

REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

73
GACETA JUDICIAL

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

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION CIVIL
PRIMER SEMESTRE DE 1989

TOMO CXCVI - Número 2435
Bogotá, D. E., Colombia - 1989

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXCVI

PRIMER SEMESTRE DE 1989

SALA DE CASACION CIVIL



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

1989

SALA PLENA

Doctores **FABIO MORON DIAZ, Presidente.**
HERNANDO GOMEZ OTALORA, Vicepresidente.
Alvaro Ortiz Monsalve, Secretario.
Luis H. Mera Benavides, Secretario (E).

SALA CIVIL

Doctores **HECTOR MARIN NARANJO, Presidente.**
Alvaro Ortiz Monsalve, Secretario.
Luis H. Mera Benavides, Secretario (E).

MAGISTRADOS:

Doctores **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Eduardo García Sarmiento.
Pedro Lafont Pianetta.
Héctor Marín Naranjo.
Alberto Ospina Botero.
Rafael Romero Sierra.

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores **JAIME SANIN GREIFFENSTEIN, Presidente**
Miguel Antonio Roa C., Secretario (E).
Humberto Rodríguez Ricaurte.

MAGISTRADOS:

Doctores **Jairo E. Duque Pérez - Dídimo Páez V. (E).**
Hernando Gómez Otálora.
Fabio Morón Díaz.
Jaime Sanín Greiffenstein.

SALA LABORAL

Doctores **JORGE IVAN PALACIO PALACIO, Presidente.**
Bertha Salazar Velasco, †Secretaria.
Consuelo Garbiras Fernández, Secretaria.

MAGISTRADOS:

Doctores **Hernán Guillermo Aldana Duque.**
Rafael Baquero Herrera.

Manuel Enrique Daza Alvarez.
Jorge Iván Palacio Palacio.
Jacobo Pérez Escobar.
Ramón Zúñiga Valverde.

SALA PENAL

Doctores LISANDRO MARTINEZ ZUÑIGA, Presidente.
Marino Henao Rodríguez, Secretario.

MAGISTRADOS:

Doctores Jorge Carreño Luengas.
Guillermo Dávila Muñoz - Jorge E. Valencia M.
Guillermo Duque Ruiz.
Jaime Giraldo Angel - Juan M. Torres F. (E).
Gustavo Gómez Velásquez.
Rodolfo Mantilla Jácome.
Lisandro Martínez Zúñiga.
Edgar Saavedra Rojas.

RELATORES

Doctores Carmen Rosa Avella de Cortés - Sala Civil.
Miguel Antonio Roa Castelblanco -
Sala Constitucional.
Esperanza Inés Márquez Ortiz - Sala Laboral.
Hilda Leonor Cortés Gómez - Sala Penal.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORA SALA CIVIL

DRA. CARMEN ROSA AVELLA DE CORTES

RELATORA SALA PENAL

DRA. HILDA LEONOR CORTES GOMEZ

RELATORA SALA LABORAL

DRA. ESPERANZA INES MARQUEZ ORTIZ

RELATOR SALA CONSTITUCIONAL

DR. MIGUEL A. ROA CASTELBLANCO

TOMO CXCVI - Bogotá - Colombia - Julio a Diciembre de 1989 - Número 2435

REVISION SENTENCIA JUEZ DE MENORES

Se reitera que en este proceso tiene autonomía como parte el menor asistido por su representante, frente al curador especial que le debe designar el Juez de Menores, cuya intervención es forzosa. .

F.F. art. 95 Ley 83 de 1946.

En igual sentido: S. 8 julio 1975 Cristina Crescencia Soto
S. 17 octubre 1977 José Nicodemus Salcedo
S. 27 marzo 1984 Teudolio Muñoz

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

Bogotá, D. E., enero treinta (30) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 3 de octubre de 1986 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil (Santander) en el proceso ordinario de Eliécer Cuadrado Tovar contra Claudia Sneiden Ardila.

I. ANTECEDENTES

1. Por demanda que correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Vélez, el demandante solicitó declarar no ser el padre de la menor Claudia Sneiden Ardila, hija natural de Ana Isabel Ardila y que como consecuencia se ordene casar y dejar sin efecto las declaraciones que sobre el particular pronunciara el Juez Promiscuo de Menores el 5 de junio de 1981; y se condene en costas a la demandada.

2. Los fundamentos de hecho de esta pretensión se sintetizan así:

a) Que mediante acción promovida a instancia de la defensoría de menores de Vélez, el Juzgado Promiscuo de Menores de allí, mediante sentencia de fecha 5 de junio de 1981 lo declaró padre natural de la menor Claudia Sneiden Ardila;

b) Que el juzgado sustentó su proveído con base en las declaraciones de varios testigos asomados por la parte demandante;

c) Que del acervo probatorio allegado al informativo se desprende que la sentencia que es motivo de impugnación fue proferida teniendo en cuenta el dicho de Cecilia Rodríguez, Flor de María Velasco y Segundo Emilio Figueroa, las cuales son personas de conducta poco recomendable;

d) Que doña Rosalba Serrano en su declaración afirma que don Eliécer Cuadrado no es el padre de la menor Claudia Sneiden por cuanto la progenitora de ésta o sea Ana Isabel Ardila ha sido "muy loca" manifestando que a la casa de ésta llegaban varios hombres y que doña Rosalba recogió a un hijo de Isabel de nombre Pedro;

e) Que María del Carmen Casas dice en su declaración que Eliécer Cuadrado no sólo ayudaba a Claudia Sneiden económicamente, sino también a otros menores, aclaración que hace doña María del Carmen por cuanto a Eliécer se le ha querido imputar la paternidad en razón de que ayudaba a esta menor con algún dinero;

f) Que Luis Alfredo Delgado dijo en su declaración que por el año de 1964 tuvo relaciones sexuales con Ana Isabel Ardila y que además le pagaba por ello ya que ésta era una mujer de vida alegre, a la que veía también en compañía de un sargento del Ejército, lo mismo que con Tiberio Peña y Carlos Holguín;

g) Que algunos testimonios asomados por la parte demandante adolecen de parcialidad por cuanto estas personas han mantenido cierta asociación en sus vidas alegres con Ana Isabel Ardila;

h) Que al señor Eliécer Cuadrado se le ha querido endilgar esta paternidad por su gesto generoso, especialmente por la ayuda que ha prestado a Claudia Sneiden y que la progenitora en lugar de estar agradecida por dicha ayuda le ha propuesto esta acción judicial para obtener sustento económico para poder llevar su vida de libertinaje;

i) Que la acción de investigación de paternidad ha debido seguirse contra los hombres que sostuvieron relaciones sexuales con Isabel Ardila por la época de la concepción y no contra el señor Cuadrado ya que él es de conducta intachable, etc.

3. Admitida la demanda fue notificada y contestada oponiéndose a las pretensiones la representante de la demandada. Rituada la primera instancia, en el fallo definitorio se dispuso:

“Primero: No acceder a ninguna de las pretensiones formuladas por el señor Eliécer Cuadrado Tovar dentro de este juicio ordinario sobre revisión del fallo emitido por el señor Juez Promiscuo de Menores de esta localidad el 5 de junio de 1981, ello por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

“Segundo: Como consecuencia del resolutivo anterior, no infirmar la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo de Menores de esta ciudad el 5 de junio de 1981 en que se declaró a Eliécer Cuadrado Tovar como padre natural de Claudia Sneiden Ardila.

“Tercero: Condenar en costas de este proceso al demandante Eliécer Cuadrado Tovar”.

4. Apelada que fue esta sentencia, el Tribunal resolvió:

“Primero: REVÓCASE la sentencia objeto de apelación, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Vélez el 2 de octubre de 1985, en el proceso ordinario de revisión propuesto por Eliécer Cuadrado Tovar contra Ana Isabel Ardila en representación legal de la menor Claudia Sneiden Ardila.

“Segundo: Declárase que no hay lugar a decidir sobre la demanda con que se inició este proceso por cuanto no fue integrado el litisconsorcio necesario pasivo, esto es, por ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma.

“Tercero: Costas de ambas instancias a cargo de la parte demandante. Tásense las de esta instancia”.

5. Inconforme con el fallo, el demandante interpuso el recurso de casación.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Comienza el Tribunal con el estudio de los presupuestos procesales y al llegar a la demanda afirma: “Finalmente, en lo que corresponde a los requisitos de la demanda se reúnen a cabalidad teniendo en cuenta lo prevenido en el artículo 77 del C. P. C. No obstante se observa que el actor no solicitó en el libelo se citara al Juez de Menores con el fin de que éste designara un curador para que asistiese dentro del proceso los intereses del menor para dar cumplimiento a lo que prescribe el artículo 95 de la Ley 83 de 1946, norma que aún rige y que es de obligatorio cumplimiento, cuya omisión generaría necesariamente la falta de integración del litisconsorcio necesario...”.

Para ello se sustenta en jurisprudencia de ese Tribunal, que transcribe, y cuyas conclusiones, después de citar el párrafo del artículo 18 de la Ley 75 de 1968, son los siguientes:

“De la sola lectura de lo transcrito se aprecia en forma inequívoca que la Ley 75 de 1968 dejó vigente en su totalidad lo preceptuado en el artículo 95 de la Ley 83 de

1946 que consagra: "En el juicio correspondiente que se promueve ante los jueces civiles, los intereses del menor serán defendidos por un curador, que será nombrado por el respectivo juez de menores, funcionario a quien se notificará la demanda para efectos del nombramiento. 'En caso de no haber obtenido el padre en el Juzgado de Menores el pronunciamiento de la paternidad, deberá pagar en el juicio que se promueva ante los jueces civiles los honorarios del curador'. 'Lo mismo será en el caso de haber obtenido pronunciamiento en su contra en el juicio de alimentos'. 'Por lo demás el Código de Procedimiento Civil en su artículo 968 y el artículo 70 del Decreto 2820 de 1974 tampoco derogaron el citado artículo 95 de la Ley 83 de 1946.

"Se colige, entonces, que en todo proceso de revisión de la sentencia pronunciada por el Juez de Menores en investigación de paternidad, el menor reconocido por efecto de la demanda es colocado como demandado, y en consecuencia para mejor protección de su causa debe ser asistido y defendido en dicho proceso por un curador designado por el Juez de Menores a quien debe notificarse necesariamente la demanda para el proveimiento del cargo.

"En razón de esta norma sustantiva que a juicio de la Sala es de imperativo cumplimiento, el curador del menor demandado que es designado por el Juez de Menores viene a constituirse en un litisconsorte necesario, y por ende debe ser obligatoria su presencia en el proceso ordinario de revisión, por ser su función determinante la defensa de los intereses de ese menor triunfante ante el Juzgado de Menores y demandado en el de revisión, sin que la omisión del curador pueda ser sustituida por la representación legal que tiene la madre natural sobre su hijo".

Por lo anterior, no encuentra el fallador integrado el contradictorio pasivo.

III. DEMANDA DE CASACIÓN

Contiene cuatro cargos por la causal primera que se estudian conjuntamente por tener consideraciones comunes.

Primer cargo

En éste se acusa la sentencia de ser violatoria directamente por aplicación indebida de los artículos 18, Ley 75 de 1968, 95 de la Ley 83 de 1946 y 83 y 51 del C.P.C.; por falta de aplicación a la Ley 45 de 1936, artículos 10, 12, 17; artículos 13, 19 inc. 1 y 3 y artículo 21 de la Ley 75 de 1968; artículo 45 numerales 1º y 2º del C.P.C., artículos 38, 39, 50, 70 del Decreto 2820 de 1974; y artículo 698 del C.P.C.

En procura de la sustentación del cargo dice el recurrente que el parágrafo del artículo 18 de la Ley 75 de 1968 se refiere a los artículos anteriores de esta ley que estableció un procedimiento sustantivo, por lo que debe entenderse derogado tácitamente el artículo 95 de la Ley 83 de 1946. Agrega que la representación legal y judicial de los menores ha tenido una larga evolución en nuestro país en el C.C., la Ley 45 de 1936, Ley 83 de 1946, Ley 75 de 1968, el Decreto 2820 de 1974 y el actual C.P.C., para lo cual cita las normas correspondientes que le conceden la razón consistente en que el citado artículo 95 de la Ley 83 de 1946, base de la decisión inhibitoria del Tribunal, no se encuentra vigente; sino que por el contrario lo son las normas actuales sobre representación legal y judicial, por lo que es innecesaria la

intervención de curador designado por el juez de menores en proceso ordinario de revisión filial. Concluye, entonces, en que debe casarse la sentencia impugnada y proferir sentencia de fondo, para lo cual entra en el análisis del acervo probatorio.

Segundo cargo

Con apoyo en la causal primera se acusa la sentencia de violar directamente por aplicación indebida los artículos 18 de la Ley 75 de 1968, 95 de la Ley 83 de 1946 y 83 y 51 del C.P.C.; y por falta de aplicación de los artículos 10, 12 y 17 de la Ley 45 de 1936; 13, 19 incisos 1º, 3º y 21 de la Ley 75 de 1968, 82 de la Ley 83 de 1946, 45-1 y 2 del C.P.C. y 38, 39, 50 y 70 del Decreto 2820 de 1974.

La censura hace un análisis detallado de cada una de las disposiciones citadas para concluir que se encuentran reunidos todos los presupuestos procesales, especialmente el de la capacidad para ser parte y para comparecer en juicio porque la menor actuó por medio de su madre y que ésta otorgó poder en debida forma, cosa que no discute el Tribunal. Pero que, contrario a lo que éste afirma, sostiene que aquélla era su representante legal, y el abogado que ella designó, su representante judicial. Por ello, concluye el censor que el fallador aplicó indebidamente unas normas y dejó de aplicar otras, cuya fundamentación expone en el desenvolvimiento del cargo.

A continuación, entra en el análisis del acervo probatorio para que sea considerado en sede de instancia.

Tercer cargo

Con base en la causal primera se acusa el fallo de violar directamente por interpretación errónea los artículos 18 de la Ley 75 de 1968, 95 de la Ley 83 de 1946 y 83 y 51 del C.P.C., y por inaplicación de los artículos 10, 12, 17 de la Ley 45 de 1936, artículos 13, 19 incs. 1º y 3º y artículo 21 de la Ley 75 de 1968, artículos 45-1 y 2 del C.P.C., artículos 38, 39, 50, 70 del Decreto 2820 de 1974 y artículo 698 del C.P.C.

En un análisis prolijo del primer grupo de normas citadas el impugnador señala que el Tribunal los interpretó erróneamente al dar como vigente el artículo 95 de la Ley 83 de 1946 cuando de su sentido correcto se desprende que había sido derogado tácitamente, y por este yerro interpretativo el Tribunal profirió sentencia inhibitoria, dejando de aplicar las restantes normas señaladas. Luego, de casarse la sentencia y proferirse en sede de instancia sentencia de mérito, para lo cual hace un análisis probatorio que conduce a que revoque de la primera instancia y se acojan en su lugar las pretensiones de la demanda.

Cuarto cargo

Dentro de la causal primera se acusa el fallo de ser violatorio por interpretación errónea los artículos 18 de la Ley 75 de 1968, 95 de la Ley 83 de 1946 y 83 y 51 del C.P.C.; y por inaplicación los artículos 10, 12 y 17 de la Ley 45 de 1936, artículos 13, 19 incisos 1º y 3º y artículo 21 de la Ley 75 de 1968, artículos 4-1 y 2º del C.P.C., artículos 38, 39, 50, 70 del Decreto 2820 de 1974 y artículo 698 del C.P.C.

Encuentra el censor que el Tribunal interpretó equivocadamente el primer grupo de normas sobre la representación legal de la menor atribuyéndosele al curador

designado por el juez de menores, siendo que, conforme a las normas inaplicadas, le corresponde a su madre natural. Por ello no encontró estructurada dicha representación y produjo fallo inhibitorio, el que, a juicio del censor, debe casarse para, en su lugar, revoque el de la primera instancia y acoja las pretensiones de la demanda. Para ello anticipa su apreciación sobre las pruebas en que puede descansar esta decisión.

CONSIDERACIONES

Como quiera que la parte medular de estas acusaciones radica en la aplicación indebida (las dos primeras) o interpretación errónea (las restantes), que, según el casacionista, hiciera el Tribunal del artículo 95 de la Ley 83 de 1946 en cuanto exigió nombramiento de curador *ad litem* por el juez de menores, cuya omisión lo condujo a un fallo inhibitorio, considera necesario la Sala dilucidar previamente dicho punto, para luego precisar su incidencia en el fallo impugnado.

1.1 *Cuando se trata de un proceso ordinario de revisión de una sentencia proferida por juez de menores donde se acoge, como en este caso, la filiación extramatrimonial o natural, es necesario que intervengan como partes autónomas, además del demandante, de un lado el menor demandado representado por su madre como representante legal, o, en su defecto, por un curador ad litem, a fin de que asuma la defensa particular de sus intereses en la cuestión debatida; y, del otro, el curador especial designado por el juez de menores, consagrado específicamente por el artículo 95 de la Ley 83 de 1946, para que, por razones de interés público y social, asuma adicionalmente y de manera autónoma para dicho recurso de revisión, la defensa de los intereses del menor, mediante la coadyuvancia de la sentencia del juez de menores que lo ha declarado como hijo extramatrimonial o natural, frente al eventual riesgo de ignorancia, negligencia, dolo o dificultades en la defensa. Por ello resulta inaplicable la restricción del antiguo artículo 82 de la Ley 83 de 1946 (válida para investigaciones de paternidad y no para revisiones ordinarias de sentencias que la declaran), y vigente dicha disposición especial del artículo 95 de la Ley 83 de 1946 (no derogada por el artículo 18 de la Ley 75 de 1968) frente a la actual representación legal de incapaces, para la revisión ordinaria de dichas sentencias. Luego, la sentencia sobre la filiación natural proferida por el juez de menores deja "a salvo el derecho a las partes para establecer el juicio correspondiente ante los jueces civiles" (art. 94 de la Ley 83 de 1946), esto es, que aquélla "es revisable por la vía ordinaria ante el juez civil competente" (art. 18 Ley 75 de 1968). Pero que, al tenor del artículo 95 de la Ley 83 de 1946, "en el juicio correspondiente que se promueva ante los jueces civiles, los intereses del menor serán defendidos por un curador que será nombrado por el respectivo juez de menores, funcionario a quien se le notificará la demanda para efecto del nombramiento. En caso de haber obtenido el padre en el juzgado de menores el pronunciamiento de la paternidad, deberá pagar en el juicio que se promueva ante los jueces civiles los honorarios del curador..."*

1.2. Con base en la anterior autonomía, ha dicho esta Corporación que el curador especial no puede reemplazar al representante legal del menor, que, al no citarse éste, genera una nulidad saneable del proceso.

1.2.1 En efecto, en sentencia del 17 de octubre de 1977 expresó la Corte: "también es doctrina de la Corte, la que en la sentencia últimamente citada (la de 8 de

julio de 1975) proferida en el proceso de revisión seguido por Cristina Cresencia Soto no publicada aún, dijo al efecto la Sala: ¿'13. Y acaso podrá afirmarse, como parece aceptarlo el Tribunal de Montería, que los menores quedaban representados debidamente por el curador que, para su defensa, se les nombró en cumplimiento de lo que preceptuaba la Ley 83 de 1946 en su artículo 95?

Tanto frente al Código Judicial derogado como ante el nuevo de Procedimiento Civil y tanto conforme a las normas de la Ley 45 de 1936, como a las de la Ley 75 de 1968, la representación judicial de quienes eran hijos de familia la tenía aquel de sus padres que ejerciera la patria potestad.

Los incapaces—decía el artículo 240 del Código Judicial—comparecen en juicio, como demandantes o demandados, por medio de sus representantes legales, principio que fue repetido en el segundo inciso del artículo 44 del nuevo C. de P. Civil. Y el representante legal del hijo de familia que tenía la calidad de natural lo era su madre, pues de un lado y por regla general a ella correspondía el ejercicio de la patria potestad, y, de otro, esta potestad no podía ser conferida al padre que había sido declarado tal en juicio contradictorio (artículos 14 de la Ley 45 de 1936 y 20 de la Ley 75 de 1968).

Y cuando el artículo 95 de la Ley 83 de 1946 disponía que, en el juicio que se promoviera ante los jueces civiles para revisar la sentencia sobre paternidad natural que hubiera proferido el juez de menores, los intereses del incapaz fueran defendidos por un curador que sería nombrado por este juez, con ello no menoscabó el poder de representación que la madre natural tenía respecto a su hijo no emancipado, no modificó el modo como los menores debía comparecer al proceso. El nombramiento del curador no tenía la trascendencia de otorgarle la representación de éstos, representación que seguía en cabeza de quien sobre él ejerciera la patria potestad, sino que, como expresamente lo decía el artículo 95 premencionado, buscaba que los intereses del menor necesariamente tuvieran que ser defendidos por el curador, para abrigarlo de los posibles descuidos de su padre o madre o de su guardador general, o de las muy probables dificultades económicas en que éstos se encontraban para afrontar los gastos propios de una defensa judicial.

