por deficiencias. *La constancia de la publicación radial no tiene el carácter de "certificación auténtica" que exige la ley.* Auto del 2 de abril de 1984. Decreta la nulidad de lo actuado en el abreviado de Aracely Niño vs. Luis Humberto González Ramón. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

CASACION. *El auto que declara desierto el recurso de casación previamente concedido, y el que deniega la concesión del interpuesto, son diferentes. El recurso de queja sólo procede contra el segundo.* Auto del 2 de abril de 1984. Rechaza el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el abreviado de Gabriel Díaz Barrera vs. Bárbara Torres de Díaz y otro. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

CARGA PROCESAL. Costas liquidadas. *Cuando se presentó la demanda de casación el recurrente era deudor de costas liquidadas y por eso no se oyó y el pago posterior es extemporáneo.* Auto del 2 de abril de 1984. NO REVOCA el proveído impugnado. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

AGENCIAS EN DERECHO. Tasación. *Circunstancias especiales que deben tenerse en cuenta en su fijación.* Auto del 3 de abril de 1984. Declara infundada la objeción. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

CARGA PROCESAL. Honorarios del perito. *Si no se cumple estrictamente el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil no se puede admitir el recurso de casación.* Auto del 12 de abril de 1984. Inadmite el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

CASACION. Requisitos demanda. *Cuando se denuncie en el cargo violación de la ley sustancial, se debe expresar con claridad y precisión el concepto de la violación, so pena de inadmitirse el recurso.* Auto del 13 de abril de 1984. Niega la reposición. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

CASACION. Causal 1ª. *No se demostró el error de hecho que se atribuye al Tribunal.* Sentencia del 14 de abril de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el ordinario de Juan Caballero Acevedo vs. Herederos de Eva María Alarcón. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura.*

CASACION. Causal 1ª. *Estudio de los tres conceptos de violación: falta de aplicación (por omisión), aplicación indebida e interpretación errónea (por comisión).* Sentencia del 28 de abril de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Gloria Sofía Gutiérrez Reyes vs. Jorge Antonio Gutiérrez Avila y Cecilia Fonnegra de Gutiérrez.

ADICION AL VOTO DE LOS DOCTORES HUMBERTO MURCIA BALLEN Y NICOLAS PAJARO PEÑARANDA. *Estudio de la naturaleza de las deudas contraídas por uno de los cónyuges en relación con la sociedad conyugal.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Técnica de casación. De cómo el concepto de violación de una norma sustancial por interpretación errónea es autónomo y por consiguiente ajeno tanto a la falta de aplicación como a la aplicación indebida.*

#96.

LANZAMIENTO. *Interpretación del contrato de arrendamiento celebrado.* Sentencia del 30 de abril de 1984. Decreta lanzamiento. Se inhibe con relación a la Embajada. Sociedad Inmobiliarias Asociadas Ltda. vs. Embajada de Haití Lindsay Plantín Dorosier y Oscar Hurtado Amézquita (Max Jadotte).

IMPEDIMENTO. *Se respeta el fuero de quien lo expresa, sin otra prueba.* Auto del 7 de mayo de 1984. Acepta el impedimento manifestado por el Magistrado Salcedo Segura para conocer del recurso de queja propuesto dentro del proceso ordinario de GILPA LTDA. vs. Metálico S. A. y otras. Magistrado ponente: Doctor ...

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES HECTOR GOMEZ URIBE Y NICOLAS PAJARO PEÑARANDA. *El interés directo o indirecto previsto como impedimento, debe referirse al litigio mismo y no al criterio general o jurídico sobre el tema de derecho discutido.*

11 99.

CASACION. Técnica. *Si se acusa la sentencia por violación de varias disposiciones, la Corte no tiene necesidad de entrar a estudiar los fundamentos, si la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no ha sido atacada en casación.*

ERROR DE HECHO. *El Tribunal no incurrió en él.* Sentencia del 10 de mayo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Industria Construcción Prefabricados Ltda. "ICOMPRE LTDA." vs. Propiedad Horizontal Inversiones e Industrias Ltda. "PROPINDUSTRIAS". Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

#101

INCONSONANCIA. *No se da en los fallos absolutorios o totalmente favorables a la parte demandada.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Vía directa. *El recurrente debe estar de acuerdo con la apreciación que ha hecho el Tribunal de la situación fáctica litigiosa.* Sentencia del 11 de mayo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de Luis Alberto García Páez vs. Jaime Bernal y otro. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

#102.

DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS. *Sólo se dan cuando hay verdadera contradicción que impida la ejecución completa de la sentencia. No se da cuando el antagonismo es aparente y desaparece mediante una lógica y razonada interpretación del conjunto de la sentencia. No se da en la sentencia que declara rescindido el contrato por lesión enorme y reconoce la opción del artículo* 1948 *del Código Civil.* Sentencia del 11 de mayo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Fabio Maya Morales y Angela Maya de Aguirre vs. Sergio Correa Maya. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

#103

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ. INCONSONANCIA. *No ocurrió, pues el fallo fue totalmente absolutorio.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL *No se indicó en forma expresa el concepto de la violación del artículo* 40 *del Código de Procedimiento Civil.* Sentencia del 14 de mayo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario de Angel Gabriel Bautista Hermosa vs. Juez 1º Civil del Circuito de Neiva, Jesús Antonio Díaz Mosquera. Magistrado ponente: Doctor *Nicolás Pájaro Peñaranda.*

CASACION. Requisitos demanda. *Los requisitos formales de la demanda deben aparecer en forma expresa en el mismo libelo, no pueden darse por demostrados por la vía de la inferencia. Tal es el caso de la causal de casación y del concepto de la violación de la ley.* Auto del 15 de mayo de 1984. Niega reposición. Magistrado ponente: Doctor *Nicolás Pájaro Peñaranda.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *La Corte encuentra que el demandado no demostró haber cumplido a cabalidad sus deberes de esposo en especial el de colaborar con los gastos de la familia.* Sentencia del 17 de mayo de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Beatriz Koop vs. Guillermo Gómez Sierra. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

LEGITIMACION EN CAUSA. *En el proceso ordinario no es menester que esté demostrada cuando se presenta la demanda, como sucede en algunos procesos especiales, como tampoco la existencia del contrato que se pretende anular Su demostración se hace a lo largo del proceso.*

PROMESA DE COMPRAVENTA. Nulidad. *Desde que en el lugar haya dos o más notarías aunque queden muy cerca, es indispensable señalar en cuál de ellas se otorgará la respectiva escritura pública. En las prestaciones mutuas se tiene en cuenta la desvalorización de la moneda.* Sentencia del 17 de mayo de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario de Rubén Darío Sánchez Vargas vs. Héctor Hernández Díaz y otros. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *No se demostró ninguno de los hechos en que se fincó la demanda.* Sentencia del 18 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Lilia Villegas vs. Rubén Arce. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Los Tribunales y la Corte no tienen competencia para conocer de procesos de separación de cuerpos de matrimonios católicos cuando se invocan las causales de la Ley 1ª de 1976, caso en el cual los competentes son los jueces civiles del circuito.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *Quedó demostrado con la prueba testimonial y la no comparecencia del demandado a pesar de haber sido emplazado.* Sentencia del 18 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Luz Stella García Vargas vs. Javier Edo. Jaramillo Buitrago. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

MEDIDAS CAUTELARES (Separación de Cuerpos). *El auto que decreta medidas cautelares no es susceptible del recurso de apelación.* Auto del 18 de mayo de 1984. Inadmite el recurso interpuesto contra la setencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de María Margarita Williamson Pardo vs. Germán Uricochea Salazar. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *El alejamiento del hogar por parte de uno de los cónyuges, sin causa que lo justifique, constituye incumplimiento de los deberes de esposo y padre o esposa y madre, y trae aparejado el incumplimiento de otros deberes como el de socorro y ayuda.* Sentencia del 21 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Angela Nur Díaz vs. Adalgo Sánchez. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. *En la separación de cuerpos al igual que en el divorcio, únicamente puede solicitarla quien no haya dado lugar a ella. Cuando la culpa de uno de los cónyuges, o la suspensión por éste del cumplimiento de sus deberes sea consecuencia o resultado de la culpa del otro, no podrá éste solicitar el divorcio o la separación de cuerpos por el solo motivo de la falta del primero, por ser entonces responsable también de la misma.* Sentencia del 21 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el abreviado de Luis Armando Sáenz Zambrano vs. Polonia Angelita Ordóñez. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Ni la demandante, ni el demandante en reconvención demostraron los hechos en que fundaban sus peticiones.* Sentencia del 21 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Esperanza Duque vs. Luis Eduardo Quintero Guzmán. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *Se demostró con los testimonios recibidos dentro del proceso.* Sentencia del 21 de mayo de 1984.

CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Luz Socorro Cadavid Meneses vs. Guillermo León Lozano. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *Se demostró la prueba testimonial y se corrobora con el emplazamiento del demandado.* Sentencia del 21 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Magnolia Manrique Márquez vs. Frank Maxwell Oduber. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Trato cruel y maltratamientos de obra del demandado para con su esposa.* Sentencia del 21 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Gloria Suárez vs. Daniel Díaz A. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *El alejamiento del hogar de uno de los cónyuges conlleva el grave incumplimiento de sus deberes adquiridos con el matrimonio.* Sentencia del 21 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de Flor María Díaz Duarte vs. Severo Luis Duarte. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *El alejamiento del hogar de uno de los cónyuges conlleva el grave incumplimiento de los deberes adquiridos con el matrimonio.* Sentencia del 21 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Delia Esther Peñaloza vs. Gilberto Antonio Echenique Soto. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. Daños producidos por un animal. *Al igual que en las actividades peligrosas, la ley presume la culpa. La legitimación activa la tiene el perjudicado, que puede ser dueño, poseedor, o tener cualquier otro título.*

CONCURRENCIA DE CULPAS. *Cuando la víctima contribuyó en alguna forma a la producción del daño.* Sentencia del 21 de mayo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el ordinario de Luis Rafael Vanegas Ortiz vs. Yamil J. Bayter L. o Yamil Josseff Hebayter. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