El curador expresado, entonces, no tenía la representación del menor, pues no se trataba del que el juez debía nombrar en alguno de los casos de los artículos 241, 242, 243 y 246 del C. Judicial derogado, eventos en los cuales el curador ad litem sí tenía la específica facultad de representación'..." (G. J. tomo CLV, pp. 301 y ss.).

1.2.2. Y posteriormente en sentencia del 27 de marzo de 1984 dijo esta Corporación: "El punto que debe examinarse es el de si el curador a que se refiere el artículo 95 de la Ley 83 de 1946 reemplaza al representante legal del menor cuya paternidad se cuestiona o es simplemente un defensor de la sentencia del juzgado de menores, que actúan en forma adicional al representante legal del presunto hijo natural. La respuesta es obvia. La regla general es que los incapaces actúan en el mundo del derecho a través de sus representantes legales, que son los titulares de la patria potestad o los tutores y curadores. Son ellos los llamados por la ley a intervenir en los procesos que se sigan contra sus hijos de familia o pupilos. Particularmente la patria potestad parte de la base de que no hay, no puede haber un amor más interesado hacia el menor que el del padre o la madre, y por ende no puede haber un defensor mejor. De suerte tal que el curador a que se refiere el artículo 95 ya copiado, no sustituye jamás en la

representación del menor a la madre como titular que es de su patria potestad. Adelantar el proceso de revisión de la sentencia de paternidad sin la audiencia de la hija que fue declarada tal en la pieza revisada, que ha debido comparecer representada por su madre, es contrario a la naturaleza del proceso, viola el principio general del artículo 26 de la Constitución y constituye causal de nulidad a la luz del artículo 152-3 del C. de P.C.

Corolario de lo anterior es que como ni siquiera se ordenó citar a la representante legal de la menor cuya paternidad se está cuestionando, pero tal nulidad subsanable, será necesario citar a dicha señora para que manifieste lo que tenga por conveniente..." (aún sin publicar).

1.3 Y concordante con el criterio jurisprudencial de la autonomía que como parte tiene el menor asistido por su representación debida frente al curador especial, consagrado en el artículo 95 de la Ley 83 de 1946, quien también obra como parte especial, igualmente observa la Sala que aquella representación legal, no sustituye ni torna facultativa, sino, por el contrario, es forzosa también la intervención del curador especial; pues ésta obedece a razones de interés público y social de mayor protección del menor que tiene una sentencia de filiación favorable, frente a las eventuales desatenciones, negligencias o maniobras dolosas o probables dificultades económicas del menor o su representante. De allí que sea imperativo, "por disposición especial" la intervención como parte de dicho curador, a fin de que quede integrado debidamente el contradictorio y que, al no hacerse ni subsanarse oportunamente (art. 83 C.P.C.), o decretarse la nulidad que sea procedente, la demanda no resulte en debida forma y tenga el juzgador que inhibirse del fallo de mérito.

2. Habiéndose planteado todas las censuras dentro de la causal primera de casación, la Sala, dejando de lado la validez o invalidez procesal, propia de otra causal, no encuentra desacierto en el juzgamiento del fallador.

En efecto, en el caso *sub examine* donde no fue parte, debiendo serlo el curador designado por el juez de menores, el tribunal, conforme a la jurisprudencia mencionada, no sólo estimó vigente y en su exacto sentido lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 83 de 1946, sino que lo aplicó debidamente a la revisión en proceso ordinario de sentencias de filiación proferidas por jueces de menores, encontrando, también ajustado a derecho, la falta del presupuesto procesal de demanda en forma, que lo condujo al fallo inhibitorio impugnado. Luego, conforme a lo arriba expresado no hubo desacierto en el *ad quem* en la aplicación e interpretación del citado precepto a que aluden las censuras como reparo medular de la violación directa de las demás normas sustanciales en ellas citadas, por lo que éstas no resultaron quebrantadas con el mencionado fallo inhibitorio.

Por lo tanto, son imprósperos los cargos de la demanda.

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 del 3 de octubre de 1986, proferida por el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de San Gil (Santander) en proceso ordinario de Eliécer Cuadrado Tovar contra Claudia Sneiden Ardila.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

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

Alvaro Ortiz Monsalve.
Secretario.

ESTADO CIVIL/HEREDERO/DEMANDA

En los procesos contra herederos, para la demostración de la legitimación pasiva no se requiere la prueba del estado civil de los demandados, sino la de heredero o cónyuge con interés sucesoral o social y la copia auténtica del auto de reconocimiento pertinente expedida en el proceso sucesorio es suficiente para demostrar tales calidades.

F.F. artículo 10 Ley 75 de 1968 - artículo 81 inciso 2° del C. de P.C.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

Bogotá, D. E., febrero siete (7) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Decídese el recurso de casación interpuesto por los demandados contra la sentencia del 25 de septiembre de 1986 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el proceso ordinario de Belén Serrano Toscano de Serpa contra la señora Alcira Giraldo de Serrano y sus hijos legítimos Orlando, Alirio, Néstor, Juan de Dios, Olga y Martha Serrano Giraldo, sobrevivientes del señor Juan de Dios Serrano Gómez.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito que fue repartido al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga la parte demandante convocó a los demandados para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1. Que la demandante Belén Serrano Toscano de Serpa, nacida el 11 de abril de 1939, es hija natural de Juan de Dios Serrano Gómez; que como consecuencia se ordene al señor Registrador del Estado Civil la inscripción de la respectiva providencia y la corrección del registro civil de nacimiento correspondiente; que por tanto tiene vocación hereditaria para suceder al señor Juan de Dios Serrano; que se condene a los demandados al pago de las costas de este proceso, incluidas las agencias en derecho; en fin, se inscriba la demanda en la Oficina de Instrumentos Públicos de

Bucaramanga, en el folio de matrícula inmobiliaria correspondientes a los inmuebles detallados en el respectivo libelo.

2. Como *causa petendi* se expusieron los siguientes hechos que la Sala resume así:

Que el señor Juan de Dios Serrano murió el día 21 de junio de 1983 en Bucaramanga, adelantándose en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esta misma ciudad, el proceso sucesorio correspondiente; que fueron reconocidos como herederos: Alcira Giraldo de Serrano, en su condición de cónyuge sobreviviente; Orlando, Alirio, Néstor, Juan de Dios Serrano Giraldo, Olga Serrano de Rincón y Martha Serrano de Osorio, como hijos legítimos; que el difunto Serrano Gómez mantuvo relaciones sexuales con Isabel Toscano en Bucaramanga desde 1936 hasta 1951; que en esa unión procrearon a Belén Serrano; que desde su nacimiento, su padre natural, Juan de Dios Serrano, la trató como hija, presentándola en tal calidad, sufragando sus gastos estudiantiles, vestuario, alojamiento y manutención, lo que hizo personalmente y a través de varias personas; que dicho trato se prolongó hasta que ocurrió la muerte de Serrano Gómez.

3. Admitida la demanda y hechas las notificaciones y emplazamientos, se propuso excepción previa de falta de la prueba de la calidad de heredero, que fue declarada infundada, y se dio contestación a la demandada rechazando sus pretensiones.

Adicionada la demanda y rituada la primera instancia el *a quo* despachó favorablemente las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

4. Apelada esta sentencia por la actora, el Tribunal dispuso:

1. REVOCAR la sentencia de 29 de octubre de 1985 proferida en este proceso por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga.

2. DECLARAR que Juan de Dios Serrano Gómez es el padre natural de Belén Serrano Toscano de Serpa, hija de Isabel Toscano Cordero, nacida el 11 de abril de 1939 y registrada en la Notaría Primera del Círculo de Bucaramanga, según consta en el libro civil de nacimientos correspondiente al año de 1944, tomo 6° folio 395.

3. DECLARAR, en consecuencia, que Belén Serrano Toscano de Serpa, identificada con la cédula de ciudadanía número 27.938.793 de Bucaramanga, es heredera de Juan de Dios Serrano Gómez, y tiene derecho a intervenir en el juicio mortuario del causante y a recibir como herencia la porción de bienes que según la ley le corresponde.

4. En cumplimiento de lo preceptuado por los artículos 60, 96 y concordantes del Decreto 1260 de 1970, tómesese nota, en el registro del estado civil, de la filiación natural reconocida en esta sentencia.

5. CONDENAR en costas a la parte demandada. Tásense.

5. Inconformes con el fallo los demandados interpusieron recurso de casación.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Comienza el Tribunal por establecer la legitimación en la causa tanto por su aspecto pasivo como activo, y la "halla configurada en el proceso con los registros de nacimiento de la demandante Belén Serrano de Serpa, y de defunción del señor Juan de Dios Serrano Gómez, expedidos por los Notarios Primero y Cuarto del Circulo de Bucaramanga, respectivamente (fls. 2º y 4º, cdno. principal). En cuanto a la calidad de cónyuge y de herederos de los demandados, el Tribunal con fundamento en los artículos 179 y 180 del C. de P. Civil, dispuso que se trajeran a los autos las pruebas pertinentes, las que obran en el expediente".

Descendiendo en el estudio del litigio y previa transcripción de los apartes de las declaraciones de los testigos Ambrosio Serrano Gómez, Jorge Emilio Ariza L., Jerónimo Flórez M. y Gustavo del Río Gómez, encuentra que se refieren en sus versiones, en forma clara y expresa, a precisos actos posesorios los que cubren un lapso muy superior al de cinco años que es el exigido por la ley. Lo anterior lo expone así: "El deponente Ariza Landazábal, quien afirmó conocer a Juan de Dios Serrano y haberle laborado en su calidad de Contador desde 1943 hasta 1947, dijo constarle del trato que aquél le dispensó a la demandante durante toda la época en que trabajó con Juan de Dios. Ciertamente no precisa las fechas de iniciación como tampoco de terminación de dicho conocimiento lo que es razonable y entendible si se tiene en cuenta que todo lo narrado acaeció cuatro décadas atrás. Sin embargo, el aspecto que se comenta pierde importancia si la manifestación del testigo no se toma en forma aislada sino correlacionada con la de los otros deponentes. Ambrosio Serrano, hermano de Juan de Dios Serrano, conoció y supo de las relaciones de éste con Isabel Toscano, madre de la demandante, y de aquél con Belén Serrano desde 1940. Jerónimo Flórez Meléndez afirmó conocer del trato de Juan de Dios para con Belén, desde mediados de 1942". Y agrega el sentenciador: "Si bien se miran estas declaraciones, en cuanto al tiempo se refiere, se verá que los testigos llamados al proceso deponen sobre lapsos diferentes pero concatenados los unos con los otros hasta 1979. ¿En qué fecha exactamente? Poco o nada importa, para el asunto en cuestión, determinar dichos límites porque, se repite, los actos posesorios de paternidad se hallan cobijados por un lapso muy superior al quinquenio exigido por la ley".

De esos mismos testimonios encuentra el Tribunal establecida la notoriedad, la fama y trato de hijo, lo que, dentro de una crítica severa, lo conduce a dar por establecida la posesión notoria. Pero agrega que "existe una serie de indicios que ayudan a fortificar y a hacer aún más inconvencible la convicción del fallador sobre la paternidad debatida, a saber: la circunstancia misma de que la mayoría de los demandados, cónyuge e hijos del finado Juan de Dios Serrano, no se hubiese notificado del auto admisorio de la demandada y por ende apersonado de un proceso cuya entidad es innegable no solamente para sus intereses patrimoniales sino también morales; sin embargo, esta circunstancia no llama tanto la atención del Tribunal como el hecho de que habiéndose notificado personalmente y apersonado del proceso las demandadas Olga Serrano Rincón y Martha Serrano de Osorio, los otros demandados, sus hermanos y su progenitora, hubiesen permanecido ausentes de la controversia que hoy se define.

Pero tal vez lo que más resalta el Tribunal y que va en contra de la versión de los testigos señalados por la parte demandada es la escritura pública número 3671, corrida en la Notaría Segunda del Circuito de Bucaramanga, el 5 de noviembre de 1960, visible a los folios 3 y ss. cdno. 2º, instancia número 1 en la que Belén Serrano Toscano, quien a la sazón era mayor de edad, comparece para adquirir un inmueble, no en forma personal sino representada precisamente por Juan de Dios Serrano. Y se pregunta “¿Agente oficioso de la menor compradora Belén Serrano Toscano? Circunstancia ésta curiosa, por decir lo menos, cuando la representante legal de Belén lo era su progenitora Isabel Toscano en ejercicio de la patria potestad. Este indicio le muestra a la Sala cómo quien hoy es señalado como padre por la deprecante, desde hace casi 25 años se preocupaba vivamente por su suerte y su futuro y como no quiso desampararla económicamente; asegurándole una vivienda, en la que, al parecer, murió el propio Juan de Dios Serrano, y que hoy detenta como señora y dueña de la misma Belén Serrano”.

Luego concluye, está probado plenamente la posesión notoria de hija extramatrimonial.

III. DEMANDA DE CASACIÓN

Unico cargo

Con fundamento en la causal primera se acusa la sentencia de ser violatoria indirectamente por indebida aplicación el “artículo 4º de la Ley 45 de 1936, modificado por el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, numeral 6º, artículo 7º de la Ley 45 de 1936, modificado por el artículo 10º de la Ley 75 de 1968, incisos 2º y 3º y artículos 402 numeral 2º y 403 del Código Civil y artículo 5º de la Ley 57 de 1887.

Las normas medio a través de las cuales se llegó a la violación de las normas sustanciales son los artículos 1º, 2º, 44, 46, 67, 105 y 106 del Decreto 1260 de 1979, en armonía con los artículos 174, 175, 176, 177, 178, 187, 252, 253, 262, 264 y 265 del C. de P.C.”.

La censura señala como erróneamente apreciadas las siguientes pruebas: las que “obran a los folios 3 del cuaderno 1, certificación suscrita el 27 de octubre de 1983 por los señores Juez y Secretaria del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga, y 32 del cuaderno que contiene la sentencia de segunda instancia, certificación suscrita por los señores Jefe de la Sección de Cobranzas y Secretario Ejecutivo de la misma sección, de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, y folios 33, 34 y 35, que contienen fotocopia auténtica del auto de 21 de julio de 1983, proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga, por el cual se declaró abierto y radicado en dicho Juzgado el proceso de Sucesión Intestada del señor Juan de Dios Serrano Gómez y se reconoció, entre otros, a las señoras Olga Serrano de Rincón, Martha Serrano de Osorio y a los demás demandados en este proceso ordinario, como interesados en el mencionado proceso de sucesión, por error de derecho, al haberles dado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, valor probatorio de la calidad en que se citó en la demanda a los demandados, no siendo legalmente idóneos tales documentos para dicho efecto jurídico”.

En procura de la sustentación de la acusación el censor se refiere al régimen legal y jurisprudencia en materia de prueba del estado civil, argumentando que es limitativa y solemne, para luego, ciñéndose al litigio, expresarse en los siguientes términos:

“El Juzgador de segunda instancia no especificó las pruebas a las cuales se refería, pero fácilmente se induce que se trata de los documentos que forman los folios 31, 32, 33, 34 y 35 del cuaderno que acabó de mencionar. El folio 35 contiene copia auténtica de la partida de matrimonio celebrado entre los señores Juan de Dios Serrano Gómez y Alcira Giraldo. Pero en los demás folios no aparecen las copias de las correspondientes partidas de nacimiento de las demandadas Olga Serrano de Rincón y Martha Serrano de Osorio, o las copias del folio respectivo o el certificado expedido con base en los mismos partida o folio, por el Notario competente. Se evidencia, entonces, que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga les dio a las fotocopias que contienen el auto de julio 21 de 1983, del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga, anteriormente referido, el valor de prueba plena e idónea de la calidad de hijas legítimas del señor Juan de Dios Serrano Gómez, en que se citó al proceso a mis dos poderdantes, violando de manera manifiesta y notoria los tantas veces citados artículos 105 y 106 del Decreto 1260 de 1970 que, en su orden, determinan como prueba solamente válida la copia de la correspondiente partida o folio de certificación del funcionario competente, y que niegan todo el valor probatorio a cualquier otro tipo de prueba. Se cometió un error de valoración jurídica de la prueba, al haberle otorgado al H. Tribunal el valor de prueba idónea del estado civil de la calidad de “hijas legítimas” del señor Juan de Dios Serrano Gómez, a mis poderdantes, cuando es lo cierto que las copias o fotocopias auténticas de la providencia judicial por medio de la cual se reconoce herederos dentro de un proceso de sucesión, no son aptas ni legalmente idóneas para demostrar la calidad de hijas legítimas, de las dos demandadas a quienes he representado en este proceso”.

La jurisprudencia que admitió como prueba del auto de reconocimiento sucesoral y dice: “A pesar de la poderosa razón, considero que esta doctrina jurisprudencial podía ser válida durante la vigencia del artículo 19 de la Ley 92 de 1938, sólo en el caso de prueba supletiva. No la considero válida actualmente frente a la terminante disposición del artículo 106 del Decreto 1260 de 1970 sino, igualmente, en el caso de prueba supletiva (inciso 3º, artículo 105 del Decreto citado), ya que, en el caso de falta de las partidas o folios de registro civil sí es admisible probar dicho estado, y hacer la inscripción correspondiente, acudiendo a “instrumentos públicos”, entre otros.

Tampoco considera legalmente válida la misma doctrina jurisprudencial porque cuando hay una norma expresa que regula un asunto especial, no es dable abstenerse de aplicar la norma expresa y acudir, en cambio, a situaciones jurídicas diferentes.

Y, finalmente, tampoco la considera válida porque, si se aceptase el criterio, muy poderoso, desde luego, de la H. Corte Suprema de Justicia, de que el reconocimiento de un heredero “hace suponer necesariamente” que se llevó la partida respectiva, para acreditar el estado civil, en otros procesos en los cuales la ley exige prueba específica (escritura pública, partida de registro civil de matrimonio, etc.) podrían omitirse tales pruebas presentando copias de providencias admisorias en

procesos en los cuales se ha controvertido el dominio de bienes inmuebles, o relaciones jurídicas derivadas del contrato de matrimonio, etc.

Además, en Colombia no existe norma jurídica que establezca la presunción de que las providencias judiciales se ajustan a derecho. El principio romano de la *res iudicata pro veritate habetur* está siendo relegado por los tratadistas, quienes justifican y explican la autoridad de las decisiones judiciales, no en la presunción de verdad de las decisiones judiciales, sino en la necesidad política y jurídica de resolver en forma definitiva las controversias sometidas a la decisión de los jueces. En otros términos: la fuerza de la cosa juzgada se impone, no por la verdad que contengan las decisiones judiciales (la existencia de sentencias injustas es innegable), sino por el poder del Estado, que así lo determina; y éste, a su vez, la impone por necesidades políticas, sociales y jurídicas”.

Luego, concluye el censor, el Tribunal ha cometido error de derecho trascendente para quebrar el fallo y proferir, en su lugar, sentencia inhibitoria.

CONSIDERACIONES

1. Tiene sentado esta Corporación la diferencia y exigencia probatoria del estado civil y de la calidad de heredero.

1.1. Sobre el particular es abundante la jurisprudencia que hace tal distinción permitiendo la prueba de la calidad de heredero con la copia auténtica del auto de reconocimiento hereditario (G.J. tomo XCVII, pág. 224) mientras no se pruebe lo contrario así como la sentencia proferida en el proceso de sucesión (ibidem), “en juicio diferente del sucesorio o en que la litis no verse precisamente sobre el estado civil que acreditan aquellas partidas” (G.J. tomos LXXI, págs. 102 y 104; LXXVIII, pág. 69), puesto que el auto admisorio mencionado “tiene el valor de documento auténtico, según lo dispuesto por el artículo 632 del Código Judicial y su copia es idónea para demostrar la calidad de herederos” (G.J. tomo CXVIII, págs. 149 y ss.). De allí que en desarrollo de esa distinción se haya admitido que basta para acreditar su posición de heredero, aportar la copia del auto en que se le conoció como tal dentro del respectivo proceso de sucesión cuando aquella prueba se exige en litigios distintos de este último, como ocurre con la prueba del heredero demandado en el proceso de filiación natural, donde la Corte, con base en el citado criterio admitió la mencionada prueba concluyendo que el demandado lo era “no por ser hijo natural del presunto padre, sino por tener la calidad de heredero de éste, que es la que verdaderamente lo legitima para ser la parte demandada”; todo lo cual se entiende sin perjuicio de que también pueda demostrarlo esa calidad hereditaria con las pruebas del estado civil cuando no hay repudiación (sentencia del 22 de marzo de 1969).

1.2. Las razones expuestas también encuentran fundamento en el C.P.C. vigente porque las copias de autos expedidos por el Juez competente de la sucesión (art. 116 C.P.C.) o por el notario donde ya se encuentra protocolizado el proceso (art. 254, num. 1, C.P.C.) son documentos públicos y auténticos (254, num. 1 y 252 C.P.C.), con el alcance probatorio de su contenido (arts. 258 y 264 ibidem) de la calidad de heredero, que debió fundarse en la prueba de la capacidad sucesoral con la demostración de la existencia personal; la dignidad, por presunción legal; y la vocación hereditaria

intestada o testamentaria, con la prueba idónea del estado civil o del testamento correspondiente. Luego, tales documentos siguen siendo idóneos para demostrar la calidad de heredero y, si fuere el caso, de cónyuge con interés social o hereditario, que han sido demandados en el proceso de filiación extramatrimonial, puesto que el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 consagra la exigencia de esta calidad para la legitimación pasiva, adoptando así legislativamente, lo que, sobre la materia, había reiterado la jurisprudencia, tal como quedara expuesto.

Además, este tipo de prueba se halla admitido en nuestro estatuto procesal, específica y expresamente para los procesos de ejecución contra herederos (art. 81, inciso 2º, C.P.C.); y específica e implícitamente para los demás procesos contra herederos determinados, mediante copias del auto de reconocimiento y su ejecutoria, obtenidas directamente por los interesados (art. 81, inciso 1º ibídem) o por orden judicial en caso contrario (arts. 77 numeral 5º y 78 numeral 1º, ibídem). Pero lo anterior no se opone a que la prueba de la calidad de heredero también se haga directamente a través de la demostración de su capacidad sucesoral, con la acreditación de la existencia de la persona; su dignidad sucesoral, que se presume (arts. 1018 C.C. y 177 C.P.C.), y su vocación sucesoral, con la prueba del estado civil o del testamento en que se funda.

2. Por lo expuesto, desacierta la presente censura al atribuirle error de derecho en la apreciación de la copia del auto de reconocimiento de heredero expedida en el proceso sucesorio al dar por demostrado el estado civil de algunas personas demandadas. Desacierto que radica en que, de un lado, para la demostración de la legitimación pasiva no se requiere la prueba del estado civil de los demandados sino la de heredero y de cónyuge con interés sucesoral o social (art. 10, Ley 75 de 1968) y, del otro, porque la copia auténtica del auto de reconocimiento pertinente expedida en el proceso sucesorio es suficiente no sólo para demostrar la calidad de heredero u otras calidades allí reconocidas sino también para presumir su legalidad.

Luego no hay error de derecho en la apreciación de esta prueba, lo que es suficiente para dar por acreditada la legitimación pasiva censurada y sostener el fallo impugnado; quedando, por tanto, intrascendentes los demás supuestos errores de derecho que también se le endilgan al Tribunal sobre otros documentos, que, por lo demás, no conducen pertinente y legalmente a desvirtuar la calidad reconocida judicialmente.

Por lo tanto, el cargo es impróspero.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del 25 de septiembre de 1986, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el proceso ordinario promovido por Belén Serrano Toscano de Serpa contra la señora Arcila Giraldo de Serrano y sus hijos legítimos Orlando, Alirio, Néstor, Juan de Dios, Olga y Martha Serrano Giraldo, sobrevivientes del señor Juan de Dios Serrano Gómez.

Costas a cargo de los recurrentes.

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

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

Alvaro Ortiz Monsalve.
Secretario.

SEPARACION DE CUERPOS/HIJO MENOR

Cuando se produce la separación, medie o no divorcio, el juez no puede olvidar estos dos principios cardinales: la separación no exime a los padres, aun privados de la patria potestad, de sus obligaciones para con los hijos. En relación con el cuidado personal se deben tener en cuenta las circunstancias que más convengan al menor, que prevalecen sobre las de los padres y sobre la causal de separación demostrada.

F.F. artículo 423 del C. Civil (art. 27 Ley 1ª de 1976).

En igual sentido: S-029-12.02.88-1

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D. E., febrero trece (13) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Se decide sobre el mérito del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fecha veinticinco (25) de agosto de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales para ponerle fin, en primera instancia, al proceso abreviado de separación de cuerpos seguido por Germán Buitrago Alfonso contra Alice Díaz Rodríguez.

ANTECEDENTES

1. Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales y actuando por intermedio de apoderado especialmente constituido para el efecto, Germán Buitrago Alfonso, mayor de edad y vecino de esa ciudad, entabló demanda contra su legítima esposa Alice Díaz Rodríguez, también mayor de edad y domiciliada en Manizales, para que previos los trámites del proceso abreviado y cumplida la debida citación de acuerdo con la Ley, en sentencia se decrete la separación personal indefinida de los precitados cónyuges, se declare disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal entre ellos formada por el hecho del matrimonio, se le otorgue al deman-

dante la custodia del menor Germán Ernesto Buitrago, se ordene la inscripción de la sentencia en el competente registro y se le imponga a la demandada la obligación de pagar las costas del proceso.

Los hechos en que se apoyan las pretensiones anteriores pueden resumirse en la siguiente forma: a) Las partes contrajeron matrimonio el 27 de agosto de 1983, en ceremonia llevada a cabo de conformidad con el rito canónico, y de esta unión nació un hijo a quien se le dio el nombre de Germán Ernesto; b) Por diferentes motivos, la demandada ha dado lugar a la demanda de separación incoada. En efecto, ha incumplido grave e injustificadamente sus deberes de esposa "...tanto en lo moral como en lo material..." pues aun cuando conviven bajo el mismo techo, desde el mes de abril de 1987 la demandada optó por trasladarse a una pieza independiente, "...de ahí que el actor carece de todo apoyo moral y material..."; igualmente, dice el escrito de demanda, es ella responsable del grave e injustificado incumplimiento de sus deberes de madre en lo moral y en lo material, lo primero por los continuos escándalos que hace "...utilizando vocabulario vulgar en presencia del menor...", y en cuanto a lo segundo porque, dado el "...encierro voluntario de la madre...", es al demandante a quien le toca atender al menor desde tempranas horas de la noche; una tercera circunstancia determinante de la petición ordenada a obtener el decreto judicial de separación, son los ultrajes y el trato cruel dado por la demandada a su esposo "...no sólo en privado sino delante de las personas que los rodean...", hasta hacer imposibles la paz y el sosiego domésticos; y en fin, se invoca la existencia de un grave problema de orden psíquico en la persona de la cónyuge demandada quien, se dice, "...se ha negado a su tratamiento (...) representando serio peligro para el demandante y el hijo menor de edad...", problema éste que es descrito en los siguientes términos: "...Es el caso de presentar frecuentes ataques de histeria los cuales manifiesta con deseos de morirse y ha llegado hasta el extremo de darse puños en la cabeza, darse cabezazos contra las paredes, herirse la cara con sus propias uñas (...) cuando no le da por tirarle materos a mi representado. Estas escenas, así como los escándalos, los hace en presencia del menor a sabiendas de que es una grabadora que hace lo que ve y dice lo que escucha, niño que ha presentado crisis de agresividad y retardo en el lenguaje, circunstancias que son certificadas por el médico pediatra doctor Alvaro Guzmán, quien recomendó que dicho niño asistiera a un jardín infantil. Ante estos hechos fue matriculado en el jardín infantil La Hormiguita (...) lugar donde estaba evidenciando grandes progresos que echó por tierra la demandada al hacerle perder continuidad y casi el cupo, por cuanto sin consultar siquiera se lo llevó en vacaciones para Bogotá...", actitud que demuestra que no es persona sana de mente capaz de criar y educar a su hijo.

2. Con la intervención del Ministerio Público y apersonada en la causa la cónyuge demandada, quien aceptando la separación reclamada se opuso a que sea reconocido en sentencia el derecho invocado por su esposo a la custodia del menor, se tramitó la primera instancia a la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales le puso fin mediante la sentencia materia del recurso de apelación, providencia ésta que decretó la separación indefinida de cuerpos, se abstuvo de declarar la disolución de la sociedad conyugal, pues a su liquidación de común acuerdo procedieron los cónyuges según la escritura pública 1345 de 23 de junio de 1988 otorgada ante el Notario Segundo del círculo notarial de Manizales, dejó a

cargo de la madre el cuidado personal del hijo menor de edad sin perjuicio del derecho del demandante a visitarlo "...cuando lo desee...", dispuso que este último contribuya con la suma de \$50.000 mensuales a los gastos de crianza y establecimiento del citado menor, ordenó el registro de la sentencia y le impuso a la parte demandada la obligación de pagar las costas del proceso.

EL RECURSO INTERPUESTO

Inconforme con la decisión del *a quo* en lo atinente al cuidado personal del menor Germán Ernesto Buitrago Díaz, la parte actora interpuso el recurso de apelación, recurso éste correctamente concedido por el tribunal y cuyo conocimiento es de competencia de esta Sala al tenor del artículo IX del Concordato firmado entre Colombia y la Santa Sede, aprobado por la Ley 20 de 1974.

El procedimiento de alzada se ha desarrollado con estricta observancia de las formalidades prescritas por los artículos 358 y 360 del Código de Procedimiento Civil, siendo de advertir: a) Que en la oportunidad correspondiente el apelante presentó escrito de expresión de agravios, insistiendo en los argumentos que expuso en el memorial de interposición del recurso donde pide la modificación de la providencia para que se le conceda el cuidado personal del menor al padre Germán Buitrago Alfonso; b) Que en tiempo hábil para hacerlo, la parte demandada descortió el traslado pidiendo la confirmación integral del fallo; c) Por último, que con fecha siete (7) de diciembre del año pasado e indicando las razones de su solicitud, se presentó la vista fiscal que pide igualmente la confirmación de la sentencia "...por encontrarse la misma ajustada a derecho...".

Puestas así las cosas, corresponde ahora resolver acerca del mérito de la apelación interpuesta para lo cual bastan las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Aludiendo a los efectos que respecto de la prole produce la separación personal de los cónyuges, sea que subsista o no el vínculo matrimonial, enseña la doctrina tradicional de la Corte que rigen esta delicada materia dos principios de cardinal importancia que, en cuanto tales, invariablemente han de ser observados a la hora de buscar soluciones razonables para las frecuentes controversias que en este campo suelen presentarse. El primero de ellos es el de que la separación, medie o no divorcio, no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos, incluso en el evento en que la sentencia privase a uno de ellos, o a ambos, del ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad; el segundo indica que el juez, en el cometido de adoptar cualquier medida provisional o definitiva relacionada con el cuidado y la manutención de los hijos cuando se ha roto la unidad familiar representada por la casa común, ha de estarse a lo que en vista de las circunstancias particulares del caso sea más conveniente para ellos pues su interés, el de los hijos siempre habrá de hacerse prevalecer sobre el de los padres, dejándole aquí la ley un amplio margen al prudente arbitrio de los juzgadores sin acudir a rígidas limitaciones referidas a la culpabilidad establecida en el proceso, orientación conceptual ésta que muchas veces la Corte ha subrayado,

insistiendo en que los jueces y tribunales, "...al disponer sobre tan delicados asuntos y por encima de cualquiera otra consideración, tienen que atenerse al interés de los hijos y observar con cuidado si, dadas las particulares circunstancias del caso analizado —vale decir, apreciados el sexo, la edad y el estado de los hijos, por un lado, y por el otro las condiciones físicas, morales, económicas y sociales de los padres—, es más conveniente para aquéllos que su custodia le sea entregada a la madre o bien al padre o a los dos por separado antes o después de determinadas épocas, evitando caer en el error de apoyarse en una supuesta presunción de idoneidad a los efectos del cuidado personal de los menores, fundada en la inocencia de uno de los cónyuges frente a los hechos que dieron causa a la separación..." (Sent. No. 029 de 12 de febrero de 1988 aún no publicada oficialmente).

2. Pues bien, siguiendo estos criterios y definido como queda que no puede ser la simple atribución de culpabilidad a la demandada el argumento definitivo que, en la especie litigiosa en estudio, permita inferir su falta de aptitud para recibir la custodia del hijo que apenas pasa de los cuatro años de vida, luego de apreciar la evidencia disponible en los autos se llega a la conclusión de que, en efecto, no se equivocó el a quo al adoptar la decisión impugnada por la parte demandante.

Es que tratándose de niños de tierna edad que todavía tienen necesidad de los cuidados maternos, dentro del contexto de nuestra realidad social y familiar sigue siendo lógico y razonable darle preferencia a la madre en cuanto a la custodia de aquéllos se refiere, regla que desde luego no es de carácter absoluto porque siempre queda a salvo, y en esto no está por demás insistir, el supuesto de que esta solución fuere inconveniente para el menor, sea por haber abandonado la madre a sus hijos al alejarse del hogar o bien porque su conducta revele un evidente peligro moral o físico para dicho menor; así, con certero enfoque y valiéndose de todos los elementos de juicio que suministran los autos, estimó el tribunal que no era aconsejable separar al niño de su madre y, por el contrario, juzgó procedente darle a esta última la oportunidad, una vez resuelto el problema de tener que convivir "...con alguien a quien no quiere...", de asumir la responsabilidad virtualmente intransferible de hacerse cargo de la crianza, manutención e instrucción de su hijo Germán Ernesto, ello sin perjuicio del natural derecho de vigilancia que le compete al padre y bajo la categórica advertencia, la cual hace suya la Corte, de que en todo momento le asiste a éste la facultad de acudir a la justicia si el menor no recibiere la atención debida, denunciando las irregularidades que ocurran "...para que se tome una determinación que favorezca los intereses del menor que la ley manda proteger a toda costa..."

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve desestimar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y, en consecuencia, CONFIRMA en todas sus partes la sentencia de fecha veinticinco (25) de agosto de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales para ponerle fin, en primera instancia, al proceso abreviado de separación de cuerpos seguido por Germán Buitrago Alfonso contra Alicé Díaz Rodríguez.

Las costas son de cargo del apelante. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alvaro Ortiz Monsalve.
Secretario.

CHEQUE FISCAL

Estos cheques no son negociables. Sólo hay pago regular cuando haya descargo del cheque en favor de la cuenta de la entidad pública beneficiaria. Responsabilidad extracontractual por su pago irregular. Legitimación activa.

F.F. Ley 1ª de 1980

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil



Magistrado ponente: *Pedro Lafont Pianetta*.

Bogotá, D. E., 22 de febrero de 1989.

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia del 20 de mayo de 1986 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el proceso ordinario de Grasas y Aceites Vegetales S.A. "Gracetales" contra el Banco Cafetero, Sucursal Barranquilla.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, en el mencionado proceso se solicitaron las siguientes declaraciones que la Sala resume así:

Primera. Que el Banco Cafetero, Sucursal Barranquilla, debe pagar a Grasas y Aceites Vegetales S.A., "Gracetales" seis días después de la ejecutoria de la sentencia, la cantidad de un millón quinientos once mil setecientos nueve pesos (\$1.511.709.00) moneda corriente, más sus intereses desde el día 2 de junio de 1982 hasta cuando se verifique el pago, más las costas y gastos del proceso.

Segunda. Que el Banco Cafetero, Sucursal Barranquilla, por la mora en el pago de la suma expresada anteriormente, debe pagar a Grasas y Aceites Vegetales S.A., "Gracetales" los perjuicios causados, ordenando que al hacer el pago se tenga en cuenta la desvalorización monetaria progresiva.

2. La síntesis de la *causa petendi* de estas pretensiones es la siguiente:

Primera. Que el día 2 de junio del presente año, Grasas y Aceites Vegetales S.A. compró en el Banco de Colombia, Principal, de esta ciudad, el cheque de gerencia GB-número 4179591 por la suma de un millón quinientos once mil setecientos

nueve pesos, a favor del Instituto de los Seguros Sociales, valor correspondiente a los aportes obrero-patronales del mes de abril de 1982.

Segunda. Con el título valor mencionado anteriormente, Grasas y Aceites Vegetales S.A., canceló en la Caja Principal del Instituto de los Seguros Sociales el aporte mencionado y se entregaron las "tarjetas de comprobación de derechos" con vigencia hasta el 25 de julio de 1982.

Tercera. El Banco de Colombia, Sucursal Barranquilla, certifica que el cheque mencionado en el hecho primero de esta demanda, fue pagado por compensación al Banco Cafetero Avenida Kennedy, habiendo certificado el Banco Cafetero al respaldo que había sido consignado en la cuenta corriente del primer beneficiario como lo decía el sello que tiene en el anverso: "Páguese únicamente al primer beneficiario" y como legalmente debía haber sucedido por tratarse de un cheque fiscal.

Cuarta. El cheque relacionado en el hecho primero de esta demanda no fue abonado específicamente a ninguna cuenta corriente del Banco Cafetero, Agencia Kennedy pero sí fue pagado por el Banco de Colombia, en canje y a favor del Banco Cafetero Sucursal Avenida Kennedy. El Banco Cafetero Agencia Kennedy, no consignó en la cuenta corriente del primer beneficiario, o sea, el Instituto de Seguros Sociales, el cheque relacionado en el hecho primero de esta demanda.

Quinta. El Instituto de Seguros Sociales es una entidad de derecho público, creada por ley. Por consiguiente, los cheques girados a su favor para cubrir los aportes obrero-patronales, son cheques fiscales de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 1° de 1980. No obstante, el Banco Cafetero Agencia Kennedy pagó el cheque a que se refiere esta demanda, violando las disposiciones legales.

Sexta. El artículo 5° de la Ley 1° de 1980 dice: "Los establecimientos bancarios que pagaren o negociaren o en cualquier forma violaren lo prescrito en esta ley, responderán en su totalidad por el pago irregular y sus empleados responsables quedarán sometidos a las sanciones legales reglamentarias del caso".

Séptima. Grasas y Aceites Vegetales S.A., por medio de su representante legal, me ha conferido poder para promover este proceso.

3. Admitida la demanda, el demandado le dio respuesta manifestándole no constarle unos hechos (1°, 2° y 3°) y admitiendo otros (5° y 6°).

Tramitada la primera instancia el juzgado dispuso:

Primera. Condénase al Banco Cafetero, Sucursal Barranquilla, a pagar dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la cantidad de un millón quinientos once mil setecientos nueve pesos (\$1.511.709.00) moneda legal, más sus intereses legales, desde el día 11 de junio de 1982, hasta cuando se verifique el pago, teniendo en cuenta al hacer el correspondiente pago la desvalorización monetaria progresiva.

Segunda. Condénase en costas a la parte demandada. Tásense.

4. Apelada la sentencia por el demandado, el Tribunal lo confirmó con la reforma de que los intereses se paguen desde el 25 de noviembre de 1982 y con la condena en costas al apelante.

5. Inconforme con el fallo, el demandado interpuso recurso de casación.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Después de ciertas citas jurisprudenciales sobre el ejercicio de la actividad bancaria, el Tribunal entra al análisis probatorio y encuentra que el cheque de gerencia adquirido por la sociedad actora el día 2 de junio del Banco de Colombia para cancelar una obligación al Instituto de los Seguros Sociales, fue cobrado por intermedio del Banco Cafetero por una persona distinta del mencionado instituto. “Apoya esta apreciación en la inspección judicial, la que, por otra parte, con el dictamen pericial demuestran, a juicio del fallador, que por conducto del Banco Cafetero, Sucursal Kennedy, el Banco de Colombia canceló el referido título valor, y que el Instituto de los Seguros Sociales no tenía cuenta en tal sucursal. Siendo esto así, ha debido rechazar tal consignación porque sólo podía abonarse a la cuenta corriente del beneficiario, a la sazón, *Seguros Sociales*”.

Agrega además el sentenciador que “también debe tenerse en cuenta que el sello y la firma puestos al reverso del mencionado cheque y provenientes como del Banco Cafetero, no se ha demostrado que son falsos. Respecto al endoso, aceptándolo como irregular, tal hecho no libera al Banco Cafetero de la responsabilidad de que lo inculpa la sociedad actora”. Corrobora lo anterior, dice el Tribunal, la declaración del Gerente de la entidad demandada sobre la forma deshonestas de uno de sus empleados en el cobro ilegal del mencionado cheque.

De otra parte siguiendo la jurisprudencia nacional sobre la equitativa aplicación de la corrección monetaria en estos casos por la devaluación, estima que hay lugar a concederla, así como los intereses legales desde la contestación de la demanda.