CONFLICTO DE COMPETENCIA. Jueces de menores. *Trabada la relación jurídico procesal, el cambio subsiguiente de domicilio de las partes no implica variación de la competencia inicialmente atribuida a determinado juzgador como quiera que respecto de esa particular situación rige el principio de la* 'perpetuatio jurisdictionis'. Auto del 21 de mayo de 1984. Es competente el Juez Promiscuo de Menores de Villavicencio, para seguir conociendo del proceso de alimentos adelantado por Blanca Ruth Miranda Parra vs. Marco Antonio Parra Jiménez. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Matrimonio. *Deberes y obligaciones que se adquieren. Su violación o incumplimiento da lugar a la separación solicitada.* Sentencia del 22 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Martha Silvia Tapias Uribe vs. Darío de Jesús Ricaurte Blandón. Magistrado ponente: Doctor *Nicolás Pájaro Peñaranda.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *Lo corrobora el hecho de haber tenido que empla-*

zar a la demandada y no haber comparecido al proceso. Sentencia del 22 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Ismael Carrascal Llorente vs. Olivia Suárez Martínez. Magistrado ponente: Doctor *Nicolás Pájaro Peñaranda.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *Se demostró con la prueba testimonial y con la no comparecencia del demandado, a pesar de haber sido emplazado.* Sentencia del 22 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Adalgiza Díaz Chaux vs. Jorge Chaux P. Magistrado ponente: Doctor *Nicolás Pájaro Peñaranda.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 22 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de María Fabiola Rodríguez Márquez vs. Juan Alberto Rodríguez Páez. Magistrado ponente: Doctor *Nicolás Pájaro Peñaranda.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *Cuando uno de los cónyuges abandona el hogar, incumple gravamente con los deberes que adquirió al contraer el matrimonio.* Sentencia del 22 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Luz Marina Gutiérrez Jordán vs. Fernando Jaramillo López. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 22 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de Arnulfo López Moreno vs. Marina Vega. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 22 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de María Aurora Aragón vs. Félix Enrique Larrota. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 22 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Rosalba Vega vs. Luis Enrique Sepúlveda. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 22 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Luisa Gualteros vs. Saúl Trillos Díaz. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *Quedó demostrado con los testimonios recibidos.* Sentencia del 22 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de Elizabeth Sánchez Ortiz vs. Oscar Uribe Mantilla. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El abandono injustificado conlleva la desatención de las obligaciones que se adquieren con el matrimonio.* Sentencia del 22 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Beatriz Navas Sierra vs. John Wayne Greene Pennington. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 22 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el abreviado de María Lidia Villota vs. César Cristóbal An-

drade. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

129

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 23 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Evelyn Zarruk vs. Felipe Antonio Casas Niño. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

130

SEPARACION DE CUERPOS. *La Corte encontró demostrada la causal de separación invocada.* Sentencia del 23 de mayo de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el abreviado de Luis Fernando Fuel vs. Gloria Alicia Ortiz. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

130

SEPARACION DE CUERPOS. Caducidad. *La causal de malos tratos alegada por el demandante se encontraba caducada cuando presentó la demanda.* Sentencia del 23 de mayo de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Héctor Miguel Agudelo vs. Magdalena Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

132

CASACION. Causal 1ª. *No prosperan los cargos formulados por deficiencias de técnica.* Sentencia del 30 de mayo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el ordinario de Eva Vivas de Otálvaro vs. Herederos de Juan José Vivas y personas indeterminadas. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

133

CASACION. *El recurrente estuvo descaminado en la escogencia de la causal, pues no podía escoger la causal 2ª, cuando le era imperioso aducir la causal del numeral quinto.* Sentencia del 30 de mayo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Pablo Enrique Arévalo y otros vs. Herederos de Pedro Moreno y otros. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

CARGA PROCESAL. Copias del proceso. *La Corte en 1975 sostuvo que si el Tribunal concedía el recurso, no podía luego la Corte inadmitirlo. A mediados de 1976 cambió de criterio para sentar lo contrario. Estudio del tema.* Auto del 30 de mayo de 1984. No repone el auto recurrido. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

EXCEPCION PREVIA. *Se reitera la jurisprudencia en el sentido de que no goza del recurso de casación el auto que decide la excepción de cosa juzgada que se propone como previa.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR HECTOR GOMEZ URIBE Y DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Por ser una sentencia de fondo, aunque se formule como previa, debe gozar del recurso de casación.* Auto del 31 de mayo de 1984. Declara inadmisible el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Jorge Aníbal Arenas Avila vs. María Cristina Arenas de Duarte y otra. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

LA LEY EN EL TIEMPO. Ley 2ª/84. *Se promulgó en el Diario Oficial número* 36.450 *del* 17 *de enero de* 1984, *los recursos interpuestos desde ese día en adelante se rigen por la ley nueva (art. 52).* Auto del 5 de junio de 1984. Estima bien denegado el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Jesús María Gutiérrez vs. Contrainversiones "La Portada Ltda.". Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura.*

CONFLICTO DE COMPETENCIA. Domicilio Civil. *Existe en Colombia la pluralidad de domicilios con respecto a una misma persona, y en cualquiera de los dos juzgados podía conocer del proceso a prevención.* Auto del 7 de junio de 1984. Es competente el Juzgado 2º Civil del Circuito de Villavicencio para seguir conociendo del proceso ejecutivo interpuesto por Luis F. Cuesta vs. Carlos Ladino. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura.*

134

ACCION REIVINDICATORIA. Entre herederos. *El patrimonio es una universalidad dinámica. La herencia es una universalidad estática. Ningún heredero es titular de acción reivindicatoria, salvo cuando se reivindica para la he-*

rencia un bien de propiedad del causante. Si el demandado es un titular de derecho de herencia, en su condición de cesionario de un heredero reconocido, no es un tercero poseedor, no hay lugar a esta acción, sino a las previstas para dirimir conflictos entre herederos. Sentencia del 7 de junio de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Inversiones Astorga vs. Oscar Pérez. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura.*

MARCAS, REGISTROS Y PATENTES. Competencia. *De acuerdo con el Código de Comercio de los asuntos relacionados con la nulidad de un registro, la declaración de caducidad de una patente, anulación de patentes de inversión y nulidad de certificados de dibujos o modelos y anulación de certificado de marcas, conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (art. 567, 680 y 596 C. de Co.). La acción para la caducidad de una marca registrada, solicitudes de patentes o registros de marcas son conocidas por la Oficina de Propiedad Industrial del Ministerio de Desarrollo Económico. Los conflictos por empleo de nombres comerciales o de marcas de productos son de competencia de los jueces civiles del circuito (art. 609) a través del procedimiento abreviado y por tanto no admiten casación. La Corte Suprema de Justicia carece de competencia funcional para desatar recursos interpuestos contra actos que no pertenecen a la jurisdicción ordinaria.* Auto del 11 de junio de 1984. Revoca y dispone inadmitir el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Banco Internacional de Colombia vs. Corporación Financiera Internacional S. A. Magistrado ponente: Doctor *Nicolás Pájaro Peñaranda.*

INCONSONANCIA. *Cuando el fallo atacado no es contentivo de una resolución de mérito, sino simplemente inhibitorio, no es posible impugnarlo con estribo en la causal segunda, puesto que no se configuran ninguna de las tres hipótesis de inconsonancia.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Diferencias entre la violación directa y la violación indirecta. No se denunciaron las normas que regulan las arras y la cláusula penal.* Sentencia del 18 de junio de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Jorge N. Chahin vs. Humberto Muriel Martínez. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

INCONSONANCIA. Declaración oficiosa de nulidad. *Estando como está el Juez facultado por la ley para declarar oficiosamente la nulidad de un acto, no puede incurrir en inconsonancia en la sentencia, cuando ejercita esa facultad.*

ERROR DE HECHO. ERROR DE DERECHO. *Diferencias que los distinguen y que impiden que se confundan en uno solo.* Sentencia del 19 de junio de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Mario Llano Aristizábal y Darío Uribe Aristizábal vs. Guillermo Aristizábal Mejía en su propio nombre y como sucesor testamentario y albacea de Emilia Aristizábal Gómez. Magistrado ponente: Doctor *Nicolás Pájaro Peñaranda.*

EXCEPCIONES PREVIAS. *Por ser un auto, la providencia que decide las excepciones propuestas como previas, no goza del recurso de casación.* Auto del 20 de junio de 1984. Estima bien denegado el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Marco Aurelio Bonilla Parra vs. Colpatria S. A. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura.*

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGÚRA. *Cambió de criterio al respecto, pero sigue considerando que mediante reforma legislativa debería concederse el recurso extraordinario a esa clase de autos.*

TERMINOS JUDICIALES. *Su importancia. Cómo se efectúa su cómputo.* Auto del 20 de junio de 1984. Deniega reposición. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. Trato cruel. *Se demostró con la prueba testimonial arrimada al proceso.* Sentencia del 21 de junio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Clara Inés Borrero Peña vs. Jorge Eliécer Lozano Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Presupuestos procesales. *Debe declararse de oficio en la sen-*

tencia, si existen o no. Demanda en forma: no se expresa cuáles son los hechos constitutivos de los motivos de separación invocados, ni se manifiesta cuándo o desde cuándo tuvieron ocurrencia. Sentencia del 21 de junio de 1984. Revoca la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Francisco Guevara vs. Ana Cecilia Díaz. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Con prueba testimonial se demostró la causal de separación invocada.* Sentencia del 21 de junio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Lucía Isabel Mejía vs. Roberto Posada G. Magistrado ponente: Doctor *Nicolás Pájaro Peñaranda.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Demanda. *Presupuestos procesales. Análisis de la demanda en forma, en cuanto al acápite de hechos o causa petendi.* Sentencia del 21 de junio de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Julia Stella Ariza vs. Luis Francisco Reyes Niño. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono *Lo corrobora el hecho de haber tenido que emplazar al demandado.* Sentencia del 21 de junio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Concepción Martínez Olmos vs. Florentino Díaz Torres. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *Lo corrobora el hecho de haber tenido que emplazar al demandado.* Sentencia del 21 de junio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Eduardo Blanco Gallego vs. Inés de Jesús Osorno Gil. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 21 de junio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Ana Joaquina Mejía vs. Antonio María Aponte Martínez. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

PATERNIDAD NATURAL. *Causal de relaciones sexuales, sus requisitos. Excepción* plúrium constupratorum. *El Tribunal no erró en el examen de la prueba.* Sentencia del 21 de junio de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Eparquio Cortés vs. Herederos de Hernando Salazar Sanabria. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 21 de junio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de María Claribel Agudelo vs. José Samuel Rojas.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

CADUCIDAD. *Hipótesis que se pueden presentar para declararla. Su análisis a partir de la Ley 1ª de 1976. Se estableció sólo para algunas causales de separación y no para todas.* Auto de 21 de junio de 1984. CONFIRMA el proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Raquel Eugenia del Socorro Bonarcelly Acosta vs. Jesús Hernando Donado Durán. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

AUTOS ILEGALES. *No obligan al juzgador en el momento de desatar el litigio.* Auto del 21 de junio de 1984. Rechaza la petición hecha al Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso de Mercedes Molano vs. Félix Antonio Cáceres. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 26 de junio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Jairo Pérez Montenegro vs. Julia Peña. Magistrado ponente: Doctor ...

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 26 de junio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de María Esperanza de los Angeles Herrera vs. José Medardo Castrillón C. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 26 de junio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de María Rocío Aristizábal Acosta vs. Francisco Vivioni Gervsi. Magistrado ponente: Doctor ...

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 26 de junio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Margarita Márquez vs. Ernesto Gómez C. Magistrado ponente: Doctor ...