III. DEMANDA DE CASACIÓN

Unico cargo

En este se acusa la sentencia de ser violatoria “indirectamente, en el concepto de aplicación indebida, los artículos 2341, 2342, 2344, 2345, 2346, 2347, 2348, 2349, 1757, 1617, 1613, 1614, 608, 1608 del Código Civil, en relación con los artículos 174, 177 y 307 del Código de Prodecimiento Civil y 2º y 822 del Código del Comercio: 664, 665, 713, 715, 719, 737, 738, 884, 1163, 1382, 1383, 1384, 1385, 1386, 1387, 1388, 1389, 1390, 1391, 1392 del Código de Comercio; 1º, 2º y 5º de la Ley 1ª de 1980, en relación con el artículo 20 del Decreto 130 de 1976, a consecuencia de los evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por haber interpretado erróneamente la demanda y dejado de apreciar la Cuenta de Cobro del Instituto de Seguros Sociales a Gracetales por los aportes obrero-patronales correspondientes al mes de abril de 1982, comprado por Gracetales a favor del ISS, fue pagado por él por haber sido consignado en la cuenta corriente del primer beneficiario (fl. 11); carta del Gerente de Gracetales al Gerente de la Asociación Nacional de Industriales, fechada el 24 de junio de 1982 (fls. 13 y 14); declaración de Carlos Alberto Alvarez Zapata ante el Supervisor Administrativo de Auditoría Interna de la Dirección General del I.S.A. (fls. 16, 17 y 18); carta de 27 de julio de 1982 dirigida por Gracetales al Banco de Colombia (fl. 19); comunicación enviada por Gracetales

al Superintendente Bancario, folio 21; carta del I.S.A. a la Andi, fl. 24; y la carta del Gerente de Gracetales al Instituto de Seguros Sociales, fechada el 1° de julio de 1982, folios 30 y 31”.

Los errores citados que se le enrostran al Tribunal lo resume el casacionista así:

1. No haber tenido como probado, estándolo debidamente, que la sociedad demandante, Grasas y Aceites Vegetales S.A., “Gracetales”, entregó al Instituto de Seguros Sociales el cheque de gerencia GB-4179591 de 2 de junio de 1982, por valor de \$1.511.709.00, que adquirió en el Banco de Colombia, a favor de aquella entidad para cancelarle los aportes correspondientes al mes de abril de ese año.

2. No tener como demostrado, cuando las pruebas así lo proclaman, que Gracetales, con el aludido cheque de gerencia pagó al Instituto de Seguros Sociales los aportes obrero-patronales correspondientes al mes de abril de 1982 y obtuvo, en consecuencia, los respectivos comprobantes y las “tarjetas de comprobación de derechos” con vigencia hasta el 25 de julio del mismo año.

3. No haber tenido como probado, cuando las pruebas evidencian lo contrario, que el referido cheque de gerencia cumplió, respecto de Gracetales, los fines para los cuales lo adquirió y satisfizo plena y legalmente sus propósitos, esto es, cancelar al ISS el valor de unos aportes obrero-patronales.

4. Haber tenido como probado, cuando no lo está, que el Banco Cafetero, por la maniobra fraudulenta de que fue víctima y el mal pago del cheque por parte del Banco de Colombia, ocasionó a Gracetales los perjuicios que reclama en su demanda.

5. Haber tenido como probado, contra toda evidencia, que los perjuicios alegados por Gracetales fueron causados por habérsele extraviado al ISS y haber sido mal pagado por el Banco de Colombia, por el aparente conducto del Banco Cafetero, un cheque del cual no era girador, ni girado, ni beneficiario ni tenedor, pero que utilizó, con pleno derecho, para efectuar un pago válido.

6. Haber tenido como probado, sin estarlo, que Gracetales sufrió perjuicios con el extravío o mal pago del cuestionado cheque y que es titular del derecho a la correspondiente indemnización.

7. No haber tenido como probado, estándolo, que Gracetales no sufrió perjuicio alguno causado por el infortunio del cheque de gerencia con el que canceló al ISS los aportes obrero-patronales del mes de abril de 1982.

8. Haber tenido como demostrado, no estándolo, que existía relación de causalidad entre el mal pago del cheque y los perjuicios cuya indemnización pretende la demanda.

Con base en estos yerros, dice el recurrente, “el Tribunal llegó a las conclusiones fácticas, equivocadas que le imputa la censura. De haberlas apreciado, y además en forma correcta, necesariamente habría concluido que la demandante Gracetales no era titular del derecho pretendido en el juicio, pues ningún perjuicio le causó el Banco Cafetero con su actitud, así hubiera estado rodeada de toda la culpabilidad que le deduce la sentencia, frente a la irregular consignación del cheque de gerencia. Si

Gracetales compró el cheque de gerencia a favor del Instituto de Seguros Sociales para pagarle unos aportes y con él efectivamente los pagó, mediante su entrega al empleado del Instituto encargado de recibirlo, y obtuvo el respectivo comprobante de cancelación de esos aportes y las consiguientes tarjetas que dan derecho a los servicios del ISS, satisfizo plenamente el propósito de pagar que la movió a adquirir el cheque de gerencia, del cual hizo su total y adecuado para su propio beneficio. Si ello fue así, como lo confiesa y lo demuestran las pruebas analizadas, ningún perjuicio pudo haber sufrido ocasionado por el Banco Cafetero demandado. Si algún perjuicio causó el comportamiento de éste fue al Instituto de Seguros Sociales, beneficiario único y tenedor legítimo del cheque. Desde el momento en que Gracetales entregó el cheque al Instituto y realizó el pago de los aportes, perdió todo interés en la suerte que corriera ese título valor. Por manera que, con fundamento en el extravío o mal pago del cheque, Gracetales carece de toda legitimación para demandar indemnización de perjuicios del Banco Cafetero”.

Por último, agrega el casacionista, que “si lo que ocurre es que el Instituto de Seguros Sociales, a pesar de haber recibido el cheque de gerencia en pago de unos aportes y expedido los correspondientes recibos de cancelación y tarjetas de servicios, ha negado a Gracetales la validez del pago que hizo y por esta causa ha sufrido perjuicios, tales perjuicios no habrían sido irrogados por el Banco Cafetero, sino por el Instituto de Seguros Sociales que le desconoce injustificadamente el pago. Es claro, pues, que con ese fundamento tampoco estaría Gracetales legitimada para pretender del Banco Cafetero la correspondiente indemnización, por cuanto no habría sido el autor del daño, ni existe relación de causalidad entre el mal pago del cheque y aquellos perjuicios”.

CONSIDERACIONES

1. Previamente considera la Sala hacer ciertas precisiones sobre la responsabilidad extracontractual en la cancelación irregular de cheques fiscales.

1.1 Primeramente se observa que este tipo de responsabilidad por cancelación irregular de cheques fiscales, se encuentra en armonía con sus características.

1.1.1 Los cheques fiscales, como “aquellos cheques especiales girados por cualquier concepto a favor de entidades públicas, definidos por el artículo 20 del Decreto 130 de 1976”, se caracterizan por su beneficiario, que sólo podrá ser la entidad pública a la cual se haga el respectivo pago; sus condiciones esenciales y negociabilidad, que no pueden modificarse al reverso; su ausencia de circulación, por no ser negociables; y su pago, por no poderse cancelar en efectivo sino mediante abono en cuenta corriente con la circunstancia de que “no podrán ser abonados en cuenta diferente a la de la entidad pública beneficiaria” (artículo 1º, Ley 1º de 1980) y de que el banco consignatario deje “constancia en el reverso del cheque de la cuenta de la entidad pública, a la cual ha sido abonado el importe respectivo” (artículo 2º ibidem).

1.1.2 De lo anterior surge la no negociabilidad de estos cheques y de que sólo hay pago regular cuando haya descargo del cheque en favor de la cuenta de la entidad pública beneficiaria, lo cual constituye, por razones de seguridad jurídica en estas operaciones, una garantía especial tanto para esta entidad como para la persona que

efectúa el pago con dicho cheque fiscal. Por tal motivo se establece, de una parte, la responsabilidad específica del banco librado del pago irregular (inciso final del artículo 1° Ley 1° de 1980 y artículo 738 del C.Co.), y, de otra, la responsabilidad general "en su totalidad por el pago irregular" a cargo de "los establecimientos bancarios que pagaren o negociaren o en cualquier forma violaren lo prescrito en esta ley" (artículo 5° de la Ley 1° de 1980).

1.2 Sin embargo, la legitimación para reclamar este tipo de responsabilidad corresponde a quien haya resultado perjudicado de acuerdo con las circunstancias propias del pago irregular.

1.2.1 Las operaciones normales en estos cheques fiscales se encuentran motivadas ordinariamente en la necesidad que tienen los particulares de cancelar deudas contraídas con ciertas entidades públicas, que, en pocas ocasiones exigen, como garantía de pago y seguridad de la transacción, que aquella cancelación se haga con cheques de gerencias girados en su favor. Para este efecto el interesado acude a la operación bancaria de adquisición del cheque de gerencia al banco girador-librado, quien lo expide en favor de la entidad pública, con el cual posteriormente el interesado paga su deuda personal transfiriéndoselo conforme al artículo 882 del C. Co.

1.2.2 Ahora bien, en caso de que el cheque entregado como pago a la entidad de derecho público no sea cancelado o descargado en su favor sino en el de un tercero, sea en favor de un banco consignatario o en favor de la cuenta de un particular en este último, dicho banco y el particular pueden resultar responsables solidariamente de ese pago irregular e ilícito conforme a los artículos 5°, Ley 1° de 1980 y 2341, 2342 y 2344 del C.C.

1.3 En estos casos, en principio el legitimado, para hacer valer esta responsabilidad extracontractual estará radicado en el beneficiario del título valor, esto es, la entidad pública que ha recibido el cheque fiscal, que es quien sufrido el daño correspondiente, cuando tal recepción conlleva el pago eficaz liberatorio. Porque, por ese motivo, se traslada a dicho beneficiario el derecho contenido en el título valor y se extingue la obligación causal con liberación del deudor, que es lo que ocurre normalmente de conformidad con el artículo 882 C.Co., con lo cual aquel beneficiario queda legitimado para reclamar la indemnización del perjuicio sufrido por no haber sido abonado en su cuenta el cheque fiscal, sino pagado irregularmente a un tercero.

Pero si el cheque fiscal es descargado en favor de persona distinta de la entidad pública, con la circunstancia de que quien con él paga no sólo pierde el valor de adquisición, sino que también, conforme a la ley, el pago que pretendía hacer resulta ineficaz, y de consiguiente, restablece insoluto la obligación originaria o fundamental, para ser cancelada posteriormente: no puede menos que concluirse en la existencia de legitimación activa, que, por dicho perjuicio, tiene aquel particular para reclamar la indemnización correspondiente contra los establecimientos bancarios que pagaren, negociaren irregularmente dicho cheque fiscal o en cualquier otra forma violaren lo prescrito en la Ley 1° de 1980.

2. Entra ahora la Corte al estudio del cargo que se somete a su consideración.

2.1 La presente censura se formula por violación indirecta de la ley sustancial fundada en errores de hecho cometidos por el Tribunal en la demanda y demás

pruebas citadas en el cargo, tendientes a demostrar el yerro cometido por el sentenciador en no haber dado por probado que el demandante hizo un pago a ISS y que, por tanto, no sufrió daño alguno. Que el daño de haberse padecido lo hubiere sufrido este establecimiento público y no el demandante; y que si éste ha sufrido daño el causante del mismo, no es el demandado sino el ISS al no aceptar el pago realizado.

2.2 Desacierta el censor en este reparo por que el Tribunal sí consideró, tuvo en cuenta y estableció el pago con cheque fiscal hecho por el demandante al ISS (fl. 24 cuad. 2). Pero al mismo tiempo también encontró probado, de una parte, que el citado cheque fiscal en favor del ISS fue cobrado por el Banco demandado, y no abonado a cuenta alguna del ISS que carecía de ella; y de la otra, que hubo reconocimiento por los interesados en la cancelación de la ineficacia o resolución del pago inicial por no haberse descargado en favor del ISS conforme al artículo 822 C. Co., restableciendo por consiguiente la obligación originaria o causal. Luego, el sentenciador sí estableció el pago pero lo estimó sin efectos, no desvirtuado legal y probatoriamente, quedando entonces legitimado el pagador, como arriba se dijo, para exigir responsabilidad y reparación del daño sufrido, ocasionado por parte del Banco demandado, que fue precisamente lo admitido y probado en el fallo condenatorio de segunda instancia. Luego no habiendo yerro alguno, el cargo está destinado al fracaso, manteniéndose la sentencia impugnada que se ajusta a los elementos sustanciales de la responsabilidad a que se ha hecho mención en el aparte anterior, con la debida fundamentación probatoria.

Por lo tanto, el cargo devierie en impróspero.

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 del 20 de mayo de 1986 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el proceso ordinario de Grasas y Aceites Vegetales S.A., "Gracetales" contra el Banco Cafetero, Sucursal Barranquilla.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

Alvaro Ortiz Monsalve
Secretario.

ADOPCION. ESTADO CIVIL. NULIDAD SUSTANCIAL

Tiene interés jurídico para demandar la nulidad absoluta del acta de registro civil de adopción aquel que ha celebrado promesa de venta de derechos herenciales con quien aduce la calidad de hijo adoptivo.

F.F. Arts. 104-5 y 102 del Decreto 1260 de 1970 y Art. 1741 C.C.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: *José Alejandro Bonivento Fernández.*

Bogotá, D. E., marzo nueve (9) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de 10 de septiembre de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

I. EL LITIGIO

Por los trámites de un proceso ordinario Iván de Jesús Rotavista Quintero demandó a Alvaro León Bolívar Trejos para que “se declare que es nula de nulidad absoluta, el acta de registro civil de adopciones, de 21 de febrero de 1975, de folio 11, de la Notaría de este circuito, donde aparece inscrito el demandado Alvaro León Bolívar Trejos”, con las consiguientes ordenaciones.

Los hechos, fundamento de la *causa petendi*, se pueden compendiar de la siguiente manera:

Que Alvaro León Echeverri mediante escrito dirigido al señor Juez Civil del Circuito de Riosucio, calendado el 20 de febrero de 1975, “solicitó que se hicieran comparecer a los señores Anibal Ramírez y Amanda Montoya Betancur, para que les recibiera declaración juramentada frente al cuestionario propuesto”, testimonios recibidos por el Juzgado Civil Municipal en lo que “aseveran que el mencionado Alvaro León Echeverri, fue presentado por los señores Simón Bolívar y Rosa Elvira Trejos de B., como hijo adoptivo, ya que desde recién nacido, fue dejado en poder del hogar Bolívar Trejos”.

Que con apoyo en las declaraciones mencionadas Alvaro León Echeverri “obtuvo y logró que se realizará a su favor una inscripción en la Notaría de Riosucio, como hijo adoptivo de los señores Simón Bolívar y Rosa Elvira Trejos de B., como

hijo adoptivo, ya que desde recién nacido, fue dejado en poder del hogar Bolívar Trejos”.

Que con apoyo en las declaraciones mencionadas Alvaro León Echeverri “obtuvo y logró que se realizara a su favor una inscripción en la Notaría de Riosucio, como hijo adoptivo de los señores Simón Bolívar y Rosa Elvira Trejos de B., en el libro de Registro Civil de Adopción, del año de 1975, a folio 11”, con la que pasó a llamarse Alvaro León Bolívar Trejos.

Que el demandado mediante documento de 7 de diciembre de 1976 prometió vender al demandante “el 50% o la mitad de los derechos y acciones que en su calidad de heredero le puedan corresponder en la sucesión intestada de su señora madre Rosa Trejos vda. de Bolívar”, vinculadas a una casa de habitación, de la que hizo entrega material.

Que por conducto de apoderado Iván de Jesús Rotavista Quintero, con fundamento en el contrato de promesa de venta presentó demanda de apertura del proceso de sucesión de Rosa Trejos vda. de Bolívar y el Juzgado Civil Municipal de Riosucio dispuso lo pertinente por auto de 14 de septiembre de 1984, y en el que se reconoció como subrogado en un 50% de los derechos herenciales.

Que Alvaro León Bolívar Trejos, por intermedio de apoderado judicial, solicitó que se declarara como heredero de la causante Rosa Elvira Trejos, como hijo legítimo y se dejara sin efecto la providencia de 14 de septiembre de 1984, denegada por el juzgado.

Que el abogado de Alvaro Bolívar Trejos solicitó en el sucesorio y lo obtuvo el secuestro provisional del único inmueble de la causante. Y al momento de practicarse la diligencia encontró dividido en dos casas de habitación, ocupadas por cada una de las partes; Rotavista Quintero se opuso al secuestro y tramitado el incidente le fue negada y se dispuso el secuestro.

Que Rotavista Quintero, por los trámites de un proceso abreviado, propuso pago por consignación y Bolívar Trejos se opuso, prosperando la excepción de petición de modo indebido.

Que Rotavista Quintero, desconocía que su prometiente vendedor no era hijo ni legítimo ni adoptivo de Rosa Elvira Trejos de Bolívar.

Admitida la demanda, ordenado su traslado, Alvaro León Bolívar Trejos, por medio de procurador judicial, se opuso a las pretensiones del actor, dijo que se atenía a lo que se probare en relación con unos hechos, que parecían ser ciertos otros y sobre el punto central respondió que es un concepto que por tanto no está obligado a contestar.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, apoyada en que el demandante “no tiene la calidad para accionar, pues éste es un tercero, es decir, un extraño que nada tiene que ver ni con Alvaro León Bolívar Trejos, ni con la madre de éste, señora Rosa Elvira Trejos de Bolívar”.

El Juzgado Civil del Circuito de Riosucio, luego de agotado el trámite de primera instancia, mediante Sentencia de 13 de mayo de 1987, declaró no probada la

excepción propuesta por el demandado, y en cambio, declaró “que es nula de nulidad absoluta el acta de registro civil de adopción de 21 de febrero de 1975”, ordenó enviar copia de la sentencia al respectivo notario y condenó en costas a la parte demandada.

El demandado interpuso recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Manizales, el que por sentencia de 10 de septiembre de 1987, revocó la del *a quo* y consiguientemente negó la declaratoria de nulidad impetrada. Sin costas por no haberse causado.

De la decisión del tribunal, mostró inconformidad el demandante, para lo cual interpuso el recurso de casación.

II. LOS FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL

Después de anotar los antecedentes del litigio incursiona el tribunal en los alcances de una promesa de contrato diferenciándolo con el negocio prometido; por eso “resulta, entonces, demasiado extraño que se hubiera reconocido al señor Iván de Jesús Rotavista Quintero subrogado en los derechos herenciales que apenas prometió venderle el señor Alvaro León Bolívar Trejos”.

Con esas observaciones preliminares procede el *ad quem* a estudiar la nulidad invocada, y con cita de los artículos 1742, 2º de la Ley 50 de 1936, de sentencias de la Corte, sostiene que “no podía declararse la nulidad por la circunstancia de haberse solicitado por el señor Iván de Jesús Rotavista Quintero, puesto que no está acreditado el interés que le pueda reportar la declaración de nulidad de tal acto, ni el perjuicio actual que le cause”.

Y agrega:

“Al contrario, aparentemente puede resultar más favorable al señor Iván de Jesús Rotavista Quintero que el señor Alvaro León Bolívar Trejos continúe ostentando la condición de hijo adoptivo de Simón Bolívar Bartolo y Rosa Elvira Trejos Betancur y no que vuelva a su estado anterior, cuando figuraba como Alvaro León Echeverri, por cuanto la promesa de venta fue celebrada en fecha posterior al registro de adopción, con los apellidos con que allí quedó y en ella prometió cederle el 50% de los derechos que de su condición de hijo adoptivo le podían corresponder en la sucesión intestada de la madre adoptante, Rosa Elvira Trejos vda. de Bolívar, vinculados a un inmueble.

“En estas condiciones no se entrarían las cosas para el citado Rotavista, de resultar decretada la nulidad, cuando pretendiera exigir al promitente vendedor la obligación de hacer, consignada en la promesa.

“4.2 De otra parte, tampoco habría lugar a un pronunciamiento oficioso de nulidad, por no darse la concurrencia de las circunstancias antes destacadas en la cita de la honorable Corte, pues aun cuando habría fundamento para decir que la nulidad aparece de manifiesto en el registro de adopción, que parece no se llevó a cabo observando las formalidades legales, y ese acto ha sido invocado como fuente de las obligaciones y derechos, no hay prueba, ni del registro se deduce, que en el acto hubiera intervenido el señor Iván de Jesús Rotavista Quintero”.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Dos cargos, al amparo de la causal primera de casación, formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, y se estudiará el primero, por estar llamado a prosperar.

Cargo primero

Se acusa la sentencia de ser violatoria, por la vía indirecta, como consecuencia de haber dejado de aplicar, en virtud de errores de hecho cometidos en la apreciación de la prueba, los artículos 1740, 1741, inciso 1º, 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 y artículo 104-5 del Decreto 1260 de 1970, así como los artículos 5º, 39, 99, 100 y 105 con las modificaciones del artículo 9º del Decreto 2158 de 1970, todas del Decreto 1260 de 1970.

Entra en el punto atinente a la falta de interés observada por el tribunal para ubicar, precisamente el error en que incurrió al no haber apreciado la promesa de venta que “demuestra por sí sola y suficientemente el interés jurídico del actor”, que se hace más relevante si se observa la obligación propia de la cesión de derechos hereditarios “como es la de responder el cedente por su condición de heredero, que obviamente no contrae normalmente el cedente sino una vez perfeccionado el contrato de cesión”, que asumió de la promesa el demandado.