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *Se demostró con la prueba testimonial recibida en el proceso.* Sentencia del 3 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Milciades Novoa Riveros vs. María Eugenia del Socorro Calle. Magistrado ponente: Doctor *Nicolás Pájaro Peñaranda.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

CONTRATO DE SEGUROS. *No fue posible probar la existencia del siniestro dentro del riesgo asegurado, ni la cuantía de la pérdida sufrida, por tanto no puede deducirse responsabilidad alguna para la demandada, que se absuelve.* Sentencia del 3 de julio de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Editorial Capricornio S. A. vs. Aseguradora del Valle S. A. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SIMULACION. *Puede ser absoluta o integral y relativa o de medio. Se reitera la tesis de que en la simulación no existen dos operaciones, una pública y otra privada, sino "una entidad negocial única". No hay un doble contrato sino uno mero.* Sentencia del 3 de julio de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario de sucesiones de Elisio Piratoba y María Braulia Piratoba de Piratoba vs. María Emilia Piratoba de Ruiz. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *Lo corrobora el hecho de haber tenido que emplazar al demandado.* Sentencia del 3 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Lilia Lozano García vs. Manuel M. Castañeda P. Magistrado ponente: Doctor *Nicolás Pájaro Peñaranda.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 3 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de Brandamina Reyes vs. Víctor Manuel Orbegozo. Magistrado ponente: Doctor *Nicolás Pájaro Peñaranda.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La Corte es competente para conocer de estos procesos. El cónyuge que incumpla sus obligaciones adquiridas por el matrimonio, da lugar a la separación.* Sentencia del 3 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Rosa María Ruiz M. vs. Luis Horacio Medina J. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El demandante cumplió con la carga procesal de probar los supuestos de éxito de sus pretensiones.* Sentencia del 3 de julio de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Carlos Alberto Duque Cardona vs. Luz Stella Merchán. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *El dicho de los testigos se corrobora con el hecho de haber tenido que emplazar al demandado.* Sentencia del 3 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Gloria Isabel Restrepo vs. César Kleber Jurado Solórzano. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 3 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Luz Mary Dávila Moreno vs. Henry Ramírez González. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. Reformatio in pejus. *No es principio absoluto. No se incurre en él cuando el superior debe resolver sobre puntos íntimamente relacionados con el tema. Por eso puede la Corte al examinar el proceso, resolver sobre la suspensión de la patria potestad del demandado que abandonó al hijo menor.* Sentencia del 3 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Carlos Ismael Coll Maldonado vs. Margarita Gómez. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Patria potestad. *Aunque no se pidió en la demanda, la Corte decreta la suspensión de la patria potestad por parte del padre, sobre la menor hija que dejó en el abandono.* Sentencia del 4 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de María Eugenia Díaz vs. Egon José Stormar Quintero. Magistrado ponente. Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SIMULACION. Indicios. *No incurrió el Tribunal en errores de hecho o de derecho al interpretar los indicios y conectarlos entre sí para concluir las simulaciones alegadas.* Sentencia del 4 de julio de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Adolfo Guzmán vs. Gloria Moreno Flórez y Luis Flórez Espinosa. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

ERROR DE HECHO. ERROR DE DERECHO. *Características de cada uno.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Vía directa, preceptiva técnica.* Sentencia del 4 de julio de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario de Rogelio Orozco vs. Transportes Rápido Marsella S. A. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. Nulidad. *Se declara la nulidad de lo actuado por indebido emplazamiento de la demandada.* Auto del 4 de julio de 1984. Declara la nulidad de lo actuado en el abreviado de Jesús David Corso Ramírez vs. Daniela Mendoza Rivera. Tribunal Superior de Cúcuta. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SENTENCIA. *Qué providencia lo es. La inhibitoria también lo es. La Corte concede el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal que revocó la inhibitoria del juzgado y dispuso que se dictara sentencia de mérito.* Auto del 4 de julio de 1984. Concede el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de GILPA vs. Seguros Tequendama S. A. Magistrado ponente: Doctor *Nicolás Pájaro Peñaranda.*

CASACION. Procedibilidad del recurso. *No es procedente en las sentencias dictadas en proceso abreviado.* Auto del 4 de julio de 1984. Estima bien denegado el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, en el ordinario de Evencio Paz Ordóñez vs. Octaviano Pérez Gómez y otros. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

CASACION. *Desierto el recurso por no pago oportuno del porte de correo del expediente.* Auto del 4 de julio de 1984. Inadmite el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de Jairo

Romero Pardo vs. Banco del Comercio. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

CONSULTA. *No es un recurso, sino un segundo grado de competencia funcional. La sentencia favorable al demandado que estuvo representado por curador, no es procedente.* Auto del 5 de julio de 1984. No admite la consulta propuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, en el abreviado de María Inés Henao de Valencia vs. Oscar Valencia. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

CARGA PROCESAL PECUNIARIA. Honorarios Peritos. *Su pago no puede hacerse directamente por las partes al perito.* Auto del 16 de julio de 1984. Declara inadmisible el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Pablo Barriga Vergara vs. Eliseo Espinosa Quintero. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

CASACION. Demanda. *Debe cumplir estrictamente los requistios de forma exigidos, entre ellos el de expresar la causal que se alegue, nociones que implica.* Auto del 16 de julio de 1984. Repone y declara admisible el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario de Alejandrina Chaucanes Mayag vs. Luis Cabrera Pantoja. Magistrado ponente: Doctor

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR HECTOR GOMEZ URIBE. *No está de acuerdo con el nuevo criterio de la Corte y se acoge a la tesis anterior de no poder la Corte "inferir" la causal, sino que debe señalarse expresamente.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Incompetencia de la Corte y los Tribunales para conocer de estos procesos, cuando se alegan causales contempladas en la ley civil.* Auto del 19 de julio de 1984. Declara la nulidad de lo actuado en el abreviado de Humberto León Caballero Romero vs. Alcira Guarín N. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Con testimonios responsivos, exactos y completos se demostró el abandono del hogar por parte de la demandada. La separación es "indefinida" y no "definitiva".* Sentencia del 19 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Carlos Arturo Caballero Romero vs. Marleny Sánchez. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 19 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de Dipna Stella Restrepo vs. José Alfredo Huertas. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *Mientras subsista, el cónyuge está incurriendo en el quebranto de la causal.* Sentencia del 19 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ana Elvira Rodríguez vs. Hernando Gutiérrez Gutiérrez. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El demandado al abandonar su hogar y no haber vuelto a preocuparse por él incumplió grave e injustificadamente los deberes adquiridos con el vínculo del matrimonio.* Sentencia del 19 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Myriam Elena Martínez vs. Efraín Noguera B. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *Lo corrobora el hecho de haber tenido que emplazar a la demandada.* Sentencia del 19 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Alirio Penagos Buitrago vs. Aura Arango Guerrero. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. Alimentos. *Circunstancias que deben tenerse en cuenta para la fijación de su monto.* Sentencia del 19 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Quibdó, en el abreviado de Mariela Cuesta Becerra vs. Alipio Valencia Robledo. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

PATERNIDAD NATURAL. *El Tribunal no incurrió en error de hecho ni de derecho en la apreciación de la prueba.* Sentencia del 24 de julio de 1984. NO CASA la proferida por el Tri-

bunal Superior de Ibagué, en el ordinario de María Gladys Rondón de Guzmán vs. Herederos de Agustín Aldana Ramírez. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura.*

REVISION. SENTENCIA JUEZ DE MENORES *El* ad quem *no incurrió en los errores de hecho y de derecho que se le endilgan.* Sentencia del 25 de julio de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de Julio César Torres Gómez vs. la menor Clara Inés Bueno. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura.*

PERTENENCIA. Nulidad procesal. *A pesar de no haber citado a las personas que comparecieron al proceso, no se incurrió en la causal de casación, pues la posible nulidad se saneó al no alegarla oportunamente.* Sentencia del 26 de julio de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el ordinario de Ana Sixta Uscátegui Briceño vs. Personas indeterminadas, Germán Guerrero Vargas y Luz Marina Quintero de Guerrero. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La causal de relaciones sexuales no conlleva la pérdida de la patria potestad de la demandada, sobre sus menores hijas.* Sentencia del 30 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Montería, en el abreviado de Misael Arsenio Díaz Urzola vs. Myriam Cecilia Grau Menish. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 30 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Rubén Darío Salazar vs. Juana María Quinceno. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 30 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Celina Martínez vs. Luis Eduardo De Daraviña. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El demandante no probó los supuestos de hecho de sus pretensiones y por tanto se absuelve a la demandada.* Sentencia del 30 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Daniel Alejandro Mendoza vs. Yadira del Socorro Lafaurie Guerrero. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 30 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Nereida Llinás Barrios vs. Julián Llach de la Cruz. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *No acusa caducidad de la acción cuando los hechos que la constituyen subsisten en el momento de promoverse el proceso. Caduca en el término de un año contado desde cuando se sucedió tal hecho, o sea desde cuando cesa el abandono, fenómeno que se caracteriza por su continuidad.* Sentencia del 30 de julio de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Luis Armando Velandia G. vs. Luz Marina Espinosa. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SENTENCIA. Cumplimiento. *La Corte reitera lo dicho en auto del 20 de abril de 1977; cuando quien interpone la casación es el demandado condenado al pago de una suma de dinero, bien puede cumplir provisionalmente la sentencia depositando, aún en la Corte, el monto a que fue condenado. No sucede lo mismo cuando quien recurre es el demandante acreedor.* Auto del 31 de julio de 1984. No repone el recurrido en el

ordinario de Jorge Aurelio Acosta Sarmiento vs. Banco Industrial Colombiano. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

174

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 6 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el abreviado de Pedro Agustín Chinome Aguilar vs. Celinia o Celina Delgado. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

175

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 6 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Francia Helena Arrieta vs. Alfredo Morales Godoy. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

176

SEPARACION DE CUERPOS. *El cónyuge, que sin causa que lo justifique abandona el hogar, quebranta las principales obligaciones contraídas con el matrimonio.* Sentencia del 8 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de María Zulay Rodríguez Urruburu vs. Leonidas Vásquez. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

177

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *Se demostró con la prueba testimonial recibida dentro del proceso.* Sentencia del 8 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado Margarita María Uribe vs. Jorge Luis González Pérez. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

178

SEPARACION DE CUERPOS. *Aunque ninguno de los cónyuges esté libre de culpa, cada cual está legitimado para pedir la separación. Pero cuando la culpa de uno de los cónyuges o la suspensión del cumplimiento de sus deberes, sea consecuencia o resultado de la culpa del otro, entonces no podrá éste solicitar la separación por el solo motivo de la culpa del primero, por ser entonces responsable de la misma (Sentencia de 16 de mayo de 1978).* Sentencia del 8 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Raúl Gallo Orbegoso vs. Blanca Cecilia Segura Amaya. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

179

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 9 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Francisco Javier Ramírez R. vs. Marta Lucía Sánchez Martínez. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

180

CASACION. Inadmisión. CARGA PROCESAL. Honorarios Peritos. *Reitera la Corte que con el sistema actual no puede hacerse el pago directamente por las partes a los peritos, y cuando así se hace el recurso se declara desierto* (Autos del 11 de junio/79 y 16 de agosto/82). Auto del 8 de agosto de 1984. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario de José Federico Negrette Villalba vs. Electrificadora del Altántico S. A. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