A continuación anota el censor:

“Es protuberante y manifiesto que si luego de celebrada la promesa, según lo hace resaltar el actor en el hecho 15 de la demanda, éste vino a descubrir que había sido engañado por cuanto Bolívar Trejos no era hijo de la causante Rosas Trejos de Bolívar, ni legítimo ni adoptivo, y que la de hijo adoptivo que dijo tener se apoyaba en una partida ilegítima de estado civil de tal, de esas circunstancias surgía ya nítido, claro e indiscutible, un interés jurídico suyo que le abría paso a su pretensión de impugnar por absolutamente nula aquella partida. Si la partida en mención estaba íntimamente ligada al contrato de promesa, por las razones indicadas, y si la ilegitimidad de ella habría de servirle de fundamento al prometiende comprador para el ejercicio de acciones judiciales contra su prometiende vendedor, como las de nulidad o de indemnización de perjuicios por el dolo (artículo 1515 C.C.), o la de nulidad absoluta por inexistencia de los derechos hereditarios prometidos en venta (artículo 1517 y 1518 C.C. en relación con el artículo 89, numeral 2º de la Ley 153 de 1887), o la de nulidad por falta de causa (artículo 1524 C.C.), etc., en uno cualquiera de tales casos, pues, para Rotavista era forzoso proceder, ante todo, a obtener la nulidad de la partida de estado civil anómala, pues es sabido que las inscripciones en el registro de estado civil se tienen por válidas y auténticas (artículos 102 y 103 del Decreto-ley 1260 de 1970), y no pueden ser modificadas o alteradas sino en virtud de decisión judicial (artículos 89, 95 y 96 *ibidem*). Siendo ello así, es obvio que el interés jurídico necesario para impugnar la partida de estado civil de hijo adoptivo de Bolívar Trejos, existe en este caso y está probado”.

Para el casacionista razón habría tenido el tribunal para desconocerle el interés jurídico al demandante si la promesa se hubiera referido a un bien distinto a derechos hereditarios “pero ese no fue el caso, sino uno en que la condición de heredero de Bolívar Trejos es esencial y decisiva para los intereses de Rotavista, y ello basta para

que el interés jurídico reclamado respecto de Rotavista se encuentre plenamente acreditado, máxime si en la misma promesa Bolívar Trejos se responsabilizó de ser heredero”.

Prosigue el recurrente, en desarrollo de la censura, fijando los alcances de la violación de los textos sustanciales enjuiciados, para concluir:

“Por supuesto que la aplicación de los preceptos que se acaban de mencionar, que el Tribunal habría acatado si no hubiera cometido el error de hecho que se dejó demostrado arriba, habría sido consecuencia de haber hallado que la partida de estado civil de adopción de Alvaro León Bolívar Trejos, o mejor de Alvaro León Echeverri, fue asentada en la Notaría de Riosucio de manera completamente irregular y anómala, con flagrante violación de los siguientes artículos del Decreto-ley 1260 de 1970; artículo 5°, en cuanto dispone que los actos relativos al estado civil, entre ellos las adopciones, deben ser inscritos en el competente registro civil, desde luego con las debidas formalidades; el artículo 39 conforme al cual la autorización de la inscripción de una partida de estado civil, como última etapa del registro (artículo 28 *ibidem*), únicamente procede cuando se han cumplido todos los requisitos formales del caso y presentado los documentos pertinentes; el artículo 99, porque si, según el memorial que obra en copia a fls. 1 v. del cuaderno número 3, la partida aquí discutida se ausentó en sustitución de la original que se destruyó en incendio que consumió los archivos de la Notaría de Riosucio, no era con declaraciones de testigos como cabía reponer la partida destruida, sino con los elementos de juicio específicos señalados en este artículo 99; el artículo 100, porque si la partida no podía reconstruirse en la forma señalada en el artículo 99, debía gestionarse una inscripción nueva con los mismos requisitos del registro inicial; el artículo 105, con la modificación introducida a su inciso tercero por el Decreto 2158 de 1970, artículo 9°, porque si el estado civil cuya partida se quiso reponer, por destrucción de la original según antes se indicó, se produjo con posterioridad a la Ley 92 de 1938, la partida destruida sólo podía sustituirse con otra nueva en la forma y con los fundamentos señalados en el inciso tercero del citado artículo 105, y nada de eso ocurrió con la partida aquí impugnada”.

SE CONSIDERA

Recaba el actor la nulidad del acta de registro de adopción del demandado bajo el entendido que la inscripción se hizo con pretermisión de las formas exigidas por la ley para tal efecto. Y muestra el interés para alcanzar la invalidación del acto, en la celebración de la promesa de venta de derechos hereditarios con el demandado y en la que aduce, este último, la calidad de hijo. Empero, el tribunal no encontró en el demandante interés alguno para deprecicar dicha nulidad porque la promesa, por sí sola, no sirve para legitimarlo al no poder mostrar daño de ninguna especie. Por el contrario, para el ad quem, la declaratoria de nulidad va en detrimento del demandante, ya que la situación existente le puede resultar más favorable.

Es evidente que la nulidad absoluta, que proclama el artículo 2° de la Ley 50 de 1936, puede ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto. Y puede ser alegada por todo aquél que tenga interés en ello, actual y no eventual.

Dentro del marco general, anteriormente descrito, se puede decir, como en principio lo sostiene el tribunal, que una promesa de contrato, de venta de derechos, por generar tan sólo obligación de hacer, no puede comportar interés para demandar la nulidad de un acto distinto de aquél. Pero si se entra a analizar la situación concreta, creada en torno con la promesa, se tiene que cambiar el rumbo conceptual puesto que lo que prometió ceder el demandado, es precisamente, el "50% de los derechos y acciones que en su calidad de heredero en la sucesión intestada de su señora madre Rosa Trejos vda. de Bolívar", vinculados a un determinado inmueble, y que ante el desconocimiento del derecho aducido le resta perspectiva jurídica para hacerse acreedor al reconocimiento final, como cesionario, en el caso de perfeccionarse el negocio prometido, al establecerse que el prometiende vendedor no puede respaldar con certeza jurídica, la condición que en sustancia arguye, de heredero, como hijo, en la sucesión mencionada.

Esto es, en la promesa de cesión en comento, las partes dieron a la calidad de heredero un carácter relevante y definidor del negocio, tanto que, sin contar con esa calidad, no se hubiere celebrado. Así, pues, cuando expresaron que "el prometiende vendedor responde de su calidad de heredero en el proceso de sucesión de la finada Rosa (E. Trejos vda. de Bolívar)", fue para asumir una perspectiva particular, como expresión sustancial, en un negocio que por sí no la ofrece.

No se puede predicar que carece de interés para demandar la nulidad de un acto, quien, precisamente, soporta un interés derivado de la situación jurídica que, de manera concreta se dice en la promesa, puesto que el acta de adopción creadora de un estado familiar sirve para derivar derechos en la medida de su validez.

Entonces, resulta protuberante el error en que incurrió el sentenciador de segundo grado, tal como lo enjuicia el recurrente, al desestimar el interés jurídico del demandante derivado de la promesa de venta del derecho hereditario en comento, porque se ha de insistir que el extremo activo, reposa en buena parte, la seguridad del negocio, del verdadero estado civil del demandado. Si éste es indiscutible hijo, la promesa contiene un categórico fundamento jurídico, pero por el contrario, si no lo es, pierde piso ese fundamento negocial.

La pretensión de vulnerar, pues el acto, que no es el propio que vinculó a las partes, pero del que devienen consecuencias o beneficios jurídicos evidentes, tiene sustento para legitimarla.

Ordenadas así las cosas, resulta indispensable entrar en el análisis si, en verdad, se presenta la nulidad del registro de adopción invocado en la demanda, por faltarle las formalidades previstas por la ley.

Dispone el artículo 104-5 que desde el punto de vista formal, son nulas las inscripciones cuando no existan los documentos necesarios como presupuestos de la inscripción y el artículo 102 establece que la inscripción en el registro del estado civil será válida siempre que se haga con el lleno de los requisitos de ley.

Es decir, la validez de un registro queda sujeta a la atención plena de las exigencias previstas o impuestas por la ley. No puede, entonces, quedar al libre querer de los otorgantes del acto, porque desde la vigencia del Código Civil —artículo 279

hasta la Ley 5ª de 1975, pasando por la Ley 140 de 1960— la adopción en sí ha estado precedida de unos supuestos previos como el permiso de juez o domicilio del adoptado, la licencia o sentencia judicial y, consiguientemente, los actos posteriores del registro deben estar sujetos a esos presupuestos legales, so pena de su invalidez; de conformidad con las preindicadas provisiones normativas; más concretamente queda afectado de nulidad el acto.

El acta traída al proceso, en verdad, no colma ni los presupuestos del Código Civil, ni los de la Ley 140 de 1960, ni los de la Ley 5ª de 1975, porque aparece levantada con apoyo en dos testimonios, procedimiento que no reconoce ninguno de los estatutos citados para imprimirle validez a las adopciones. Es decir, adolece del defecto formal que enuncia el artículo 104, numeral 5 del Decreto 1260 de 1970.

Ahora bien, si lo que se pretende alegar es que el acta fue reconstruida por haberse destruido no encuentra fundamento o sustento de validez esa manifestación puesto que la referencia que se hace en la partida es que Alvaro León “nacido en el Municipio de Riosucio, el 30 de junio de 1949 y cuyo registro de nacimiento no se encuentra en ninguna parte por haberse destruido en el incendio de 1º de febrero de 1952”, o sea, lo que no aparece es la partida de nacimiento, sin mención alguna al registro de la adopción. Todo hace suponer, entonces, que la partida que se acompañó al plenario, como atinente a la inscripción, ampara exclusivamente la adopción.

En ese orden de ideas, se evidencia la irregularidad en el acta de adopción, que sirve para hacer relevante su nulidad. Ahora bien, ¿qué clase de nulidad es la que se advierte? Por tratarse de un acta de registro civil, no puede ser otra que la nulidad absoluta, puesto que compromete razones superiores de orden social y público, propias del estado civil, porque como lo ha dicho esta Corporación: “Precisando así el concepto del estado civil, en su acepción lata comprensiva del estado político y del familiar, y en su sentido estricto que lo reduce a este último, es evidente la vinculación íntima que existe entre dicho estado y el orden público, pues es de incuestionable interés general la definición de la calidad de los súbditos del Estado, en cuanto los habilita para ejercer derechos políticos y les impone obligaciones de la misma índole, como también la determinación del lugar que cada individuo ocupa frente a su familia y del que dependen sus relaciones con los miembros de la misma, las que se juzgan vitales para la conservación de esta célula primaria de la sociedad” (G.J. CXXXV).

El régimen, por tanto, relativo al estado civil, queda ineluctablemente dentro de un ámbito del interés general, y por tanto no pueden los particulares alterar el ordenamiento normativo establecido.

Entonces, si el sentenciador incurrió en el error que le endilga el recurrente que al mismo tiempo, fue trascendente puesto que no aplicó los textos sustanciales de la nulidad, se abre paso la censura, y por ende, se impone casar la sentencia.

SENTENCIA DE REEMPLAZO

No se observa vicio en la actuación y se han colmado los presupuestos procesales.

El *a quo*, hizo próspera la nulidad del acta de registro al encontrar colmados los supuestos que tradicionalmente la doctrina de la Corte ha señalado cuando hay de

por medio un interés en el demandado y ante el carácter de manifiesto. La parte demandada, muestra su inconformidad precisamente en este ultimo aspecto, puesto que le desconoce interés al extremo activo.

Empero, como se dejó consignado en el estudio del cargo que prospera, la nulidad absoluta, como sanción sustancial, se abre paso por adolecer del vicio formal que ya se apuntó, y que necesariamente conduce a la declaratoria alegada por el demandante y reconocida por el sentenciador de primer grado.

Se ha entonces, de confirmar el fallo apelado.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Civil–, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el 10 de septiembre de 1987, dentro del proceso ordinario seguido por Iván de Jesús Rotavista Quintero contra Alvaro León Bolívar Trejos y, en sede de instancia,

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia de fecha 13 de mayo de 1987, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Riosucio (Caldas).

Segundo. Costas de apelación a cargo del recurrente.

Tercero. Sin costas en casación.

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

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

Alvaro Ortiz Monsalve
Secretario.

NOTIFICACIÓN SENTENCIA

Para notificar legalmente a las partes el contenido de la anterior sentencia, se fijó edicto en lugar público de la Secretaría de la Sala, por el término de cinco (5) días hábiles, hoy dieciséis (16) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), a las ocho de la mañana.

Alvaro Ortiz Monsalve
Secretario.

LITIS CONSORCIO NECESARIO. INTEGRACION

La facultad de integrarlo le corresponde únicamente al juez de primera instancia y le precluye cuando dicta su sentencia.

F.F. artículo 83-2 del C. de P.C.

SIMULACION. LEGITIMACION EN LA CAUSA

El secuestre como acreedor de los honorarios causados y debidos —desde el perfeccionamiento del secuestro— se encuentra legitimado para demandar los negocios simulados celebrados por su deudor que dificulten o imposibiliten la satisfacción de la acreencia.

F.F. artículos 1766, Código Civil; 683 y 388-1 del C. de P.C. Igual sentido: S. 15 de julio de 1933, XLI, 459.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: *Pedro Lafont Pianetta.*

Bogotá, D. E., marzo catorce (14) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Se deciden los recursos de casación interpuestos por los demandados contra la sentencia del 6 de mayo de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de Eberto Garavito Rodríguez, contra Inversiones Industriales El Cometa (Incometa Ltda.) e inversiones y Construcciones La Cabrera Ltda. (Incolac Ltda.).

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda, que correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, en proceso contra “Incometa Ltda.”, se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

“a) Que es *simulado* el contrato de compraventa que se hizo constar en la Escritura Pública número 6049 de fecha 31 de octubre de 1980, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá, por medio de la cual el señor Manuel Szapiro, en su condición de Gerente General de la sociedad Inversiones Industriales El Cometa Ltda., Incometa Ltda., dijo vender a la sociedad Inversiones y Construcciones La Cabrera Ltda., Incolac Ltda., representada por Manuel Szapiro, el inmueble o los inmuebles situados en la calle 19 números 35-49, 35-59 y 35-73, alinderados como se expresará en los hechos de esta petición, pues el sedicente comprador no tuvo la intención de adquirir para la sociedad los citados inmuebles;

"b) Que es *simulado* el contrato de compraventa que se hizo constar en la Escritura Pública número 60-48 de fecha 31 de octubre de 1980, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá, por medio de la cual el señor Manuel Szapiro, en su condición de gerente general de la Sociedad Inversiones Industriales El Cometa Ltda., Incometa Ltda., dijo vender a Sociedad Inversiones y Construcciones La Cabrera Ltda., Incolac Ltda., representada por Manuel Szapiro el inmueble marcado con el número 8-57 incluyendo el local número 8-55 de la calle 22 barrio Las Nieves de Bogotá, cuyos linderos y demás especificaciones relacionará en los hechos de la demanda, pues el sedicente comprador no tuvo la intención de adquirir para la sociedad demandada el mencionado inmueble;

"c) En consecuencia, los citados inmuebles pertenecen exclusivamente a la Sociedad Inversiones Industriales El Cometa Ltda., Incometa Ltda., quien es su verdadera dueña;

"d) Que se decrete la cancelación del registro de las Escrituras números 6048 y 6049 de la Notaría Segunda de Bogotá, de fecha 31 de octubre de 1980, en cuanto al derecho de dominio en cabeza de la Sociedad Inversiones y Construcciones La Cabrera Limitada, Incolac Ltda., se refiere, para lo cual se librará oficio al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá;

"e) Que se ordene el registro de la sentencia que declare la sociedad demandada Inversiones Industriales El Cometa, Incometa Ltda., es la verdadera dueña de los inmuebles anteriormente descritos;

"f) Que se condene a la sociedad demandada Inversiones Industriales El Cometa Ltda., Incometa Ltda., al lucro cesante los cuales serán regulados por medio de peritos que su despacho designe.

"g) Que se condene a la sociedad demandada, en las costas del proceso".

2. Los fundamentos de hecho que integran la *causa petendi* se resumen así:

1. Dentro del ejecutivo adelantado ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, de Inversiones Industriales El Cometa Ltda., Incometa Ltda., contra Compañía Granadina de Seguros S.A., el demandante fue secuestre administrador de los bienes embargados a la parte demandada.

2. Desembargados los bienes el demandante rindió cuentas de su gestión, por medio del procedimiento legal, y aprobadas éstas le fueron señalados los honorarios a cargo de la parte demandante de este pleito, la cual solicitó el secuestro (20 de agosto de 1980).

3. Como el secuestre, que es el demandante del presente proceso ordinario, no estuviera conforme con los honorarios fijados por el juzgado, recurrió de la providencia de los señaló en el juzgado y el honorable Tribunal los determinó en la suma de \$1.444.556.61 moneda corriente.

4. Obtenidas las copias respectivas, no fue posible que la entidad obligada a cancelar los honorarios lo hiciera (la demandada del presente pleito), habiendo procedido a simular una venta de los muebles e inmuebles de la sociedad por medio de las escrituras mencionadas en la parte petitoria de la demanda presentada para el

presente pleito, a la Sociedad Inversiones y Construcciones La Cabrera Limitada, Incolac Ltda., dejando al mencionado secuestre Eberto Garavito Rodríguez, sin poder hacer efectiva la cancelación de sus honorarios.

5. En los certificados de constitución y representación expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá, las sociedades indicadas en el hecho anterior tienen *el mismo objeto social y su representante es el mismo señor Manuel Szapiro e igualmente sus socios*.

6. Con los documentos aportados se puede establecer la simulación, ya que es “un hecho ilícito en crear un acto aparente que no corresponde a ninguna operación real, disfrazando un acto verdadero bajo la apariencia de otro”.

7. En las escrituras citadas aparece Manuel Szapiro vendiendo y comprando, en su condición de representante de ambas sociedades simultáneamente, los bienes de que da cuenta la demanda actuando como socio y gerente de las mismas y como socios igualmente Jacobo Szapiro y Tania Szapiro.

8. La simulación que se demanda es la contenida en las Escrituras Públicas números 6048 y 6049, de 31 de octubre de 1980, en las cuales la sociedad Inversiones y Construcciones La Cabrera Limitada, Incolac Limitada, aparece comprando a Inversiones Industriales El Cometa, Incometa Ltda., los inmuebles individualizados en la demanda (hecho 8°).

9. En los contratos de compraventa que hizo constar en las Escrituras 6050 y 6052 de la misma fecha a la de las anteriores, que son simulados también, la sociedad demandada hizo igual operación ilícita, para eludir la obligación contraída con la parte demandante en cuanto a los honorarios de éste como secuestre.

10. El demandante está facultado por la ley para demandar la simulación por ser acreedor de la sociedad demandada, y tenía ese carácter cuando nació el acto que ataca de simulado. El patrimonio de la sociedad demandada (deudora) se menoscabó en forma engañosa o simulada para eludir el pago de la deuda al demandante de este ordinario, y no se justifica que entre las dos sociedades *siendo sus mismos socios, el mismo objeto social y el mismo representante de los dos* se haga esta clase de ventas simuladas sino la de eludir obligaciones de sus acreedores.

11. Con tales actos salta a la vista la simulación ilícita.

3. Admitida, notificada y contestada la demanda, advirtiendo, rechazando y dejando a la prueba ciertos hechos, se tramitó la primera instancia, que concluyó con sentencia que declaró simulados los contratos de compraventa contenidos en las Escrituras números 6048 y 6049 del 31 de octubre de 1980; que los bienes a que éstas se refieren pertenecen a la sociedad demandante; se cancelarán las respectivas escrituras, se ordena el registro de la sentencia; se niega la petición del literal f) por improcedente; y se condena en costas a los demandados.

4. Apelada esta sentencia el tribunal resolvió:

“1o. *Revocar* la Sentencia de 4 de diciembre de 1981 proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, para que en su lugar se proceda como se dispone a continuación.

"2o. Dese cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 83 inciso 2º del C. de P.C. y una vez hecho esto, aplíquese lo ordenado en el numeral 2º de las consideraciones de esta sentencia.

"3o. Sin costas".

5. Restablecida la primera instancia e integrado el contradictorio ordenado con Incolac Ltda., el juez profirió sentencia de fondo similar a la expedida anteriormente.

6. Contra ella apeló el demandado y el Tribunal lo confirmó en todas sus partes.

7. Inconformes con el fallo, separadamente los demandados Incometa Ltda., e Incolac Ltda., interpusieron recursos de casación.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Después de resumir el litigio y de aludir a sus vicisitudes sobre la necesidad de integrar previamente el *litis consorcio* necesario pasivo el tribunal entra en el análisis probatorio, dando por probada las ventas ostensibles y la legitimación del demandante como acreedor.

Así mismo, encuentra que el gerente de ambas sociedades contendientes declara sobre las negociaciones fingidas que en el comercio hacían los socios y la sociedad. También encuentra demostrada la amistad de los contratantes, sus relaciones comerciales, la retención del bien por el reclamante, la evitación del pago de las acreencias como motivo de la venta pública, las dos sociedades formadas por las mismas personas con el mismo objeto y representante legal, la aparente transmisión, la ausencia de necesidad de venta, el carácter de testaferro de la sociedad compradora, la conducta procesal de Manuel Szapiro, etc.; todos los cuales son apreciados como indicios de la simulación, por lo cual confirma la providencia apelada.

III. DEMANDAS DE CASACIÓN

La recurrente Incometa Ltda., en su demanda formula un solo cargo por la causal quinta; y la recurrente Incolac Ltda., dos cargos: uno por la causal quinta y otro por la causal primera. Los dos primeros se estudian conjuntamente por referirse al mismo asunto y preferencialmente al último, de acuerdo con su orden lógico.

Unico cargo

En este "único cargo" y por la causal 5ª de casación la recurrente demandada Incometa Ltda., acusa la sentencia "por estar afectado el proceso desde al auto admisorio de la demanda dictado con fecha abril 6 de 1981 inclusive, en adelante, de la nulidad insubsanable prevista en el artículo 152, numeral 3º *ibidem*, consistente en la pretermisión íntegra de la primera instancia para la parte que represento, en virtud de haberse surtido extemporáneamente la integración del *litis consorcio* necesario previsto en el artículo 83 op. cit. con la sociedad denominada "Inversiones y Construcciones La Cabrera Ltda., Incolac Ltda.", el fallo del honorable Tribunal de Bogotá, Sala Civil, ponencia del doctor Heriberto Caycedo M. de fecha 31 de enero de 1983, en vez de dictar esta Corporación fallo inhibitorio, como era lo verdadera-

mente procedente en tales condiciones, o en su defecto, por lo menos, la nulidad de la actuación desde dicho auto admisorio, con la consiguiente finalización íntegra de la instancia en cualquiera de las dos situaciones.

Con apoyo en la jurisprudencia y doctrina nacionales, el recurrente sustenta su acusación así: "Esta decisión del Tribunal con la vinculación coactiva posterior de 'Inversiones y Construcciones La Cabrera Ltda., Incolac Ltda.', en calidad de *litis consorte* necesario de la parte demandada, arrebataron el derecho ostensible que tenían tanto mi representada como su *litis consorte* de utilizar a cabalidad el trámite completo de la primera instancia que se les festinó al haber omitido el Tribunal, como era lo lógico y lo jurídico, declararse inhibido para fallar por no estar debidamente integrado el contradictorio hasta esa fecha, y por tal razón, haber dado por terminado el proceso o en su defecto, por lo menos, haber declarado la nulidad de la actuación a partir del auto admisorio de la demanda inclusive, conforme lo solicitó expresamente Incolac Ltda., en memorial presentado el 24 de junio de 1982, sin que hasta ahora se le haya dado el trámite que le correspondía y que en sana lógica jurídica, debió ser el incidental prevenido en el artículo 154, inciso 1º C.P.C."

Más adelante sostiene el censor que "el yerro del Tribunal, por no dictar fallo inhibitorio o supletoriamente darle curso al incidente de nulidad y anular a renglón seguido el trámite desde el auto admisorio, perjudicó notoriamente a las sociedades demandadas y las colocó en desventaja para hacerle frente, con todas sus posibilidades de defensa, a la temeraria acción enderezada contra ellas pues se les impidió hacer uso de la primera instancia en su integridad con etapas tan importantes como la contestación de la demanda, la petición y práctica de pruebas, proposición de excepciones previas, llamamiento en garantía, etc."

Finalmente, advierte que esta preterición absoluta de la instancia no puede disimularse con el pretexto de que sí se desarrolló alguna actividad procesal después del auto de obedécese y cúmplase el primer fallo del Tribunal o sea desde el 8 de marzo hasta el 12 de diciembre de 1983, con fecha del segundo fallo del juzgado, puesto que tal tiempo estuvo destinado exclusivamente a darle intervención a la otra sociedad llamada oficiosamente al proceso, sin que durante dicho lapso aparezca gestión alguna de la parte que sustenta esta casación, a más de que de todas maneras la nulidad en comentario es insubsanable, como lo tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia".

Primer cargo

Con la denominación de "primer cargo" la recurrente demandada "Incolac Ltda.", ataca el fallo acusado, con base en la causal 5ª del artículo 368 del C.P.C., por estar afectado el proceso, desde el auto admisorio de la demanda dictado con fecha 6 de abril de 1981, inclusive, en adelante, de la nulidad insubsanable prevista en el artículo 152, numeral 3º *ibidem*, consistente en la pretermisión íntegra de la primera instancia para las partes demandadas, en virtud de haberse surtido extemporáneamente la integración del *litis consorcio* necesario previsto en el artículo 83 op. cd."

Para la demostración del cargo, el impugnante dice que habiéndose iniciado el proceso solamente contra Incometa Ltda., sin la integración del contradictorio,

concluyó en primera, pero en la segunda instancia el Tribunal al revocar aquélla en vez de inhibirse por dicho motivo ordena ilegalmente la mencionada integración, para lo cual se apoya en la jurisprudencia y doctrina nacionales, que cita y transcribe. Y agrega que “el yerro del Tribunal, por no dictar fallo inhibitorio o supletoriamente darle curso al incidente de nulidad y anular a renglón seguido el trámite desde el auto admisorio, perjudicó notoriamente a las sociedades demandadas y las colocó en desventaja para hacerle frente, con todas sus posibilidades de defensa, a la temeraria acción enderezada contra ellas, pues se les impidió hacer uso de la primera instancia en su integridad”, la que “no puede disimularse”, con la actuación posterior, puesto que “la nulidad en comento es insubsanable”. Agrega entonces el impugnante sea que se acoja la tesis de la inhibición o de la invalidación por deficiente integración del contradictorio, “la primera instancia debía repetirse a cabalidad”, que al no hacerse “el proceso quedó viciado de nulidad por pretermisión de la instancia”.

Por último, expresa el recurrente que, aún no siendo indispensable, cita como violados los siguientes textos sustantivos: artículos 66, 1602, 1766, 2079 del C.C., artículos 98, 122 del C. Co., artículos 177, 200, 331 y 391 del C.P.C.

CONSIDERACIONES

1. Comienza la Corte por precisar previamente que la presente acusación no es por falta de integración del *litis consorcio* necesario, que sólo sería atacable por la causal primera de casación, sino su integración irregular que, por pretermisión de la instancia, fue formulada dentro de la causal quinta de casación como causa de nulidad procesal insaneable.

1.1 Sea lo primero señalar que dentro de la causal quinta y dentro del marco del recurso de casación resulta posible acusar una sentencia por “haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 152, siempre que no se hubiese saneado” (artículo 368 del C.P.C.).

1.1.1 En este sentido, una de las causas de nulidad procesal que puede invocarse es la pretermisión de la instancia (artículo 152, numeral 2, C.P.C.), que como fenómeno procesal especial de usurpación de competencia, como tiene sentado esta Corporación, solamente acontece cuando se omiten integralmente las instancias, bien sea la primera o bien la segunda en grado de apelación o consulta.

1.1.2. Si bien para ello basta que se señale esta causal con el “defecto u omisión correspondiente”, establecido como requisito formal del cargo pertinente (artículo 374, inciso final, *ibidem*), no es menos cierto que dicha acusación delimita la función jurisdiccional de la Corte para su estudio, sin que le sea dado, por el carácter extraordinario y dispositivo del recurso de casación abordar el análisis del defecto señalado como otra causal de nulidad, ni enmendar los errores en que pudo haberse incurrido en la estructuración de la causal de nulidad invocada, ni muchos menos proceder al examen de motivos de nulidad no invocados.

1.2 Ahora bien, *procede la Sala al estudio de la importancia en el proceso del contradictorio y su integración irregular.*

1.2.1 Primeramente se observa que en las instancias deben participar o ser convocadas las partes del proceso o aquellas que deben serlo, especialmente cuando se trata del litis consorcio necesario, el cual debe integrarse a instancia de las partes presentes en el proceso o de oficio por el juez, a fin de que se integre en debida forma la relación jurídico procesal con el contradictorio necesario, para que sea visible la sentencia de mérito (artículos 83 y 51 C.P.C.). Pero la integración del contradictorio debe hacerse al inicio del proceso o durante la primera instancia, antes que se dicte sentencia. Sobre esta segunda oportunidad procesal es claro y perentorio el inciso 2° del artículo 83 del C.P.C. cuando prescribe que “cuando por cualquier causa no se haya ordenado tal citación al admitirse la demanda, el juez la decretará posteriormente, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados...” (subraya la Sala). Quiso el legislador al establecer este límite (cuando aún no se haya dictado sentencia de primera instancia) concederle al juez de primera instancia, y solamente a él, la facultad de subsanar el defecto procesal encontrado en el estudio del fallo, ordenando la integración del correspondiente contradictorio con las subsiguientes garantías a los litis consortes citados posteriormente, evitando de esta manera un fallo inhibitorio, y en su lugar, abrir paso a uno de mérito. Pero también indica la preclusión de esta oportunidad procesal cuando el juez de primera instancia, al no observar la deficiencia en la integración del contradictorio, profiere sentencia de fondo. Después de expedida esta última, no puede el mismo ni el superior obtener tal integración en ninguna forma: el primero porque le precluyó la oportunidad y agotó su competencia; y el segundo, que si bien es competente para efecto de la apelación o consulta, no es menos cierto que ya le precluyó la oportunidad procesal al quedar agotada la primera instancia. Luego, si el superior observa dicho defecto procesal la decisión no puede ser otra que la de revocar el fallo de primera instancia, y en lugar, inhibirse para fallar el fondo o en el mérito de las pretensiones como se desprende de la normatividad implícita del artículo 51 C.P.C. al no poder “resolverse de manera uniforme para todos los litis consortes”.

1.2.2 Pero si el superior, al ver la indebida o falta de integración del litis consorcio, revoca la sentencia del inferior y en la decisión sustitutiva no se inhibe por esta causa, como debiera hacerlo, sino que ordena al inferior integrar el contradictorio, genera indudablemente desde este momento un defecto procesal que trasciende al restablecimiento de la primera y segunda instancia con sendos fallos en cada uno de ellos. Pero a tal irregularidad no puede en manera alguna atribuirse el carácter de “pretermisión de instancias”, porque en vez de haberse omitido, ellas se desarrollaron aún, si se puede decir, con exceso.

Otra cosa es que tal irregularidad pueda constituir o ser efecto de otro motivo de nulidad, que si no es invocado en la acusación, queda, como se dijo arriba, fuera de la función jurisdiccional de la Corte, quedando aquélla destinada al rotundo fracaso.

2. Procede la Corte al estudio de los cargos:

2.1 Revisado el expediente encuentra la Sala en orden cronológico las siguientes piezas procesales fundamentales: Sentencia del 4 de diciembre de 1981 proferida por el *a quo* (fl. 128 cuad. ppal.); sentencia del *ad quem* del 31 de enero de 1983, por medio de la cual revoca la sentencia de primera instancia y ordena al inferior la integración del contradictorio (fl. 25 del cuaderno número 3), actuación de primera

instancia para la integración mencionada y posterior sentencia de esta instancia del 13 de diciembre de 1983 (fl. 184 del cuaderno principal); y la sentencia del *ad quem* confirmatoria de fecha de 6 de mayo de 1985 (fl. 22 del cuaderno número 4).

2.2 Conforme a lo expuesto, resulta claro que las instancias de este proceso se desarrollaron aún con exceso, lo que por sí solo deja sin fundamento los cargos que acusan el fallo por su pretermisión, lo que, como se vio, tampoco se configura por la irregularidad procesal advertida por la Sala:

Luego, no prosperan los cargos.

Segundo cargo

En este cargo la sociedad recurrente “Incolac Ltda.”, acusa la sentencia dentro de la causal primera de “ser violatoria en la vía indirecta del artículo 1766 C.C., en la modalidad de aplicación indebida, a través de la violación medio de los artículos 1602, 2488 C.C. y 96, 304, 305 y 391 C.P.C., en la modalidad de falta de aplicación debido a errores de hecho que aparecen ostensiblemente en los autos”, en cuanto “se dio por demostrada la existencia del interés jurídico del actor para instaurar la acción cuando en realidad de verdad al tiempo de promoverla carecía de legitimación en la causa”, cuya excepción propuso en la contestación de la demanda y alegados y no fue estudiada, ni decidida.

En su desarrollo el recurrente acude a citas jurisprudenciales que admiten al acreedor demandar la simulación cuando tenga la calidad de acreedor antes o coetánea a la celebración del acto fraudulento o perjudicial y que con éste se haya disminuido el patrimonio del deudor, esto es, que tenga un interés actual y cierto y no remoto y eventual. Agrega, entonces, que en el hecho noveno de la demanda el actor “se valió de una formulación cronológica intencionalmente engañosa” al atribuirse una calidad de acreedor en una fecha anterior a la verdadera, pues, según “los hechos probados en el plenario... no fue en agosto de 1980 cuando el actor adquirió la calidad de Incometa Ltda., sino en febrero de 1981, al quedar ejecutoriado el auto del Tribunal que señaló los honorarios definitivos del secuestre Everto Garavito, es decir 6 meses después de la que se quiso demostrar tendenciosamente”.

A continuación expresa el impugnante que el Tribunal erró al encontrar probada la legitimación del actor, pues “una cosa es tener la calidad de acreedor desde agosto de 1980 y otra muy distinta desde febrero de 1981”, lo que puso de presente durante el proceso y planteó genéricamente como excepciones de fondo, como lo admite la doctrina, la cual transcribe.

Finalmente, señala el censor que el fallador llega a esta conclusión por errónea apreciación “de las copias de la actuación surtida desde el 28 de febrero de 1980 (fecha de nombramiento del mandante como secuestre) hasta el 24 de febrero de 1981 (fecha de ejecutoria del auto del Tribunal que fijó los honorarios definitivos del secuestre), los cuales obran a folios 2 hasta 25, ambos inclusive del cuaderno número 1 del expediente; y de las copias de las escrituras números 6048 y 6049 de fecha 31 de octubre de 1980 de la Notaría 2ª de Bogotá, registrada el 19 de noviembre de 1980 y el 15 de enero de 1981, respectivamente, los cuales obran a los folios 148 hasta 166 del expediente”. De no haberse cometido este error, concluye, la decisión habría sido absolutoria para la parte demandada.

CONSIDERACIONES

1. Estima la Corte que, de acuerdo con la jurisprudencia el secuestre, en su calidad de acreedor, por los honorarios causados y debidos, se encuentra legitimado para demandar los negocios simulatorios celebrados por su deudor que le afecten, dificultando o haciendo imposible la satisfacción de su acreencia.

1.1 Con fundamento en que las escrituras privadas, hechas, por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efectos contra terceros (artículo 1766 C.C.), es reiterada la jurisprudencia de que la acción de simulación, como acción de prevalencia, no sólo pueden ejercitarla las partes y sus herederos, sino también los terceros con interés para ello, incluyendo en éstos al acreedor, quien "debe tener ese carácter cuando nació el acto que ataca de simulado" que le perjudica por la disminución del patrimonio de su deudor que le imposibilita o dificulta el pago correspondiente, ya que "un acreedor posterior al acto tachado de simulación que ejecutó su deudor, carece de personería para entablar la acción de simulación" (Sentencia del 15 de julio de 1933, G.J. Tomo XLI, página 459).

1.2 Pero para establecer la existencia de un crédito y de consiguiente la calidad de acreedor de su titular es preciso recurrir a su nacimiento instantáneo o proceso formativo, indagando por la fuente de la obligación correspondiente y los elementos subjetivo (sujeto), objetivo (prestación) y vincular (vínculo jurídico) de dicha obligación, de acuerdo con su naturaleza, características y demás aspectos que en ello interese.

1.2.1 En tal sentido, el secuestre, como depositario "de una casa que se disputan dos o más individuos... que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor" (artículo 2273 C.C.) y "auxiliar de la justicia" (artículos 2274 y 9º numeral 1º C.P.C.), tiene derecho a "... los honorarios respectivos", que "constituyen una equitativa retribución del servicio" (artículo 8º del C.P.C.), que nace desde la prestación del servicio con la perfección del secuestro (artículos 683 y 388, inciso 1º C.P.C.), pero cuya determinación cuantitativa, conforme al arancel (artículos 387 C.P.C.) la hace el juez: primero, "provisionalmente" cuando se "causen en la práctica de las diligencias respectivas" de secuestro y a cargo de la parte solicitante (artículos 389, numeral 1º en armonía con el 689 C.P.C.; y el inciso 1º del artículo 27 del Decreto 2265 de 1969); y luego "definitivamente" (honorarios definitivos) con la remuneración adicional del caso (artículo 27 Decreto 2265 de 1969) en el mismo auto que aprueba las cuentas rendidas por el secuestre, indicando quién debe pagarlas (artículos 689, 599 penúltimo inciso y 388 inciso primero, C.P.C.), que en caso de levantamiento de embargo y secuestro, serán deudores de dichos honorarios, como parte de las costas (artículo 393 numeral 2º C.P.C.), "quienes pidieron tales medidas" (artículo 687, inciso final C.P.C.).

1.2.2 Luego, el derecho a la remuneración definitiva en favor del secuestre comienza a gestarse desde la iniciación de su gestión, con la particularidad de que su deudor son en principio las partes, pero que realmente surge cuando se ha determinado cual de ellos ha de asumir las costas pertinentes, momento a partir del cual se estructura la relación obligacional con una prestación que sólo le falta su cuantificación o fijación, cuya pendencia no elimina su existencia.

2. En la presente acusación se ataca la sentencia de haber incurrido el fallador en error de hecho en la apreciación de las pruebas, indicadas en el cargo, al dar por demostrado que el demandante era acreedor desde agosto de 1980 y por lo tanto legitimado para demandar la simulación de negocios jurídicos celebrados el 31 de octubre de 1980, cuando, a juicio del censor, dicho crédito solamente nace en febrero de 1981, lo que indica que carece de dicha legitimación.

2.1 Primeramente observa la Sala que las pruebas, que dice la censura fueron mal apreciadas (cuad. número 1 fls. 2 y ss.) demuestran que el secuestro se llevó a cabo el 6 de marzo de 1980; que el levantamiento de este embargo y secuestro fue decretado con la consecuencial condena en costas el 10 de abril de 1980, comunicado al secuestre el 9 de junio de 1980 y ejecutado por éste (con la entrega de bienes) el 16 del mismo mes y año; que una vez solicitados y presentados por el secuestre las cuentas (junio de 1980) el 20 de agosto de 1980, éstas fueron aprobadas y se fijó el monto de los honorarios del secuestre en \$720.000.00 para "ser pagos por quien solicitó el secuestro", la aquí demandada Incometa Ltda.; que dicha cuantía al ser objetada por esta sociedad (para que se redujera por cuanto el auxiliar de la justicia no ocupó el tiempo total en el ejercicio del cargo) y el secuestre (para que se aumentara por haber sido administrador), el juzgado la redujo a \$361.113, el 29 de octubre de 1980, pero que, por apelación del secuestre, fue fijada por el Tribunal en \$1.444.556.61 el 18 de febrero de 1981.

De otro lado, también aparecen acreditados los actos cuya declaración de simulación se demanda en las copias de las Escrituras Públicas números 6048 y 6049 otorgadas ante el notario segundo del Círculo de Bogotá el 31 de octubre de 1980.

2.2 Por su parte el Tribunal, refiriéndose a las mismas pruebas expresa que "estas actuaciones judiciales surtidas en desarrollo de la actividad del demandante como secuestre de los bienes embargados y secuestrados dentro del proceso ejecutivo en que fue demandada la sociedad Incometa Ltda., ...consecuencia de lo cual fueron levantadas las medidas preventivas y ordenada la entrega de los bienes por el secuestre, así como también la rendición de cuentas del mismo, radican en cabeza del secuestre Garavito Rodríguez la legitimación en la causa para promover las pretensiones de que se ha dado cuenta precedentemente".

Y más adelante el fallador, al referirse a la postura de la parte demandada, señala que tan pronto ésta vio que el 20 de agosto de 1980 se fijaron los honorarios en \$720.000 y reducidos el 29 de octubre de 1980, dos días después procedió a realizar los actos simulatorios, pues estaba pendiente la apelación, en la que podía aumentarse, como efectivamente sucedió.