181

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 9 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Dolores Isabel Angulo Rodríguez vs. Juan Raulino Lehoucq Pelé. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. Caducidad de la acción. *No opera de la misma manera en las distintas causales de separación. El abandono se identifica por su continuidad y la caducidad no opera desde cuando se inicia, sino cuando cesa.* Sentencia del 9 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el abreviado de Marta María Valencia Patiño vs. Remigio Antonio Sánchez R. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

182

SEPARACION DE CUERPOS. Condena privativa de la libertad. *Presupuestos que configuran*

esta causal de separación. Sentencia del 15 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de Leyla Lucía Toro Gil vs. Diego Ospina O. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Nulidad del proceso por falta de competencia.*

SEPARACION DE CUERPOS. Caducidad. *Si no se alega oportunamente la causal de separación por parte del cónyuge inocente, tal desinterés se toma como perdón u olvido de lo acontecido.*

CONFESION. *Se acepta en estos procesos.* Auto del 15 de agosto de 1984. Prueba la caducidad en el abreviado de Benjamín Arcos Collazos vs. Fredesvinda Vidal. Tribunal Superior de Popayán. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La Corte encontró demostrada la causal de incumplimiento del deber de cohabitación, pues la demandada se alejó del hogar. Esta causal no conlleva la pérdida de la patria potestad.* Sentencia del 22 de agosto de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de César Augusto Pulido Niño vs. Martha Elena Suárez. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 22 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de José Jair Cardona Dávila vs. Sixta Tulia Bernal Bocanegra. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. Caducidad. *No opera en la misma forma en todas las causales de separación.* Sentencia del 23 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de María Rusby Duque Calle vs. Luis Carlos Herrera. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *No acusa caducidad de la acción cuando los hechos que la constituyen subsisten en el momento de promoverse el proceso.* Sentencia del 23 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Quibdó, en el abreviado de Nicolasa Moldón vs. Gustavo Elías Gutiérrez V. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *No acusa caducidad de la acción cuando los hechos que la constituyen subsisten en el momento de formular la demanda.* Sentencia del 23 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Cecilia Cedeño G. vs. Jorge Arturo V. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

CASACION. Demanda. *No se oye al recurrente por ser deudor de costas, y se inadmite la demanda de casación.* Auto del 23 de agosto de 1984. Inadmite la demanda presentada contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario de Nohora Angela Torres de Vargas vs. Guillermo Salas Narváez. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

CASACION. Cuantía interés para recurrir. *La cuantía de la demanda difiere de la cuantía del interés para recurrir en casación, como que la primera va orientada a determinar la competencia o el trámite del negocio y la segunda se refiere al valor actual de la resolución desfavorable al recurrente.* Auto del 23 de agosto de 1984. Estima bien denegado el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de Asociación de Iglesias Cristianas "ACDIC" vs. Iglesia Cristiana Filadelfia de Colombia "ICFIC". Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

REVISION. Procedencia. *Cuando un negocio ha tenido sentencia de primera instancia, sentencia de segunda instancia y además sentencia de la Corte en casación, es ésta última la que puede ser objeto del recurso de revisión y no la de segunda instancia.* Auto del 23 de agosto de 1984. Inadmite el recurso interpuesto por los Herederos de Enrique Hurtado contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Matrimonio. *Obligaciones y deberes que se adquieren. Con el abandono se quebrantan dichas obligaciones.* Sentencia del 24 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Luz Marina Jaramillo

vs. Luis Javier Jaramillo Trejos. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. *No se demostró ninguna de las causales de separación invocadas.* Sentencia del 28 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Angela Patricia Murcia vs. Ricardo Bernal Curtidor. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 28 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Nelly Piedad Castro vs. Víctor Hernando López Fayad. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 29 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Luz Stella Cardona Campillo vs. Oscar Tadeo Rengifo Ferro. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se desestimaron las pretensiones de la demandante y se le condenó en costas.* Sentencia del 29 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Ana María Navarro vs. Federico Antonio Molina Soto. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. Caducidad. *Opera en forma distinta frente a la causal de abandono.* Sentencia del 29 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Florencia, en el abreviado de Gabriel Pérez Vargas vs. Alba Luz Torres. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. Alimentos. *La decisión que se tome en esta materia no es intangible o definitiva, por cuanto pueden variar las circunstancias económicas que la motivaron.* Sentencia del 29 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Alcira Serrano vs. Diego Madrid Alonso. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 30 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Julio Leonor Correa vs. Angel María Mora. Magistrado ponente: Doctora *Amelia Barrera de Gáfaro.*

ERROR DE HECHO. *Si incurrió el sentenciador en error evidente de hecho al analizar el contrato de permuta base de la acción resolutoria.* Sentencia del 30 de agosto de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Teresa Ruiz de Velásquez vs. Pedro Chaves Mancipe R. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Carece el demandante de legitimación para demandar por la falta de cohabitación con su esposa, cuando dice que por conveniencia, resolvieron separarse de hecho.* Sentencia del 30 de agosto de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Luis Gerardo Sánchez vs. Myriam González Joya. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

ERROR DE DERECHO. *Cuándo ocurre en apreciación de prueba testimonial.*

REFORMATIO IN PEJUS. *Cuándo ocurre.* Sentencia del 30 de agosto de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Elvira Ruiz vda. de Arango y otros vs. Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. Ministerio Público. *Sólo es necesaria su intervención cuando hay descendencia legítima o legitimada.* Auto del 30 de agosto de 1984. Rechaza la nulidad propuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Rubén Sánchez Charry vs. Ana Carde Salas. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

APELACION. Sustentación. *Obligación de sustentar el recurso bajo sanción de inadmisibilidad. Qué se entiende por sustentar. Filosofía del artículo 57 de la Ley 2ª de 1984. Si el impugnante se limita a calificar de ilegal, injurídica o irregular la providencia atacada, o emplea expresiones vagas, no puede darse por sustentado el*

recurso. Auto del 30 de agosto de 1984. Declara inadmisible la apelación propuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Oscar Alfonso Manzi vs. Carmen Elisa Rozo. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

APELACION. Procedencia. *No es apelable el auto que niega de plano la tramitación de un incidente.* Auto del 30 de agosto de 1984. Rechaza la súplica interpuesta por Sociedad DEBS Hermanos & Cía. contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Alimentos. *Pautas para fijar su monto.* Sentencia del 3 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de María Antonia Pulido Páez vs. Francisco Díaz Rivas. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El no haber comparecido el demandado, habiendo sido emplazado, es un indicio en su contra.* Sentencia del 5 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de María Magdalena Giraldo de la Pava vs. Donald Homes Rueda González. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

CARGA PROCESAL PECUNIARIA. Honorarios de Peritos. *Su no consignación oportuna conlleva la inadmisión de la demanda de casación.* Auto del 3 de septiembre de 1984. Inadmite la demanda presentada contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Charles Piretto vs. Alvaro Abondano Pereira. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Al no comparecer al proceso la demandada emplazada, no demostró que el abandono que se le atribuye hubiese tenido alguna justificación.* Sentencia del 5 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Manuel Enrique Díaz Chaves vs. Gladys María Gómez. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 5 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Severo Morales Ramírez vs. Georgina Cano. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 7 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de Yolanda Canoles vs. Hugo Solano. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *No se puede condenar en costas al demandado, porque se agravaría su situación con la consulta.* Sentencia del 11 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Lucelly Bedoya vs. Antonio Giraldo G. Magistrado ponente: Doctora *Amelia Barrera de Gáfaro.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Las normas constitucionales, en principio y por sí solas no sirven para montar un ataque en casación, pero en determinados eventos su quebranto sí implica que formen parte de la acusación y cuando así acontece se deben señalar como infringidas.* Sentencia del 12 de septiembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el ordinario del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente "INDERENA" vs. José Castillo Blanco y otros. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

TERMINOS. Preclusión. *No se altera este principio por la confusión o cálculo equivocado en el cómputo de los términos.* Auto del 12 de septiembre de 1984. Estima bien denegado el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Quibdó, en el ordinaro de Gabriela Moreno de Palacios vs. Eurípides Palacios Caicedo. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SUPLICA. No reposición. *Contra los proveídos del Magistrado ponente, que por su linaje serán apelables, el correctivo jurídico para atacarlos es el recurso de súplica y no el de reposición.* Auto del 12 de septiembre de 1984. Rechaza la

reposición propuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 17 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Sonia Ospina Restrepo vs. Juan Pablo Cárdenas Alvarez. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO. *Quiénes están legitimados para deprecarlo.* Sentencia del 17 de septiembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de Rosa Delia Gutiérrez vs. Luis Arealdo, Néstor Julio, Santiago y Fabio Gordillo Hernández. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 19 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el abreviado de María René Sanclemente vs. Dieter Horts Samulewitsch. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Triunfan las pretensiones de la demanda de reconvención, pues el demandante no concurrió al interrogatorio de parte al que fue debidamente citado.* Sentencia del 19 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Gustavo José Varón Cárdenas vs. Elsa Lucía Restrepo G. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La caducidad de la causal de abandono empieza a correr cuando el abandono cese.* Sentencia del 21 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Irma Ofelia Morales vs. Rafael Eduardo Urrutia Cardona. Magistrado ponente: Doctora *Amelia Barrera de Gáfaro.*

CASACION. No es procedente contra autos. *El auto que decide excepciones de fondo propuestas como previas no es susceptible de este recurso (entre* 1977 *y* 1983 *la Sala no por unanimidad aceptaba el recurso, ya no lo acepta).* Auto del 21 de septiembre de 1984. Estima bien denegado el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Elvira Salas Fonnegra vs. Banco de Crédito y Desarrollo. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se decreta la pérdida de la patria potestad del demandado.* Sentencia del 21 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Marta Lilia Zuleta V. vs. Oscar de Jesús Echeverría J. Magistrado ponente: Doctora *Amelia Barrera de Gáfaro.*

RECURSOS. *Enumeración de algunas de las providencias que no admiten recurso alguno.* Auto del 21 de septiembre de 1984. Rechaza la reposición propuesta por la Sociedad DEBS Hermanos & Cía. contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *No fue acreditado debidamente el motivo aducido como fundamento de la pretensión.* Sentencia del 24 de septiembre de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Beatriz Martínez vs. Jaime Arango Acero. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 25 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Gloria Ocampo Puerta vs. León Emilio Ortiz L. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

HONORARIOS DE PERITOS. *La ley sí fija términos para su consignación.* Auto del 25 de septiembre de 1984. No repone el auto atacado. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 26 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de Jorge Enrique Sánchez vs. Blanca Cecilia Villamarín. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 26 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida

por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Bertilda Silva Palma vs. José Ignacio Valencia Galeano. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La separación amigable efectuada ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar carece de validez frente a la jurisdicción civil. La caducidad de la acción de divorcio no resulta pertinente en la de separación de cuerpos, de todos modos, se cuenta desde cuando cesa ese quebrantamiento de los deberes de esposo y padre. La separación de cuerpos hace cesar el deber de cohabitación entre cónyuges, manteniéndose las restantes cargas que el matrimonio impone, como las de socorro, ayuda y fidelidad.* Sentencia del 27 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Juan Crisóstomo Chaves C. vs. Emma Ramos. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