2.3 De lo anterior se desprende el absoluto desacierto de la censura, porque, en primer lugar, el fallador de segundo grado no establece fecha de la creación del crédito a favor del secuestre, sino que simplemente lo encuentra legitimado para demandar la simulación, lo cual se ajusta al contenido de las pruebas documentales antes resumidas, ya que desde el 10 de abril de 1980 (fecha del levantamiento del embargo y secuestro con costas) el secuestre ya tenía el derecho a que el ejecutante Incometa Ltda., le cancelara los honorarios, tal como se dijo arriba. Más aún, el 20 de agosto de 1980 supo de la primera fijación (\$720.000.00) y el 29 de octubre

conoció de la rebaja (\$361.113). Luego, al 31 de octubre de 1980, fecha de los actos cuya declaración de simulación se pide, ya existía el derecho o crédito del secuestro, por concepto de honorarios, donde no se controvertía su existencia sino solamente su monto y que, como, ciertamente dice el fallador, constituye un indicio de la simulación en perjuicio del secuestro que, por lo demás, resulta reprochable por la función de auxiliar de la justicia encomendada a este último.

Por lo tanto, no habiendo el error que la censura le impetra al sentenciador, aquélla fracasa.

En consecuencia, se desestima el cargo.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en –Sala de Casación Civil–, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la Sentencia del 6 de mayo de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de Everto Garavito Rodríguez contra Inversiones Industriales El Cometa (“Incometa Ltda.”) e Inversiones y Construcciones La Cabrera Ltda. (Incolac Ltda.).

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alvaro Ortiz Monsalve
Secretario.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. DECLARACION DE NULIDAD ABSOLUTA

Cuando la cuestión litigiosa versa sobre una pretensión de declaración de nulidad absoluta de un contrato, tienen que denunciarse como quebrantados los artículos 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936, y si además comprende la nulidad formal de la escritura pública, debe citarse el 99 del Decreto 960 de 1970.

F.F. Artículo 374-3 del C. de P.C. Igual sentido: S. 28 de septiembre de 1972, CXLIII, 181 S-076.26.06.86-4, S-198-26.05.87-1.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: *Pedro Lafont Pianetta*.

Bogotá, D. E., 28 de marzo de 1989.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia fechada el 18 de julio de 1986, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Victor Hugo Macías y Susana Barragán de Macías, contra Campo Elías Moreno y Blanca Malaver de Moreno.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda presentada el 4 de junio de 1981, que por reparto correspondió al Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá, Víctor Hugo Macías y Susana Barragán de Macías convocaron a Campo Elías Moreno Mora y a Blanca Malaver de Moreno a un proceso ordinario de mayor cuantía, para que se declarase la nulidad absoluta de la Escritura Pública número 196 del 1º de febrero de 1978 de la Notaría Trece de Bogotá, o subsidiariamente, la nulidad relativa de tal escritura pública y como consecuencia la rescisión del contrato de compraventa en ella contenido por fuerza y dolo que viciaron el consentimiento de los vendedores.

2. Hechos sustentatorios de las pretensiones mencionadas, en síntesis, fueron los siguientes:

a) Que el 1° de febrero de 1978, en la Notaría Trece de Bogotá,, los demandantes “como vendedores, otorgaron escritura pública a Campo Elías Moreno Mora y Blanca Malaver de Moreno como compradores de un inmueble” situado en Bogotá, en la calle 74 número 83-04, alinderado como se indica en la demanda;

b) Que los demandantes no concurrieron a la Notaría en esa fecha, ni es cierto que el Notario o empleado de la Notaría con su autorización hubieren presenciado la firma de esa escritura pública;

c) Que en tal escritura pública aparece el doctor Francisco Javier Luna Giraldo actuando como representante legal del Instituto de Crédito Territorial, porque según él ni la firma que allí aparece es la suya, ni el sello que se estampó es el que se utiliza por el Instituto para tal efecto;

d) Que se cometió una falsedad al borrar de la “matriz de la escritura” el nombre del doctor Carlos Proenza Granados, quien allí figuraba como representante del instituto de Crédito Territorial;

e) Que la escritura no fue firmada en la Notaría citada el 1° de febrero de 1978, sino en una casa particular en diciembre de 1977;

f) Que los paz y salvos de los vendedores para otorgar la escritura no fueron obtenidos por ellos sino por Campo Elías Moreno para obligarlos a la venta del inmueble;

g) Que se impidió por la fuerza a Víctor Hugo Macías escribir la verdadera fecha en que firmó la escritura;

h) Que los vendedores no recibieron el precio que figura en la escritura por la venta del inmueble (\$148.272.74) sino \$112.500.00 y que el cheque girado a nombre de los vendedores por la Caja General de la Policía Nacional fue irregularmente cobrado por el demandado Campo Elías Moreno Mora;

i) Que la escritura se firmó en casa de Segundo Daniel Acosta y Alejandrina García de Acosta, sitio hasta el cual fueron llevados los demandantes, por la fuerza, en un vehículo de la Policía Nacional, manejado por Rafael Velásquez y bajo las órdenes de Campo Elías Moreno Mora, oficial de esa institución y;

j) Que se les obligó a los demandantes a imprimir su huella dactilar al pie de sus firmas, obtenidas por la fuerza y que no han entregado el inmueble.

3. Notificados del auto admisorio de la demanda los demandados le dieron respuesta al libelo introductorio del proceso, se opusieron a las pretensiones y en cuanto a los hechos, sólo aceptaron como ciertos el otorgamiento de la escritura y la falta de entrega del inmueble a los compradores. Como excepciones de mérito propusieron las que denominaron “subrogación”, “ilegitimidad en la causa”, “fraude procesal” e “incumplimiento de la entrega de la cosa”.

4. A más de dar contestación a la demanda, los demandados formularon demanda de reconvención. En ella se pide condenar a los actores iniciales de este proceso y contrademandados, al pago de perjuicios morales y materiales por la suma de \$5.820.000.00, causados por la negativa a entregar el inmueble y por los gastos en

que los demandantes en reconvención han incurrido para atender diversas actuaciones judiciales promovidas por los demandantes iniciales de este proceso, de las cuales mencionan un proceso de entrega que cursó en el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá, procesos penales y este ordinario.

La demanda de reconvención se contestó oportunamente, con oposición de las pretensiones, negación de la mayor parte de los hechos y aceptación de otros.

5. Decretadas las pruebas pedidas por las partes y cumplido el trámite procesal de rigor, se dictó sentencia de primera instancia el 24 de abril de 1984, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda inicial como las de la demanda de reconvención y se impusieron la condenas en las costas respectivas.

6. Apelada la sentencia por las partes, no se sustentó sino por el apoderado de la demandante y, por ello, sólo a dicha parte se le concedió el recurso.

Tramitada la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió la apelación, mediante sentencia confirmatoria proferida el 18 de junio de 1986, contra la cual se interpuso el recurso de casación.

II. MOTIVACIONES DEL FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal luego de historiar el proceso, analiza las pruebas que obran en el expediente y concluye que no se encuentra probada la inasistencia del notario cuando se otorgó la escritura cuya nulidad absoluta se pretende sea declarada, menos aún si se tiene en cuenta que su número consecutivo coincide con las otorgadas en la misma fecha; y aduce que la impresión de la huella dactilar al pie de las firmas de los otorgantes, lejos de demostrar falsedad en la escritura le da mayor credibilidad a lo expresado y que, como tampoco se encuentran demostrados ni el dolo ni la fuerza como vicios del consentimiento, la sentencia de primer grado que denegó las súplicas de la demanda inicial, debe confirmarse, lo que en efecto se hace en la parte resolutive de la sentencia acusada.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

En la demanda presentada para sustentar el recurso de casación, se formulan dos cargos a la sentencia impugnada, los cuales se analizarán conjuntamente porque tienen consideraciones comunes.

Primer cargo

Afirma el recurrente en este cargo, con apoyo en la causal primera de casación establecida en el artículo 368 del C.P.C., que el sentenciador de segundo grado incurrió en violación indirecta de los artículos 1857, inciso 2º del C.C., 12, 16 y 24 del Decreto 960 de 1970 por aplicación indebida; y que, por falta de aplicación violó los artículos 3º, 4º, 6º, 13, 14, 17, 35, 39, 99 (numerales 2º y 3º) y 103 del Decreto 960 de 1970, así como los artículos 1758, 1740, 1741, 1502, 1508, 1513, 1514 y 1515 del C.C.

Aduce que se incurrió en la violación indirecta de las normas citadas anteriormente, por errores de hecho en la estimación probatoria de la declaración del señor

Notario Trece de Bogotá (fl. 145 cuad. 1), así como en la del señor Segundo Daniel Acosta y en la deducción del indicio que hace el Tribunal según su opinión, de la solicitud formulada por los demandantes al Instituto de Crédito Territorial para la subrogación de una hipoteca que gravaba el inmueble de cuya venta trata la Escritura Pública número 106 de 1978 otorgada en la Notaría Trece de Bogotá.

Además, sostiene el censor, que el Tribunal no vio y por ello no valoró pruebas que figuran en el expediente, de las cuales menciona: confesión de Campo Elías Moreno Mora, irregularidades en la escritura pública cuya nulidad se solicita declarar, testimonios de Julio Segundo García Montes, Segundo Daniel Acosta y Alejandra García de Acosta.

Menciona luego una a una el contenido de las normas que estima infringidas por aplicación indebida y concluye que la mención de ellas en el fallo del Tribunal, comporta una aplicación indebida de las mismas por cuanto no se ajustan al asunto materia del litigio.

En igual forma examina las normas cuya falta de aplicación denuncia al formular el cargo y concluye que, dadas las circunstancias en las cuales se firmó la escritura cuya nulidad demanda, el Notario no cumplió con los deberes que le imponen los artículos del Decreto 960 de 1970 que considera transgredidos y que se dejaron de aplicar por el Tribunal. Menciona luego el artículo 1758 del C.C. y afirma que el Tribunal dejó de aplicarlo pues en razón de las circunstancias en que se firmó la escritura, no la debió reconocer como tal; luego estima infringido el artículo 1740 del C.C. por no haber declarado la nulidad de la escritura citada y, finalmente, agrega que por estar probados la fuerza y dolo, han debido aplicarse los artículos 1502, 1508, 1513, 1514 y 1515 del C.C., lo que no se hizo en la sentencia acusada.

Segundo cargo

El censor formula este cargo, con apoyo en la causal primera de casación contemplada en el artículo 368 del C.P.C. y acusa la sentencia recurrida de violación indirecta de los artículos 1857 inciso 2º del C.C., 12, 16 y 24 del Decreto 960 de 1970, todos por aplicación indebida; e igualmente, acusa la sentencia por violación indirecta, por falta de aplicación, de los artículos 3º, 14, 99 (numerales 2º y 3º) del Decreto 960 de 1970 y los artículos 1741 y 1758 del C.C.

Aduce que, a tales violaciones de las normas sustanciales mencionadas llegó el sentenciador, por error de derecho al no haber tenido en cuenta en la apreciación de la prueba los artículos 187 y 200 del C.P.C., en cuanto dice relación con la declaración del Notario Trece de Bogotá, sobre la autorización de la escritura cuya nulidad absoluta se demanda, así como con relación al testimonio de Segundo Daniel Acosta y con Inspección Judicial practicada en la Notaría mencionada.

CONSIDERACIONES

1. Tiene sentada la jurisprudencia la necesidad de que las acusaciones dentro de la causal primera de casación, se acomoden a sus exigencias técnicas, a fin de que se abran paso para su estudio de fondo.

2. Una de ellas consiste en la necesidad de la integración de la llamada proposición jurídica completa, esto es, el conjunto de preceptos sustanciales que se estimen quebrantados por el fallo impugnado por falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida y que en su conjunto integren el derecho sustancial agraviado, a fin de que la acusación correspondiente, de acuerdo con el carácter limitado y dispositivo y a los fines del recurso extraordinario de casación, tenga la virtualidad de restablecer el orden jurídico objetivo quebrantado y reparar el derecho sustancial lesionado.

2.1 En tal sentido la jurisprudencia ha precisado la integración completa de la proposición jurídica de acusaciones contra sentencias referentes a pretensiones de nulidad absoluta.

2.1.1 En cuanto a éstas, ha dicho esta Corporación que “cuando la situación litigiosa versa sobre una pretensión de declaratoria de nulidad absoluta de un contrato, tiene sentada la Corte que el impugnante en casación tiene que denunciar como quebrantados todos los preceptos que conforman la proposición jurídica, entre ellos los artículos 1741 del C.C. y 2° de la Ley 50 de 1936, el primero, como norma abusiva a las causas determinantes de la nulidad absoluta y, el segundo, como precepto contentivo del derecho que le permite al acreedor, como aquí acontece, alegar la nulidad absoluta de los negocios jurídicos celebrados por su deudor o deudores, cuando en virtud de ellos salen bienes de su patrimonio que le sirven de prenda general...” (sentencia del 26 de junio de 1986; sentencia número 198 de mayo de 1987).

Lo anterior obedece a que en el citado artículo 1741 C.C. “los dos primeros incisos apenas si se limitan a enunciar los eventos en que figura la nulidad absoluta” (auto número 091 del 12 de agosto de 1988) sin que alcancen a estructurar plenamente el derecho sustancial a pedir esta última, que lo recoge el citado artículo 2° de la Ley 50 de 1936.

2.1.2 Estas razones son igualmente suficientes para afirmar que en la acusación de decisiones sobre las pretensiones de declaratoria de nulidad absoluta de un contrato fundada en la nulidad formal de la escritura pública que lo contiene, también sea indispensable que la proposición jurídica comprenda, entre otros, los artículos 1741 del C.C. y 2° de la Ley 50 de 1936, por los motivos arriba expuestos, así el artículo 99 del Decreto-ley 960 de 1970 que alude a las causas especiales y determinantes de la citada nulidad formal escrituraria, “pues es el que consagra la nulidad de las escrituras por falta de determinados requisitos” (Sentencia del 28 de septiembre de 1972, G.J. Tomo CXLIII, página 181).

2.2 Luego, la omisión del artículo 2° de la Ley 50 de 1936 en la proposición jurídica de ambas censuras contra la decisión impugnada que niega la nulidad absoluta, las deja incompletas y relevan a la Corte de su estudio de fondo.

3. No obstante ser lo anterior suficiente para rechazar los cargos, observa la Sala que tampoco se ha satisfecho otras de las exigencias relativas a las acusaciones por violación indirecta de la ley sustancial a “consecuencia de error de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas”, consistentes en que “deberá determinarse en éstas, la clase de error que se hubiere cometido y su influencia en la violación de norma sustancial” (artículo 374 numeral 3° C.P.C.).

3.1 En tal sentido es reiterada la jurisprudencia al señalar que el recurrente debe guardar un comportamiento lógico en la formulación y desarrollo de los cargos, especialmente en los reparos a las conclusiones fácticas del fallador, pues en caso de falta de inteligencia o contradicción, la Corte, por el carácter dispositivo y limitado del recurso extraordinario de casación, no puede moverse oficiosamente para elegir alguno de ellos, quedando dichos cargos destinados al rotundo fracaso.

Así, no se ajusta a este requerimiento que dentro del mismo cargo, como ocurre con el primero que se analiza, se ataque en forma principal o subsidiaria, cuando ha debido de serlo por separado, de una parte, la decisión denegatoria de la pretensión principal de nulidad absoluta fundada exclusivamente en vicios formales en el otorgamiento de la escritura pública correspondiente, admitiéndose como probado sus elementos sustanciales e inexistencia de otro vicio; y al mismo tiempo, dentro de la misma acusación, se impugne la decisión negatoria de la nulidad relativa por vicios de fondo en el consentimiento de los vendedores, admitiendo de esta manera, contrariamente y en forma diferente a lo anterior, la validez absoluta formal y la comprobación de los elementos de esta pretensión de nulidad relativa.

3.2 Así mismo, también resulta alejado de la técnica el segundo cargo formulado por la vía indirecta cuando se le endilga al fallador haber cometido error de derecho al no haber apreciado en conjunto todas las pruebas, incluyendo la “confesión del notario”, sin que de su desarrollo aparezca claramente demostrado el aparte correspondiente al yerro atribuido al Tribunal, pues no basta con la mera afirmación del recurrente sobre la no relación de unas pruebas con otras. Tampoco surge claramente del relato de la acusación el carácter “confesión del notario” en este proceso donde este último no fue parte, ni la evidencia de su incidencia en las demás conclusiones probatorias del Tribunal, ni mucho menos su trascendencia en la decisión impugnada y, consecuencialmente, la violación de la norma sustancial señalada como infringida.

No prosperan los cargos.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Civil–, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 18 de julio de 1986, en el proceso ordinario promovido por Víctor Hugo Macías y Susana Barragán de Macías contra Campo Elías Moreno y Blanca Malaver de Moreno.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

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

Alvaro Ortiz Monsalve
Secretario.

CONTESTACION DE LA DEMANDA. BUENA FE

Por “contestación de la demanda” se entiende el fenómeno de la *litis contestatio*.

La buena fe en principio es una cuestión de hecho; excepcionalmente deviene de una cuestión jurídica.

F.F. Artículos 964 y 966 del Código Civil.

Igual sentido: S. 3 de junio 1954, LXXVII, 772.

F.F. Artículo 768 Código Civil.

Igual sentido: S. 4 julio 1971, LXXXIV, 62. S. 12 diciembre 1979, CLIX, 347. S. 7 julio 1983, CLXXII, 147.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: *Pedro Lafont Pianetta*.

Bogotá, D. E., 28 de marzo de 1989.

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por los demandados contra la sentencia del 28 de julio de 1986 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de Santiago Huertas Amaya contra Pablo Manuel Morales Ramírez y Peregrina Hernández de Morales.

I. ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá, el demandante convocó a los demandados para que se declare resuelto el contrato de promesa de compraventa del 2 de diciembre de 1980 por el cual el primero prometió vender a los segundos las mejoras y posesión del inmueble de la transversal 57 A número 39C-30 Sur de Bogotá, y se condene a los demandados a la restitución del inmueble con sus frutos y al pago de los perjuicios, cláusula penal y costas.

2. Como fundamento de hecho se dieron los siguientes: que en el contrato de compraventa (promesa) se pactó un precio de \$285.000.00, de los cuales se recibió \$5.000.00 y el saldo quedó a cancelarse 45 días después con la cláusula penal de \$20.000.00, habiendo el demandante entregado la posesión a los demandados, sin que estos últimos hayan dado cumplimiento a sus obligaciones.

3. Admitida la demanda los demandados la contestaron extemporáneamente; y tramitada ritualmente la primera instancia el *a quo* declaró la nulidad del citado contrato de compraventa de mejoras y ordenó restituir el precio con sus intereses y las mejoras con “sus frutos percibidos desde la contestación de la demanda”.

4. Apelada esta sentencia por los demandados, el *ad quem*, la confirmó en todas sus partes.

5. Contra este fallo los demandados han interpuesto recurso de casación.

II. MOTIVACIONES DEL FALLO DEL TRIBUNAL

1. Comienza el fallador por estudiar la nulidad decretada de oficio y conforme al artículo 2º de la Ley 50 de 1936, encuentra acreditado que la nulidad aparece de manifiesto, que el contrato ha sido invocado en el proceso de resolución y que en él han intervenido los contratantes.

Con relación al primer requisito, fundado en los artículos 1857 y 756 del C.C., afirma el fallador que “el contrato de venta (no de promesa de venta como se ha querido sostener) de cuya resolución se trata, no consta por escritura pública, sino en documento privado que carece no sólo de autenticación de sus firmas, sino hasta del pago de los impuestos... y, como la venta real de que allí se habla es la de la posesión que el vendedor ejerce sobre el lote de terreno... no cabe duda de que se trata de bienes raíces, que han debido, como se dijo, ser vendidos mediante escritura pública y no como se hizo mediante documento privado”. Y más adelante agrega el fallador que tal contrato “no puede entenderse como promesa de venta, porque, se repite, allí claramente se dice que transfiere en venta real y material, y porque de tratarse de una promesa, también carece de requisitos esenciales, como la fecha en que debía solemnizarse, la notaría donde se otorgaría la escritura y la fecha y hora para efectuar tal acto”.

2. Sobre la posesión alegada por los demandados expresa el *ad quem* que “la posesión no se alega, se prueba. En el *sub judice* no existe prueba de la posesión alegada, distinta de la que recibieron del vendedor, hoy demandante”. Por ello, señala que “la posesión que reclama el apelante, es la del vendedor como consecuencia del contrato debatido en este proceso, el que por carecer del valor legal, obliga a que esa posesión se restituya conforme al mandato contenido en el artículo 1746 del C.C., pues la consecuencia de la nulidad es que las cosas deben quedar como estaban, como si no se hubiera celebrado la venta. Y por eso, a los compradores les corresponde restituir el inmueble (la posesión y las mejoras que les habían vendido) y al

vendedor, devolver el precio que recibió, en este caso la suma de \$5.000.00 más sus intereses, pero también los compradores deben pagar los frutos percibidos durante el tiempo que disfrutaron del bien”.