NOMBRE COMERCIAL. Protección. *Modificaciones de la legislación al respecto. El Código de Comercio desplazó para algunos asuntos la competencia a funcionarios del orden administrativo y a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Las sentencias dictadas por la jurisdicción civil, no son susceptibles del recurso de casación en cuanto sean dictadas dentro de procesos abreviados o verbales.* Auto del 26 de septiembre de 1984. No repone el proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Frigorífico Suizo S. A. vs. Industria de Carne Suiza Ltda. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 26 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de María Cecilia Carrillo vs. Miguel Villamizar Valbuena. Magistrado ponente: Doctora *Amelia Barrera de Gáfaro.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 27 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Luz Dary Fernández Ospina vs. Francisco Antonio Arias Quintero. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 27 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Gloria Stella Parra Grisales vs Duberney Montoya López. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 27 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Laura Rosa Laverde vs. César Ovalle Miranda. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 27 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Albertina Hernández Falla vs. Carlos Frederick Salazar. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

NULIDAD PROCESAL. *Se incurrió en nulidad, al no señalar el Tribunal fecha para audiencia para alegar en la segunda instancia, como lo había pedido el interesado.* Sentencia del 29 de septiembre de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de Norberto Prada vs. María Alicia Prada vda. de Gómez y Mario Gómez Prada. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR HERNANDO TAPIAS ROCHA. *Se incurrió sólo en irregularidad que no viola el derecho de defensa, pues la parte efectivamente alegó de conclusión, con lo que se saneó la posible nulidad.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 29 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Nelsy Vélez vs. Jaime Aristizábal Cano. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *No se demostró ninguno de los cargos formulados a la sentencia de segundo grado, por las partes.* Sentencia del 29 de septiembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Elssie Figueroa de Lora vs. Marta Lucía Carrillo Vallejo. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

DECLARACION DE PERTENENCIA. Suma o adición de posesiones. *Los antecesores del demandante no tuvieron la posesión de la totalidad del bien que se pretende usucapir, sino una parte de él, por tanto las pretensiones no prosperan.* Sentencia del 29 de septiembre de 1984. REVOCA la proferida en el ordinario de Pablo Cardozo Ríos vs. Helio Troncoso, Herederos de Casimiro Cardozo y Misael Cardozo y Personas indeterminadas. Aclaración de Voto del doctor *Humberto Murcia Ballén.* Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 1º de octubre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de María Elisa Isabel Alvira Montealegre vs. Antonio María Sánchez García. Magistrado ponente: Doctora: *Amelia Barrera de Gáfaro.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono por parte del demandado que le hace perder la patria potestad.* Sentencia del 4 de octubre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de María Doralice Ariza vs. Leonidas Salvador Aguilar. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

APELACION. *Interpretación del artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, en cuanto al término para sustentar el recurso.* Auto del 10 de octubre de 1984. Inadmite la apelación interpuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario de Mary Luz Arraut Villareal vs. Robder Sandoval Abdo. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La carga de la prueba que le incumbe a la actora, no la cumplió.* Sentencia del 11 de octubre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Nohelia Garcés vs. Manuel Antonio Rozo. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SENTENCIA. *Cuando se casa una sentencia se declara sin efecto los actos procesales con que se cumplió la sentencia de segundo grado.* Sentencia del 11 de octubre de 1984. Adiciona sentencia proferida en el ordinario de Oscar Castro García y otro vs. Industrias Jublo Ltda. Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. Embriaguez. *Se demostró con prueba testimonial esta causal.* Sentencia del 11 de octubre de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Rodrigo Amaya Motta vs. Constanza Inés Romero. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La titularidad de la ción radica en el cónyuge inocente.* Sentencia del 8 de octubre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Jorge E. Montenegro Ruiz vs. María Ligia Díaz Hernández. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 12 de octubre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Inés Villarraga vs. Juan Horacio Rodríguez Romero. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Alimentos. *No sólo deben demostrarse los ingresos de cada cónyuge, sino además el valor de los egresos inmediatos que se han de satisfacer por tales conceptos.* Sentencia del 19 de octubre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Teresita del Pilar Calderón vs. Jorge Medina Velandia. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

CASACION. Demanda. *Requisitos formales. No se cumplió con el de señalar el concepto de la violación.* Auto del 22 de octubre de 1984. Admite demanda presentada contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, en el ordinario de Alba Haydeé Pérez de López vs. Martín Bermúdez Muñoz. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

PATERNIDAD NATURAL. Prueba. *Con los principios renovadores de la Ley 75 de 1968, el régimen probatorio no es de extremado rigor.* Sentencia del 22 de octubre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Alcira Escobar de Barbosa vs.

Hernando Chaves Rey. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 22 de octubre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Cristóbal López Forero vs. Gilma Fonseca. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 22 de octubre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Pedro Pablo González Torres vs. Marilde Marulanda Pérez. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

PATERNIDAD NATURAL. Relaciones sexuales. *Supuestos fácticos que la estructuran. Prueba. Trato durante el embarazo.* Sentencia del 22 de octubre de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el ordinario de María Antonia Vargas vs. Herederos de Julio Enrique Ribero Arias. Magistrado ponente: Doctor: *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La no comparecencia del demandado al proceso, un indicio en su contra.* Sentencia del 22 de octubre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Sixta Bolivia Prieto vs. Víctor Manuel Bolívar Lombana. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 22 de octubre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Alicia Trejos vs. Genero Munar Marín. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. *No se incurre en* reformatio in pejus *al decretar la pérdida de la patria potestad por parte del demandado.* Sentencia del 23 de octubre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Aura María Ortiz vs. César Mardonio Peña Mendigaño. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

CONFLICTO DE COMPETENCIA. *La competencia especial de la Ley* 83 *de* 1946 *prevalece sobre la general del Código de Procedimiento Civil.* Auto del 23 de octubre de 1984. Declara competente el Juzgado 6º Civil Municipal de Bogotá, en el abreviado de Carlos Córdoba Pinto vs. Fanny Poveda de Córdoba. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La Corte dispone que la patria potestad quede únicamente en cabeza de la madre.* Sentencia del 24 de octubre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Luz Esperanza Arias de López vs. Néstor Alberto López Londoño. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 25 de octubre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Quibdó, en el abreviado de Isabel Mena Mena vs. Juan Moreno Terán. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La parte demandante no cumplió con la carga de demostrar los hechos que le sirvieron de fundamento a la demanda.* Sentencia del 25 de octubre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Nicasia Sánchez vs. Carlos Enrique Zamora Garzón. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 25 de octubre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Judith Angel vs. Alfonso Mojica Clavijo. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La Corte decreta la suspensión de la patria potestad en cabeza del demandado.* Sentencia del 25 de octubre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Lucila Montero de Vásquez vs. José I. Vásquez Verdugo. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

DOCUMENTOS PRIVADOS. Requisitos para su eficacia probatoria. *El ESTADO CIVIL no se demuestra con la copia del auto de apertura de una sucesión.* Sentencia del 25 de octubre de

1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario de Rodrigo Quintero vs. Herederos de Teófilo Pulgarín Vásquez. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

APELACION. Sustentación. *Se reitera la interpretación del artículo 57 de la Ley 2ª de 1984.* Auto del 25 de octubre de 1984. Inadmite la apelación propuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso de Rubén Suárez Charry vs. Ana Carde Salas. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

COMPETENCIA. Conflicto. *En proceso de sucesión. El del último domicilio. Qué se debe entender por domicilio.* Auto del 25 de octubre de 1984. Declara competente el Juzgado Civil del Circuito de Gachetá para seguir conociendo de la Sucesión de Isidro Rubio Martínez. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

DESISTIMIENTO. Del recurso. *Requisitos de fondo y de forma.* Auto del 30 de octubre de 1984. Admite desistimiento. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 1º de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Imelda Chávez vs. Gustavo Sáenz T. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

CASACION. Preceptiva técnica.. *Dado el carácter de extraordinario, autónomo y dispositivo no se pueden considerar oficiosamente el quebranto de normas sustanciales no acusadas. En la subrogación legal, ante responsabilidad aquiliana, se debe incluir el artículo 1096 del Código de Comercio.* Sentencia del 1º de noviembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Aseguradora Colseguros S. A. vs. Transportes Aéreos del Cesar "TAC". Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

INCONSONANCIA. *No se da cuando la sentencia acoge una de las pretensiones y niega todas las demás.* Sentencia del 1º de noviembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Ricardo Rico Landeros y Jorge Moreno Ortiz vs. Rafael Angel Cuartas Piedrahita y Alonso Angel Montoya. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS. *Sólo se dan cuando en la parte resolutiva hay decisiones incompatibles, que hagan imposible la ejecución simultánea de ellas.* Sentencia del 1º de noviembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Ricardo Rico Landeros y Jorge Moreno Ortiz vs. Rafael Angel Cuartas Piedrahita y Alonso Angel Montoya. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Emancipación. *Voluntaria, legal y judicial, la que aquí se decreta.* Sentencia del 1º de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Ana Elmira Soler vs. Alirio Herrera Sánchez. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

CARGA PROCESAL. Porte de correo. *Su no pago oportuno es una de las circunstancias para declarar desierto el recurso.* Auto del 1º de noviembre de 1984. Inadmite el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Cristian Gil Santamaría vs. Urrea Aristizábal Ltda. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El cónyugé que se ausenta del hogar sin justificación infringe los deberes que adquiere con el matrimonio.* Sentencia del 2 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Luz Elby Pérez vs. Julio Emilio Jurado. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Obligaciones y deberes que se adquieren con la celebración del matrimonio.* Sentencia del 2 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de Orfa Mery Castillo vs. Jorge Ortiz O. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La causal de abandono se demostró con la prueba testimonial allegada.* Sentencia del 6 de noviembre de 1984.

CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Ofelia Margarita Santos Parada vs. Héctor Guzmán Bedoya Pinto. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El padre que abandona el hogar pierde el ejercicio de la patria potestad.* Sentencia del 6 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Idaly María Arias vs. César Julio Carvajal M. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION DE CUERPOS. PRUEBAS. *El superior puede considerar las decretadas oportunamente que no alcanzó a apreciar el* a quo. POR COMISIONADO. *Si se practican fuera del término y no se pide la nulidad oportunamente, se deben apreciar por el juzgador.* Sentencia del 6 de noviembre de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ignacia Díaz vs. Alvaro Rivera Pinzón. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION DE CUERPOS. DEMANDA. *Si no es inepta, debe decidirse de fondo.*

ALIMENTOS. *Se condena al demandado a prestarlos y su regulación se hará por la vía procesal pertinente.* Sentencia del 7 de noviembre de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Bernarda Pérez Palacio vs. Javier Gómez Cardona. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SENTENCIA. Subsunción. *Enlace lógico de la situación concreta, con la previsión abstracta de la ley.*

INDICIOS. Requisitos. *Autonomía del juzgador en su calificación.* Sentencia del 7 de noviembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario de Hernán Enrique Vargas Cardona vs. Luis Alfonso Ramírez Díaz. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Si se demostró la causal de abandono alegada por el actor.* Sentencia del 8 de noviembre de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Armando Palacios Moyano vs. Yadira Inés Pinzón García. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 8 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Magda Lisbeth Guarín vs. Clímaco García Osorio. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono *Se corrobora con el hecho de haber tenido que emplazar al demandado, que no concurrió.* Sentencia del 8 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Bernabé Díaz vs. Ana Modesta Valencia. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

ACCION REIVINDICATORIA. *En el examen de las pruebas el Tribunal no incurrió en ninguno de los errores que se le atribuyen.* Sentencia del 8 de noviembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Daniel Alfonso Prieto González vs. Tiberio Antonio Ramos Acosta y Delfín Pérez. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 9 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Amparo Villegas vs. Gustavo Aristizábal. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Con prueba testimonial se demostró la causal de abandono alegada.* Sentencia del 9 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Amparo Márquez Jaramillo vs. Josué Fernández Chávez. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

OCUPACION PERMANENTE. Por trabajo público. *Indemnización. En este caso especial no hay lugar al pago de los frutos, pues hubo entrega voluntaria del inmueble.* Sentencia del 9 de noviembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Luis Carlos Mattos Manjarrés vs. Instituto Nacional de los Recursos Renovables y del

Ambiente (INDERENA). Magistrado ponente: Doctor ...

LANZAMIENTO. Trámite. *Cuándo se tramita por el procedimiento abreviado, y cuándo por el procedimiento ordinario.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Error de derecho, error de hecho, preceptiva técnica de cada uno.* Sentencia del 9 de noviembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de Club Náutico San Silvestre vs. Nuevo Club Cardales S. A. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Reformatio in pejus. *No se incurre en ella cuando la Corte adiciona la sentencia consultada, para suspender la patria potestad al demandado.* Sentencia del 9 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el abreviado de Marleny Cediel de Jaramillo vs. Horacio Jaramillo. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SENTENCIA. Adición. *Es uno de los correctivos jurídicos cuando la decisión se resiente de ser* mínima petita. *Las pretensiones deben ser precisas y claras y se deben enunciar los hechos que le sirven de fundamento.* Auto del 9 de noviembre de 1984. No adiciona la sentencia en el proceso de Sociedad Coquera Ltda. vs. Municipio de Santa Marta. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 13 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el abreviado de Blanca Julia Gómez vs. Liborio Andrade. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 13 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el abreviado de Gloria Steffy Garzón vs. Henry Hernán Ruiz. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El abandono también constituye causal de pérdida de la patria potestad.* Sentencia del 16 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Ana Consuelo Peña vs. Fabio Enrique Ladino Pérez. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Basta con que uno de los cónyuges se ausente del hogar, para que incurra en incumplimiento de su obligaciones.* Sentencia del 19 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Laureano Burgos vs. Teresa Montes O. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 19 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de María Helena Cadavid vs. José Alejandro Salcedo R. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

AUXILIAR DE LA JUSTICIA. Exclusión. *Cualquier falta de idoneidad moral amerita exclusión.* Auto del 19 de noviembre de 1984. CONFIRMA el proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso de Luis Reina Durán vs. Félix Hernán Roldán Salcedo. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La demandada pierde el ejercicio de la patria potestad.* Sentencia del 20 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Alberto Cifuentes Toro vs. Ofelia Cano Agudelo. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 20 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Filadelfo Poveda Silva vs. María Elvira Rodríguez Portela. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Efectuada separación amigable de bienes no procede la declaratoria de disolución de la sociedad conyugal.* Sentencia del 20 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Rafael Vinasco Rengifo vs. Gloria Soto Piraquive. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 21 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Gloria Stella López García vs. Alvaro Gómez Ortega. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 21 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Ruth Marina Builes Ramírez vs. Julio Henry Monsalve Jiménez. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION DE CUERPOS. Relaciones sexuales. *Se presumen por la celebración de un nuevo matrimonio.* Sentencia del 22 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Berta Lilia Velásquez vs. Luis Gerardo Artunduaga Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION DE CUERPOS. Presupuestos procesales. *La demanda adolece de irregularidades que afectan la validez de las relaciones jurídico-procesales e impiden un pronunciamiento de fondo.* Sentencia del 23 de noviembre de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Raúl Montoya Flórez vs. María Eugenia Bustamante I. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Cuando uno de los cónyuges se aleja del hogar sin causa que lo justifique, incurre en la causal de abandono.* Sentencia del 27 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de María Leticia Díaz vs. Andrés Barón Rosso. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se priva al demandado del ejercicio de la patria potestad.* Sentencia del 27 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de Gladys Isabel Pérez vs. Luis Enrique Vega Dolugar. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se priva al demandado del ejercicio de la patria potestad.* Sentencia del 27 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Beatriz Eugenia Pérez Díaz vs. Armando Rubuns Rossi. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

CASACION. *Oportunidad y formas de interponerlo.* Auto del 26 de noviembre de 1984. Concede el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, en el ordinario de Tracto Mack Ltda. vs. Departamento del Magdalena. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

DOMINIO. Transferencia. *Hay tradición siempre y cuando exista la capacidad de transferir el dominio que sólo se presenta si se goza de la aptitud de dueño.*

ACCION REIVINDICATORIA. *La tiene el dueño a quien por error se le remató un bien por un tercero, frente al adquirente, que sólo pudo adquirir la posesión mas no el dominio.* Sentencia del 28 de noviembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Alfonso Andrade Uribe y Rosa Betty Casterol de Andrade vs. Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y otros. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *No incurrió el Tribunal en los errores que se le endilgan.* Sentencia del 28 de noviembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Montería, en el ordinario de María Ignacia Quintero Negrete vs. Francisco Miguel Doria Ramos. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Obligaciones que se adquieren con el matrimonio y que se incumplen con el abandono del hogar.* Sentencia del 28 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Gloria Ruth Villareal vs. Jaime Valverde V. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. *De oficio debe privarse a la demandada del ejercicio de la patria potestad.* Sentencia del 28 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de Horacio López López vs. Blanca Lilia Galeano. Magistrado po-

nente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

PARTICION. *Quién está legitimado para iniciar la acción de nulidad y rescisión. Lo están los partícipes, pero no los terceros, o sea los que no intervinieron en el acto partitivo.* Sentencia del 28 de noviembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Luis Miguel Castellanos Alvarado vs. Sucesores de Carmen Casas vda. de Avila. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Errores de técnica en la proposición de los cargos.* Sentencia del 28 de noviembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Rocío Araque de Rojas vs. Luis Eduardo Guarnizo y Sociedad Crump & Cía. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

RECURSOS. Legitimación. *Sólo está legitimado para interponerlos quien tenga interés, que se traduce en el agravio que le haya causado la providencia.* Auto del 28 de noviembre de 1984. Estima bien denegado el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Amelia Hernández de Trujillo vs. Fernando Durán Arciniegas. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION DE CUERPOS. *De oficio la Corte decreta la pérdida de la patria potestad en el demandado.* Sentencia del 29 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Lucila Silva vs. Miguel Angel Carvajal Niño. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

CONTRATO DE TRANSPORTE. Ilegitimidad del subrogatario. *La constancia de pago al asegurado lo presentó la compañía de seguro en documento sin autenticar, o sea que no probó su legitimidad para demandar.*

DOCUMENTOS. Valor probatorio. Sentencia del 29 de noviembre de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Cía. Aseguradora Colsegueros S. A. vs. CONALTRA y/o Vicente Moya Jutinico y/o Nicanor Rivera. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La Corte encuentra que sí se demostró la causal de abandono alegada.* Sentencia del 30 de noviembre de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Hermodes Modesto Fontalvo Mozo vs. María Hilaria Vizcaíno Ospino. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 30 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Trbunal Superior de Cali, en el abreviado de Olga Moreno vs. Jair Edelberto Hoyos. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La Corte priva al demandado del ejercicio de la patria potestad, debido al abandono del hijo.* Sentencia del 30 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Luz Marina Gómez Lizarazo vs. Reynaldo de Jesús Ariza R. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El Tribunal no condenó en costas al demandado, y la Corte no lo puede condenar, para no desmejorar su situación procesal.* Sentencia del 30 de noviembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de Julia Ruperta García vs. Raúl Armando Moreno Herrera. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

ACCION REIVINDICATORIA. Elementos. *El de identidad del bien reivindicado.*

PRESUPUESTOS PROCESALES. *El de demanda en forma.* Sentencia del 3 de diciembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Ignacio Mejía Velásquez vs. Eustaquio Monsalve. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 3 de diciembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Pauselino Neuque García vs. Lilia o Ligia García. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La Corte sí encuentra demostrada la causal de separación alegada.* Sentencia del 3 de diciembre de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de Amparo Bautista vs. Pablo Emilio Farfán. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La Corte priva al demandado del ejercicio de la patria potestad.* Sentencia del 4 de diciembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Esther Fraile vs. Marcelino Alarcón. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

PROMESA DE COMPRAVENTA. *Contrato bilateral, se debe "conservar la simetría exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral".*

RESOLUCION. Presupuestos. Sentencia del 5 de diciembre de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Eutalia Crespo Zorrilla vs. Sonia González Ulloa. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 5 de diciembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Gladys María Puerto vs. Jorge Enrique Villamizar C. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

PROVIDENCIAS ILEGALES. *No atan al Juez.*

NULIDAD. *Un simple* "lapsus calami" *no genera nulidad.* Auto del 6 de diciembre de 1984. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se absuelve a la demandada, porque la separación de los cónyuges se hizo en forma amigable, que se tiene como causa justificada.* Sentencia del 10 de diciembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Edgar Tenorio Tascón vs. Amalia Buitrago. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

CARGAS PROCESALES. Honorarios periciales. *Se reitera que no deben ser pagados directamente, sino consignados oportunamente.* Auto del 11 de diciembre de 1984. Estima legal la deserción del recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, en el ordinario de Martha Cecilia Rengifo de Tabares vs. Celia Inés Ortiz de Rengifo y Lorenzo Rengifo. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

TESTAMENTO. *No se demostraron ni la insanidad mental de la testadora, ni los defectos de forma en su otorgamiento.* Sentencia del 12 de diciembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Estela Puerta de Blanco y otros vs. Herederos de Sofía Puerta vda. de Arias. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Quedaron huérfanas de pruebas tanto la demanda principal como la de reconvención.* Sentencia del 12 de diciembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Abraham Buitrago Ortiz vs. Isabel María Torres. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Oficiosamente la Corte decreta la pérdida de la patria potestad en cabeza de la demandada.* Sentencia del 12 de diciembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de Ramón Ignacio Niño Martínez vs. Victoria Eugenia Morales. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

EXCEPCIONES PREVIAS. *La providencia que las decide es auto y por tanto no goza del recurso de casación.* Auto del 12 de diciembre de 1984. Declara inadmisible el recurso interpuesto contra la providencia del Tribunal Superior de Armenia, en el proceso ordinario de Mariela Marín vs. Herederos de Luis Osorio Gómez. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Con un solo testimonio responsivo, exacto y completo se demostró la causal de separación alegada.* Sentencia del 13 de diciembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de Gloria Stella Guevara Z. vs. Joselino Ramírez G. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 14 de diciembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Leonor Nieto. vs. Luis Antonio Sua Reyes. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

VOLACION LEY SUSTANCIAL. *Sí incurrió el Tribunal en los errores de apreciación probatoria que anota el casacionista.* Sentencia del 18 de diciembre de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Aplicaciones Eléctricas y Mantenimiento Ltda. vs. Corporación Financiera Popular S. A. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

INTERROGATORIO DE PARTE. *Efectos de la no comparecencia del citado.*

PRESTACIONES MUTUAS. *Buena y mala fe en materia posesoria. A pesar de la carencia de título, el poseedor en determinados casos puede ser de buena fe. Título putativo.* Sentencia del 18 de diciembre de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Leopoldo Hernández Flórez vs. Luis Alfredo Cristancho. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Autoridad paterna y patria potestad. Reglamentación de cada una de ellas.* Sentencia del 18 de diciembre de 1984. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Francisco Absalón Zuluaga vs. María Jesús Duque. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 19 de diciembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Noel Sánchez Hernández vs. María Rubiela Zapata Arango. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La desatención de los deberes de esposo es causa justificada del abandono del hogar por parte de la demandada. Se deniegan las pretensiones.* Sentencia del 19 de diciembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el abreviado Carlos Humberto Delgado Ríos vs. Nelly Esperanza Narváez Jojoa. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

ACCION DE PERTENENCIA FRENTE A ACCION REIVINDICATORIA. *Prescripción adquisitiva, la posesión.* Sentencia del 19 de diciembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario de Bernardina Gil vda. de Castro vs. Marco Aurelio Ramírez Sierra. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

INDICE ALFABETICO
1984

Págs.

A

Acción Pauliana, (presupuestos) ... 85
Acciones de estado, (maternidad) ... 108
Apelación, deber de sustentación ... 230
requisitos concesión ... 64
Autos ilegales, (no atan) ... 103

C

Casación, procedencia ... 103
violación ley sustancial ... 108, 237
Compraventa, cumplimiento ... 237
pago del precio ... 17
precio ... 249
Contrato, bilateral, (resolución) ... 249
seguros ... 7
transporte ... 7
Contratos, (interpretación) ... 249
Corrección monetaria ... 17, 128
Cosa juzgada ... 145, 202

CH

Cheque, (sustituye el dinero) ... 237

D

Demanda, interpretación ... 7, 77, 172
requisitos formales ... 283
Derecho real de herencia, cesión ... 270
Deslinde y amojonamiento ... 145

E

Error de hecho, (interpretación demanda) ... 77
Excepción previa, (el auto que la decide no admite casación) ... 103
Exequatur, (requisitos) ... 308

F

Fuerza y violencia, (vicios del consentimiento) ... 172

H

Heredero, (representa al difunto) ... 270

I

Incumplimiento de contrato, (valoración del incumplimiento) ... 283
Indebida representación ... 42
Indemnización compensatoria ... 225
Indicios, (calidades) ... 67
Inexistencia y nulidad actos jurídicos ... 184
Intereses, (de mora) ... 283

L

Ley, (aplicación en el tiempo) ... 108
Legitimidad presunta, (impugnación) ... 158
Litis consorcio necesario, acreedor hipoteca-

Págs.

rio ... 17

entre herederos ... 270

M

Maternidad, (acciones de estado) ... 108

N

Nulidad procesal ... 42, 258

Nulidad sustancial ... 301

Normatividad actos jurídicos ... 249

P

Pago, desvalorización monetaria ... 128

suma de dinero no excluye cheque ... 237

Paternidad natural, posesión notoria ... 67

transacción ... 301

Pertenencia, efectos *erga omnes* sentencia .. 202

certificado registro ... 311

poseedor inscrito ... 311

Poder, (falta absoluta) ... 42

Prescripción extintiva, (renuncia) ... 51

Promesa de contrato ... 17

Pruebas, (omisión término para pedirlas) .. 42

R

Reformatio in pejus, (ocurrencia) ... 283

Págs.

Responsabilidad contractual, (indemnización compensatoria) ... 225

Responsabilidad extracontractual, (obra pública) ... 258

Revisión, (antecedentes) ... 311

S

Separación indefinida de cuerpos, efectos .. 267

competencia de la Corte ... 139

incompetencia de la Corte, (salvamento de voto magistrado doctor Jorge Salcedo Segura) ... 196

Simulación, concepción unitaria o monista 211

prueba libre ... 211

Sociedad conyugal, (haber relativo) ... 211

Sociedad de hecho, (entre concubinos) ... 232

Sucesión, (derecho real de herencia, cesión) 270

T

Términos, (cómputo) ... 108

Testamento, (nulidad) ... 295

Testimonio, sospechoso ... 42

valoración ... 108

Transacción, (paternidad natural) ... 301

V

Violación ley sustancial, de normas que han perdido vigencia ... 108

por omisión ... 237

INDICE GENERAL

SENTENCIAS PARA PUBLICAR
1984

Págs.

CONTRATO DE SEGURO. *Subrogación legal del asegurador que paga al asegurado el valor de la cosa asegurada.*

CONTRATO DE TRANSPORTES DE COSAS. *Quiénes son partes. Obligaciones del porteador. Responsabilidad originada en la pérdida o avería de las cosas.*

DEMANDA. Interpretación. *La labor de interpretación de la demanda que hace el Juez no puede ser mecánica ni ilimitada.* Sentencia del 18 de enero de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario instaurado por Compañía de Seguros La Fénix de Colombia S. A. vs. Transporte Rafael Salazar M. & Cía. S. A. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.* 7

COMPRAVENTA. *Precio pagadero con préstamo de un tercero. Incumplimiento de la obligación de gestionar el préstamo.*

LITIS CONSORCIO NECESARIO. *Noción. No es necesaria la presencia del acreedor hipotecario, cuando se resuelve el contrato por el cual el deudor adquirió el bien hipotecado.*

PROMESA DE CONTRATO. *O contrato preparatorio, no debe confundirse con el negocio prometido. Celebrado éste, la nulidad de aquella es irrelevante.*

CORRECCION MONETARIA. *Debe tenerse en cuenta en la resolución de los contratos.* Sentencia del 21 de febrero de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de INCICO LTDA. (Ingenieros Civiles Contratistas) vs. Manuel Guillermo Quintero Benavides y Amanda Gallo de Quintero. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.* Salvamento de Voto de los Doctores *José María Esguerra Samper y Jorge Salcedo Segura.* 17

Págs.

NULIDAD PROCESAL. a) *Omisión del término para pedir pruebas. El término adicional del artículo 399 del Código de Procedimiento Civil se refiere al demandante.* b) *Indebida representación: configura causal de nulidad y no inepta demanda. La nulidad sólo puede ser alegada por el afectado en ella.*

TESTIGOS SOSPECHOSOS. *El sólo parentesco no es suficiente para desatender el testimonio. La tacha debe formularse oportunamente. Apreciación razonada y científica del juzgador en cada caso concreto.* Sentencia del 22 de febrero de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario de Elvia Rosa Dioselina López de Eraso vs. Marcos Augusto Cabrera Ravelo, como heredero de Luis Antonio Cabrera Pantoja. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.* 42

PRESCRIPCION EXTINTIVA. *Interrupción y renuncia. La renuncia efectuada antes del plazo establecido para que la prescripción produzca efectos, equivale a la interrupción.* Sentencia del 28 de febrero de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Alfredo Steckerl e Hijos Ltda. vs. Flota

Págs.

Mercante Grancolombiana. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*. Salvamento de Voto del doctor *Jorge Salcedo Segura*. 51

APELACION. *Requisitos para conceder este recurso. El auto que decreta la ejecución de la sentencia de nulidad de matrimonio canónico no es apelable.* Auto del 29 de febrero de 1984. Estima bien denegado el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Jorge Hernán Villamizar vs. Helena Arévalo Uribe. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil*. ... 64

PATERNIDAD NATURAL. *No es indicio necesario el hecho de que el demandante lleve el mismo nombre de pila del presunto padre. Posesión notoria del estado de hijo: la prueba indiciaria no es eficaz. El legislador exige "un conjunto de testimonios que la establezcan de modo irrefragable".*

INDICIOS. *Soberanía del fallador en su apreciación. Las calidades de pluralidad, gravedad, precisión y conexidad son aspectos de hecho que se refieren a la objetividad de la prueba, no a su valorización.* Sentencia del 3 de marzo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Roberto Guzmán vs. Herederos de Roberto Sierra Cadavid. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*. 67

DEMANDA. Interpretación. *No hay error de hecho manifiesto cuando el juzgador de prevalencia a una cualquiera de sus aceptables interpretaciones.* Sentencia del 13 de marzo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Bodegas y Almacenes Copropietarios & Cía. S. A. vs. María Gregoria del Carmen Gómez. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*. 77

ACCION PAULIANA. *Presupuestos. Es acción autónoma que se diferencia de la nulidad. Legitimación activa y pasiva. Cuando el acto es gratuito la buena fe del tercero es intrascendente.* Sentencia del 14 de marzo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Jorge Mejía Salazar vs. Ezequiel Ortiz Ospina y Gerardo Castro Rendón. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. Aclaración de Voto del doctor *Jorge Salcedo Segura*. ... 85

CASACION. Procedencia. *Sólo procede contra las sentencias. Por tanto no es recurrible en casación el auto que decide una excepción de fondo tramitada como previa.*

AUTOS ILEGALES. *Lo interlocutorio no ata a lo definitivo. Si erradamente se admitió el recurso de casación, la Corte no está obligada a tomar decisión de fondo.* Sentencia del 15 de marzo de 1984. Se inhibe de decidir de fondo el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Alfonso Vieira Villa y otros vs. Empresas Públicas de Medellín. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*. Salvamento de Voto de los doctores *Jorge Salcedo Segura, José María Esguerra Samper y Héctor Gómez Uribe*. 103

MATERNIDAD. *La de impugnación y la de reclamación. La prueba de que hubo suposición de parto desvirtúa el acto de inscripción del nacimiento y la posesión notoria del estado de hijo.* Sentencia del 26 de marzo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Hernando Angel Morales y otros vs. Jaime Angel o Armando Bermúdez. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*. 108

CORRECCION MONETARIA. *Para que el pago sea cabal, íntegro o completo, debe hacerse con sus intereses e indemnizaciones entre las que se cuenta la desvalorización del dinero, hecho público y notorio que exime al damnificado de demostrarlo.* Sentencia del 30 de marzo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Julio Alberto Pineda vs. Sociedad de Ingenieros Constructores e Interventores (ICEIN

Págs.

LTDA.). Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.* 128

LEGITIMIDAD PRESUNTA. *Impugnación de la filiación legítima y reclamación del verdadero estado de hijo natural de mujer casada.* Sentencia del 2 de abril de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Manuel Humberto Morales Fierro vs. Gabriel Morales y otros. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.* Salvamento de Voto del doctor *Jorge Salcedo Segura.* Aclaración de Voto del doctor *Humberto Murcia Ballén.* 158

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Competencia de la Corte para conocer en segunda instancia de los procesos de separación de cuerpos de matrimonios canónicos sin limitación alguna en razón de la causal invocada. Reseña histórica.* Auto del 2 de abril de 1984. Declara admisible la consulta ordenada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Luis Hernando Quintero Umbarilla vs. Oliva Rengón de Quintero. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper.* 139

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO. *Efectos de la sentencia. Cuando se formula oposición es pertinente ventilar asuntos relacionados con el derecho de dominio.*

COSA JUZGADA. *La sentencia es definitiva, inmutable y coercible. Límites de la cosa juzgada: identidad de sujetos de objeto y de causa.* Sentencia del 24 de abril de 1984. REVOCA en todas sus partes la proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, en el ordinario instaurado por Arturo Durán Bernal vs. Transportes Rápido Tolima S. A. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.* 145

FUERZA Y VIOLENCIA. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO. *La coacción moral es una especie de violencia, así como el estado de necesidad. Excepcionalmente el ejercicio abusivo del derecho puede llegar a constituirse violencia. El contrato así celebrado queda afectado de nulidad relativa. Al juzgador corresponde evaluar en cada caso concreto si se dan o no los presupuestos que la ley contempla para que la fuerza vicie el acto.*

DEMANDA. Interpretación. *Tiene por objeto darle a la demanda en su conjunto el sentido y el alcance que se desprenden de sus términos y no desconocer o variar abiertamente sus factores esenciales.* Sentencia del 3 de mayo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de Eduardo Suán Gutiérrez vs. Salomón González. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.* 172

INEXISTENCIA Y NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS. *Son conceptos jurídicos diferentes. Sin embargo el sistema procesal colombiano no ofrece un camino diferente para declarar la inexistencia y para declarar la nulidad; por ello desde el punto de vista práctico es inoficioso insistir en la falta de similitud de los dos fenómenos.* Sentencia del 3 de mayo de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de María Antonia Cote vda. de Rincón vs. José Daniel Guevara Cote. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.* 184

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Sentencia del 10 de mayo de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Beatriz Castellanos de Pinilla vs. Epifanio Pinilla Camacho. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.* 193

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. *Los Tribunales y la Corte no tienen competencia para conocer de procesos de separación de matrimonios católicos cuando se invocan las causales de la Ley 1ª de 1976, caso en el cual los competentes son los jueces civiles del circuito.* 196

DECLARACION DE PERTENENCIA. *Requisitos para que la sentencia produzca efectos* erga omnes. *En los procesos en que se*

Págs.

emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento. Sentencia del 12 de junio de 1984. REVOCA la proferida por el Juzgado Civil del Circuito de San Andrés (Isla), en el ordinario de Yolanda Arciniegas de Ferrucho vs. Guillermo Taylor Taylor. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.* 202

SIMULACION. *Reitera la Corte su concepción unitaria o monista en la explicación del fenómeno simulatorio. Prueba libre ya sean los litigantes parte en el contrato simulado, o terceros extraños a él.*

SOCIEDAD CONYUGAL. *Las acciones en una sociedad adquiridas por uno de los cónyuges antes del matrimonio son bienes muebles (aun cuando la sociedad sea dueña de inmuebles), que integran el haber relativo de la sociedad conyugal, debiendo ésta restituir su valor al disolverse.* Sentencia del 21 de junio de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Martha Lucía Martínez de Gutiérrez vs. Francisco Javier Gutiérrez Velásquez y la sociedad Inversiones Gutiérrez Velásquez Ltda. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.* 211

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Indemnización compensatoria. *El contratante cumplido puede pedir a su arbitrio el cumplimiento del contrato o su resolución, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Se reitera la doctrina según la cual el cumplimiento puede ejecutarse de dos maneras distintas: ora ejecutando el deudor moroso su obligación tal como fue contraída (cumplimiento en especie), ora pagando al acreedor el precio o valor del objeto pactado (ejecución en equivalente) en ambos casos con indemnización por los perjuicios de la mora. El precio o valor del objeto más la indemnización moratoria, se llama en técnica jurídica la "indemnización compensatoria".* Sentencia del 29 de agosto de 1984. REVOCA la proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santa Marta, en el ordinario de la Sociedad Coquera Ltda. vs. Municipio de Santa Marta. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.* 225

APELACION. Sustentación. *Obligación de sustentar el recurso bajo sanción de inadmisibilidad. Qué se entiende por sustentar. Filosofía del artículo 57 de la Ley 2ª de 1984.* Auto del 30 de agosto de 1984. Declara inadmisible el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Oscar Alfonso Manzi vs. Carmen Elisa Rozo. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.* 230

SOCIEDAD DE HECHO. Entre concubinos. *La legislación positiva no impide la constitución de una sociedad regular o de una de hecho entre concubinos. Elementos que se requieren para que esta última sea admisible.* Sentencia del 10 de septiembre de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario de Ana Rita López vda. de Gómez vs. Félix Antonio, Emilia y Hermelinda Gómez Castaño en su calidad de herederos de José Hipacio Gómez Castaño. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.* 232

COMPRAVENTA. *—Son válidos los acuerdos verbales de los contratantes en cuanto a la ejecución del contrato celebrado. —Resolución por incumplimiento. Si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia, comparada con el interés de la otra, la resolución no puede prosperar. —Pago. Cuando se refiere a una "suma de dinero" no se puede entender que se quiso excluir el cheque como medio de pago.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Violación por omisión.* Sentencia del 11 de septiembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Luis Octavio Garcés Agudelo vs. José Absalón Agudelo. Magistra-

Págs.

do ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.* ... 237

CONTRATOS. *Interpretación. Unión de prestaciones de varios contratos tipos. Normatividad de los actos jurídicos.*

COMPRAVENTA. *Precio: No necesariamente debe estipularse totalmente en dinero. Si en la compraventa de bienes muebles, parte del precio se pacta en la transferencia del inmueble, el contrato debe constar en escritura pública.* Sentencia del 11 de septiembre de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario de Oscar Castro García y Alvaro Estrada Mejía vs. "Industrias Jublo Ltda.". Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.* 249

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. *—Por la construcción de una obra pública permanente, compete a la jurisdicción ordinaria, teniendo en cuenta la época en que ocurrió. —Si se lesionan derechos subjetivos diversos, compete el conocimiento del proceso a la jurisdicción especial.*

NULIDAD PROCESAL. *La nulidad procesal en que se incurra afecta a todos, pues no se puede declarar válido el proceso para unos litigantes y nulo para otros.* Sentencia del 26 de septiembre de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Héctor Enrique Suárez Martínez, Hernán Toro Uribe y Alfonso Toro Gómez contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente: Doctor ... Salvamento de Voto del doctor *Alberto Ospina Botero.* ... 258

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El convenio de separación celebrado por los cónyuges ante el ICBF carece de validez. Caducidad de la causal de abandono. La separación judicial suspende únicamente la vida en común manteniéndose las restantes cargas que el matrimonio impone.* Sentencia del 27 de septiembre de 1984. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Juan Crisóstomo Chávez Castellanos vs. Emma Ramos de Chávez. Magistrado ponente: Doctor *Hernando Tapias Rocha.* ... 267

DERECHO REAL DE HERENCIA. *Cesión. Este derecho es de índole patrimonial. El cedente está legitimado para intervenir en todos aquellos asuntos que puedan afectar el acervo patrimonial del causante. Pero la representación de la persona del difunto continúa en el heredero por ser su causahabiente.*

LITIS CONSORCIO NECESARIO. *Lo integran todos los herederos cuando se les demanda en representación del difunto. Si no se integra, la sentencia debe ser inhibitoria.* Sentencia del 29 de septiembre de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario de Nelly o Lucía Botero de Ritoré vs. Herederos de Soledad Londoño de Botero. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.* ... 270

INTERESES. *De mora por incumplimiento de contrato.*

DEMANDA. *Requisitos formales. Interpretación.*

REFORMATIO IN PEJUS. *No se da en sentencia totalmente confirmatoria, ni cuando la discrepancia se presenta entre la parte motiva y la parte resolutiva del fallo.* Sentencia del 29 de septiembre de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de la sociedad "Colombianos Distribuidores de Combustible S. A. —CODI— vs. Banco de Colombia. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.* ... 283

TESTAMENTO. Nulidad. *No son nulos los testamentos otorgados recíprocamente en escrituras públicas consecutivas en la misma Notaría.* Sentencia del 7 de noviembre de 1984. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Julio Restrepo Uribe vs. Carlos Restrepo A. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.* 295

PATERNIDAD NATURAL. Transacción. *No se puede confundir la cesión de un dere-*

Págs.

cho de herencia con la transacción de un pleito. No se puede transigir sobre el estado civil, pero sí sobre sus efectos patrimoniales. Una cosa es el escrito de transacción o de desistimiento y otra el auto que los acepta. Sentencia del 9 de noviembre de 1984. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario de Amanda Vallejo de Ceballos vs. Laura Jaramillo de Mejía en su calidad de cónyuge supérstite de Ernesto Mejía Palacios. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.* ... 301

EXEQUATUR. *Requisitos para que las sentencias y laudos proferidos en el exterior puedan tener cumplimiento en Colombia. Sistema combinado de reciprocidad diplomática con la legislativa.* Sentencia del 27 de noviembre de 1984. No concede el Exequatur a la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Condado de Marión, Estado de Indiana, de los Estados Unidos y solicitado por Lucy Guzmán Reyes. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.* 308

PERTENENCIA. *El curador que lleva la representación de las personas indeterminadas no tiene la representación de quien es poseedor inscrito, cuya no citación al proceso conlleva la nulidad del mismo. Si el predio se encuentra enclavado o forma parte de uno de mayor extensión, debe allegarse el certificado del Registrador correspondiente a ese predio mayor. Se insiste en que los jueces exijan el certificado del Registro con el actual poseedor inscrito.* Sentencia del 18 de diciembre de 1984. Declara nulo todo lo actuado en el recurso instaurado contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario de Manuel Dolores Reales Gómez vs. Personas Indeterminadas. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil.* 311

FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA
INDUSTRIA CARCELARIA

Esta obra se terminó de imprimir en la Editorial Penicentral de Colombia en el mes de febrero 1988.

BOGOTA, D. E., - COLOMBIA