III. DEMANDA DE CASACIÓN

Unico cargo

Se formula así: “Violó directamente la ley sustancial que reconoce la buena fe del adquirente al condenar a los compradores... a pagar los frutos percibidos durante el tiempo que disfrutaron el bien”. Violación directa por falta de aplicación que hace descansar sobre los artículos 762, 764 inciso 2º, 768 incisos 1º y 2º, 769 inciso 1º, 964 inciso 3º, 965 incisos 2º y 3º, 966 inciso 1º, 969, 970, 1857 inciso 2º, 1876 del C.C.”.

Después de hacer referencia a los antecedentes romanos y la legislación contemporánea sobre la buena fe, así como la jurisprudencia nacional, dice el censor que las normas citadas se imponen aplicarse aún en caso de nulidad absoluta decretada oficiosamente para los poseedores de buena fe, que son “los derechos que le asisten a los demandados”.

Concluye el impugnante que “por todo lo expuesto y demostrado, habida consideración de la necesidad de restablecer el derecho de los poseedores de buena fe que adquirieron por los medios lícitos la posesión del inmueble de que se trata, amén de que la demanda no se tuvo por contestada en tiempo, su despacho ordenará casar parcialmente la sentencia, teniendo en cuenta la calidad de los recurrentes y de que la demanda no fue contestada, como para que se interpretase los frutos deben ser restituidos teniendo en cuenta que lo fueron percibidos y desde la contestación...”.

CONSIDERACIONES

1. Previamente estima necesario la Corte precisar la sujeción técnica que deben tener las acusaciones, como la presente, de las decisiones del fallador sobre las condenas a las restituciones de los frutos percibidos desde la contestación de la demanda.

1.1 Desde hace varias décadas ha sostenido esta Corporación que “cuando los artículos 964 y 966 del C.C. hablan de contestación de la demanda, no se refieren al hecho material de la respuesta del demandado al libelo con que se inicia el juicio, sino al fenómeno de la litis contestatio, o sea la formación del vínculo jurídico-procesal que nace con la notificación de la demanda” (Sentencia del 3 de junio de 1954, G.J. LXXVII, página 772).

También ha sostenido que el asunto del establecimiento de la buena o mala fe del demandado vencido, envuelve una cuestión fáctica sobre las presunciones legales sobre dichas calidades o las apreciaciones de los medios probatorios que las desvirtúan o comprueban directamente; y que excepcionalmente constituye un asunto jurídico. Al respecto ha expresado esta Corporación: “Sobre el punto de la buena fe y mala fe que se viene realizando, conviene observar que en principio importa una cuestión de hecho,

que por su misma naturaleza se coloca bajo la ponderación discrecional del sentenciador, cuya calificación al respecto no es susceptible de modificarse en casación, salvo que se compruebe un manifiesto error de hecho o uno de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a los hechos que le sirvieron de base al fallador de instancia para determinar la clase de fe con que actuó el litigante.

“Con todo, excepcionalmente, como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte, algunos casos devienen en una cuestión jurídica, como ocurre cuando la calificación de la buena o mala fe no es el resultado de una operación dialéctica del Tribunal sino su acatamiento de norma legal que califica previamente como poseedor de buena o mala fe a determinada persona por encontrarse dentro de la situación que la misma disposición legal contempla, como ocurre en los eventos previstos en los artículos 9º, 768, 1509, 1932 del Código Civil (Casación Civil de 4 de julio de 1968, aún no publicada)...” (Sentencia del 7 de julio de 1983, G.J. Tomo CLXXII, página 147).

1.2 Luego, la exigencia técnica de estas acusaciones por la causal primera imponen, de acuerdo con el rigor del recurso extraordinario de casación, ajustarse a la distinción de la vía directa o indirecta, ya que la primera, a diferencia de la segunda, no tiene en cuenta, se abstrae o deja incólume y sin disenso alguno las apreciaciones fácticas hechas por el juzgador. Por esta razón resultan antitécnicas en un mismo cargo las acusaciones de esta causal donde expresamente se acumulan ambas vías o se adopta una de ellas pero en su desarrollo corresponde a la otra. De allí que adolezca de esta falla técnica la acusación por la vía directa que se sustenta en disensos probatorios del juzgador, lo que desvirtúa la técnica de dicha forma de violación, siendo más bien la de la vía directa.

2. En el caso litigado anota la Sala la deficiencia técnica del cargo al formularse por la vía directa y sustentarse en su desarrollo en cuestiones de apreciación probatoria distintas a las del Tribunal, lo que daría para que lo fuera por la vía indirecta.

2.1 En efecto, el recurrente, en su apelación a la sentencia de primer grado, reclama los derechos de poseedor de buena fe en la restitución de la cosa vendida (fl. 5 cuad. 3), a lo cual responde negativamente el Tribunal cuando, después de reconocer el negocio como venta y promesa nulos absolutamente, dice: “La posesión que reclama el apelante, emana del vendedor como consecuencia del contrato debatido en este proceso, el que al carecer de valor legal, obliga a que se restituya conforme al mandato contenido en el artículo 1746 del C.C.”. Y más adelante, en restablecimiento al estado anterior, agrega que “a los compradores les corresponde restituir el inmueble (la posesión y las mejoras que se le habían vendido)... pero también deben pagar los frutos percibidos durante el tiempo que disfrutaron del bien”.

2.2 Entonces si el Tribunal no tiene en cuenta la buena fe por carecer de valor el contrato que le dio origen, la alegación contraria del censor en el desarrollo de la impugnación dando por probada la buena fe en este caso relacionada con dicha valoración contractual y la extemporaneidad de la contestación de la demanda, no tenida en cuenta por el fallador, ha debido, como se dijo arriba, formularse por la vía

indirecta, señalando la clase de error en que éste pudo haber incurrido en esta materia, así como su influencia en la decisión impugnada y el quebranto indirecto de las normas sustanciales correspondientes.

2.3 Siendo así las cosas, por las razones arriba expuestas el cargo no se abre paso para su estudio de fondo.

En consecuencia, se desestima el cargo.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Civil–, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 28 de julio de 1986 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de Santiago Huertas Amaya contra Pablo Manuel Morales Ramírez y Peregrina Hernández de Morales.

Costas a cargo de los recurrentes.

Cópiase, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alvaro Ortiz Monsalve
Secretario.

POSESION

A partir del fallo de la Corte del 27 de abril de 1955 perdió toda importancia y vigencia la querella doctrinal de admitir la existencia de dos posesiones, la inscrita y la material, pues sólo ésta tiene contenido y alcance posesorios.

F.F. Artículo 762 del C. Civil.

Igual sentido: LXXX, 97.

DECLARACION DE PERTENENCIA

Exigencias para el buen suceso de toda pretensión de usucapación extraordinaria.

F.F. Artículo 413 del C. de P.C.

POSESION. INTERVENCION DEL TITULO

Por el mero transcurso del tiempo la tenencia no se muda en posesión. Quien ha reconocido dominio ajeno no puede, frente a su titular, trocarse en poseedor sino desde el momento preciso cuando de manera pública, abierta y franca le niega el derecho y simultáneamente ejecuta verdaderos e inequívocos actos posesorios a nombre propio y con absoluto rechazo del propietario del bien.

F.F. Artículos 777 y 780 del C. Civil.

Igual sentido: S. 28 marzo 1957, LXXI, 501. S. 22 agosto de 1957, LXXXVI, 14, S. 23 junio 1958, LXXXVIII, 203. S. 7 diciembre 1967, XXIX, 352. S. 17 octubre 1973.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: *Alberto Ospina Botero.*

Bogotá, D. E., 18 de abril de 1989.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por Blanca Méndez de Rivera contra la sentencia de 3 de julio de 1987, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en el proceso ordinario de pertenencia adelantado por la recurrente contra Sinforiano Martínez y personas indeterminadas.

ANTECEDENTES

I) Por demanda presentada el 3 de febrero de 1982, ante el Juez Promiscuo del Circuito de Charalá, solicitó la mencionada demandante que con audiencia del referido demandado y de las demás personas que se creyeren con derecho, se declarase que el predio descrito en la demanda le pertenece por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria y se dispusiese el registro de la sentencia.

II) La demandante apoya su pretensión en los hechos siguientes:

a) Que ha poseído materialmente el bien inmueble descrito en la demanda, de manera “continua, ininterrumpida, pacífica, pública, notoria, sin violencia ni clandestinidad, por un lapso superior a 20 años, ‘sin reconocer dominio ajeno’”;

b) Que los actos posesorios han consistido en “trabajos de mantenimiento de la edificación, como son cambio de techos, remodelaciones y conservación de las construcciones. Además, como en la casa existe una bomba de gasolina... ha refaccionado el surtidor y el compresor de aire, ha realizado las instalaciones de gato hidráulico, agua, luz, teléfono y en general los implementos requeridos para el funcionamiento de un expendio de gasolina y lubricantes”.

III) Enterado el demandado Sinforiano Martínez de la pretensión de usucapión, respondió oportunamente en el sentido de negar los hechos y de oponerse a las súplicas de la demanda.

IV) Por su parte, el curador *ad litem*, designado a los demandados indeterminados, declinó responder la demanda.

V) A su vez el demandado Martínez presentó demanda de reconvención contra Blanca Méndez de Rivera, en procura de que se le declarase dueño del inmueble y se condenase a la demandada a restituirlo, junto con el valor de los frutos naturales y civiles.

VI) Los hechos expuestos como fundamento de las pretensiones del demandante en mutua petición, se resumen así:

a) Inicialmente, por Escritura Pública número 34 de 29 de enero de 1962 de la Notaría del Circulo de Charalá, Sinforiano Martínez adquirió de María Esther Flórez y José Manuel Reyes, el bien raíz aquí perseguido. Esta escritura “se hizo a la orden del señor Sinforiano Martínez por indicación del señor Serafin Martínez hermano de Sinforiano, pues fue Serafin Martínez quien acordó los términos del contrato de compraventa con los señores José Manuel Reyes y María Esther Flórez de

Reyes... El señor Serafín Martínez llevó a los señores Miguel María Rivera y Blanca Méndez de Rivera a vivir al inmueble que se determina en esta demanda, en calidad de administradores del negocio que existía y que ha existido allí, de venta de gasolina, combustibles, lubricantes y repuestos”;

b) La referida Blanca Méndez de Rivera “llegó al inmueble en calidad de administradora, bajo la subordinación y dependencia de Serafín Martínez”. Y aconteció que después “de hecha la escritura de venta número 34, ya referida, el señor Sinforiano Martínez siguió ejerciendo actos de dominio, y la señora Blanca Méndez de Rivera reconoció el derecho de dominio” del reivindicante Martínez, pues le pagó “cánones de arrendamiento”.

c) Por medio de Escritura Pública número 524 de 22 de diciembre de 1965, de la Notaría del Círculo de Charalá, Sinforiano Martínez vendió el inmueble a Rosa Poveda y luego ésta, por Escritura Pública número 466 de 5 de noviembre de 1973, de la misma Notaría, procedió a vendérselo a Sinforiano Martínez, su anterior vendedor y actual reivindicante;

d) La demandada en reconvenición ha promovido el proceso de pertenencia, “alegando una inexistente posesión de veinte años; pero, realmente, lo que ocurre es que ha pretendido cambiar la tenencia que tenía en posesión, y esta posesión es clandestina y sólo la ejerce o la tiene por un lapso menor al de cinco años”.

VII) Blanca Méndez de Rivera procedió a contestar la demanda de reconvenición en el sentido de insistir en los hechos alegados en su demanda principal de pertenencia y de oponerse a las súplicas del libelo de mutua petición, culminando con la invocación del reconocimiento de mejoras y del derecho de retención.

VIII) Posteriormente la demanda de reconvenición fue adicionada, en el sentido de afirmar que la demandada Méndez de Rivera y Miguel María Rivera absolvieron el 28 de abril de 1978 y 22 de agosto del mismo año, interrogatorio de parte sobre hechos relacionados con el inmueble objeto de la demanda, adición que respondió la demandada.

IX) Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con sentencia de 15 de octubre de 1985, mediante la cual despachó favorablemente la pretensión de usucapión, contenida en la demanda principal y, desfavorablemente la pretensión de reivindicación, de que trata la demanda de reconvenición.

X) Inconforme el demandado Sinforiano Martínez con la resolución precedente, interpuso contra ella el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado de jurisdicción con fallo de 3 de julio de 1987, mediante el cual se revocó el proferido por el *a quo* y en su lugar despachó favorablemente la pretensión de reivindicación y en sentido adverso la pretensión de usucapión.

XI) Insatisfecha la parte demandante principal con la decisión precedente, interpuso contra ella el recurso extraordinario de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Para decidir como lo hizo el *ad quem* sentó las reflexiones siguientes:

1a. Todos los presupuestos procesales se encuentran cumplidos en el proceso.

2a. La prescripción adquisitiva puede ser ordinaria y extraordinaria, y para el buen suceso de esta última, se requiere que la cosa sea susceptible de adquirirse por este modo, que se haya poseído durante veinte años o más y, que la posesión sea ininterrumpida.

3a. El Código Civil define la posesión en el artículo 762 y la tenencia en el artículo 775 y, respecto de esta última, establece que el simple lapso no la muda en posesión (artículo 777 del C.C.), salvo la excepción que regula el artículo 2531 *ibidem*.

4a. Aclarado lo anterior y de conformidad con los elementos de convicción, se tiene que la demandante principal, si bien actualmente tiene la calidad de poseedora material, ingresó al predio como tenedora, “pero ignorándose a ciencia cierta en qué momento se convirtió en poseedora”.

5a. La conclusión precedente se saca “del conjunto de pruebas aportadas, especialmente de la confesión hecha por la demandante en diferentes oportunidades, en el testimonio de su cónyuge Miguel María Rivera y en múltiples indicios que surgen de la prueba testimonial y documental que a continuación se analiza”.

6a. En desarrollo de la apreciación anterior, el *ad quem* se da a la tarea de examinar la prueba y, sobre el particular afirma lo siguiente:

“1o. Blanca Méndez de Rivera rindió declaración juramentada en tres oportunidades, las dos primeras a instancia de parte interesada y la última por decreto oficioso de este Tribunal. En las tres declaraciones acepta que entró a ocupar el inmueble materia del litigio llevada por su pariente Serafín Ardila quien era el dueño, hecho que tuvo ocurrencia en el mes de agosto de mil novecientos sesenta (1960). En las dos primeras que fueron recibidas el veintidós de agosto de mil novecientos setenta y ocho (1978) folios 84 y 85 cuaderno número 1 y el veintiséis (26) de abril de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) (folios 21 y 22 cuaderno número 3), confiesa que entró a vivir en el inmueble junto con su familia por cuenta de Serafín Ardila quien no le cobraba arriendo y la autorizó para que explotara el negocio de la bomba de gasolina, que reconoció como dueño a Serafín mientras éste vivió pero que posteriormente se consideró dueña e hizo mejoras en el bien.

“Estas conclusiones se coligen de las textuales palabras dichas por la demandante en los testimonios citados y que es oportuno transcribir. En la diligencia de interrogatorio de parte a solicitud de Sinforiano Martínez al ser preguntada si era cierto que el peticionario era el único dueño y propietario inscrito del inmueble ocupado por ella con su familia, expresó: ‘No es cierto, a mí me llevó a vivir a esa casa fue Serafín Ardila en el año de mil novecientos cincuenta y siete, por cuenta de Sinforiano Martínez no he recibido nada’. Y al pedírsele que manifestara quién le dio en arrendamiento el inmueble y cuál fue el precio pactado, respondió: ‘Yo estoy por cuenta de Serafín Ardila que me dejó viviendo ahí sin que yo tuviera que pagarle arriendo alguno, él no me cobraba arriendo y tampoco llegamos a hacer ningún documento’, y más adelante ratifica al decir: ‘Contrato de arrendamiento no tenemos ni tenemos escritura de la casa, yo habito ahí porque Serafín me dijo que viviera ahí’.

“En el interrogatorio juramentado que rindió en este proceso a petición de la parte demandada, aun cuando insinúa que Serafín Ardila la posesionó del inmueble, de sus respuestas se infiere que entró a ocuparlo como tenedora. Veamos:

“Al preguntársele por qué su esposo Miguel Rivera Holguín había manifestado en declaración anterior que ese inmueble lo había arrendado Serafín Ardila a ellos, y ahora ella sostiene posesión de más de veinte años contradiciendo lo afirmado por su cónyuge, expuso: ‘Yo le recibí a Serafín Ardila Martínez esa casa que él me dejó en posesión, me dijo que yo comprara gasolina y aceite y siguiera el negocio por cuenta de mi persona y él al poco tiempo se murió, yo pagarle arriendo no, él me dijo que le comprara gasolina y aceite y siguiera el negocio por cuenta mía, él me posesionó en esa casa porque era tío de mi persona’. Al ser interrogada si cuando se instaló en el inmueble reconocía como dueño a Serafín Ardila, dijo: ‘Como él le había comprado a Manuel Reyes y yo vi el documento que hicieron ellos, sí, esa casa era de él, de Serafín Ardila. Yo lo consideraba como dueño’. Cuando se le preguntó hasta qué día tuvo y reconoció a Serafín como dueño del inmueble, respondió: ‘Eso sí como él murió al poco tiempo hasta la presente lo reconozco como dueño, porque nadie otra persona ha parecido por allá’. Finalmente, en la misma declaración incurre en contradicción al manifestar: ‘Si, Serafín Ardila me dijo que me posesionara a vivir en la casa y que yo siguiera el negocio por cuenta mía y desde esa fecha yo soy la dueña de ese negocio’.

“2o. El testimoniente Miguel María Rivera Holguín, en el interrogatorio de parte hecho a petición de Pablo Antonio Quintero Marín (folios 22 y 23 cuaderno número 7), ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá, el treinta (30) de octubre de mil novecientos setenta y cuatro (1974), manifiesta que el inmueble materia de la litis lo recibió en arrendamiento de manos de Serafín Ardila pero sin explicar el canon acordado y si pagó dicho arrendamiento. Al ser preguntado si le había pagado arrendamiento por el inmueble a Sinforiano Martínez, expresó: ‘Es que en realidad no le he pagado nada a Sinforiano Martínez porque prácticamente él no ha ido a decirme que hagamos arreglo alguno, y el difunto Serafín me dijo que me estuviera ahí hasta que hiciéramos arreglo alguno, porque Serafín y Sinforiano eran hermanos’. Cuando se le preguntó si era cierto que todos los muebles y enseres existentes en la estación de la bomba de gasolina en el momento de la entrega quecáron bajo su responsabilidad, textualmente expuso: ‘Es que a mí me entregó la estación fue el difunto Serafín Ardila, y hasta hoy no me han dicho que le entregue nada; es que yo no hice inventario con el difunto Serafín Ardila, inclusive don Manuel Reyes me entregó a mí’. Y al ser interrogado si estaba en condiciones de entregar la susodicha estación de gasolina con sus implementos a quien solicitó el interrogatorio, dijo: ‘Yo a quien me corresponde entregarle es a los herederos del difunto Serafín Ardila’. Ya en la declaración rendida años después, veintiocho (28) de abril de mil novecientos setenta y ocho (1978), a solicitud de Sinforiano Martínez (folios 82 y 83 cuaderno número 1), se contradice totalmente al afirmar que quien administra el negocio de la bomba es su esposa Blanca Méndez de Rivera, que él es un simple obrero de ella y que no tiene conocimiento ‘quién le haría entrega de ese inmueble o de manos de quién lo recibió mi esposa’, puesto que yo ‘personalmente no he recibido esa bomba de gasolina y sus accesorios de manos de Sinforiano Martínez’.

“Finalmente, en la declaración que rindió ante esta Corporación el veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos ochenta y seis (1986) (folios 27 a 30 cuaderno número 7), narra que un tío de su esposa llamado Serafín Ardila quiso ayudar a la familia económicamente y le manifestó que iba a comprar una casa para que se fuera a vivir allá, que hecho el negocio su cónyuge tomó posesión del inmueble, sin que Serafín Ardila lo hubiese invitado a vivir en esa casa, que en su concepto su esposa empezó a considerarse como dueña desde el momento mismo en que Serafín le dio la posesión de la casa en el año de mil novecientos sesenta (1960). Al ser requerido a que explique la contradicción en que incurre con el testimonio rendido el treinta (30) de octubre de mil novecientos setenta y cuatro (1974), da respuestas evasivas y manifiesta que en ese entonces se sintió presionado por alguna angustia y que pudo haber dicho disparates, y que cuando aseveró que a él correspondía entregarle el inmueble era a los herederos de Serafín Ardila y ahora expresa que nada recibió de ese señor, se limitó a contestar: ‘Yo dije esto porque estaba en el deber de defender una pertenencia de mi esposa’, es decir, dijo la verdad en su primera declaración ya que en la última se había iniciado proceso de pertenencia en que su cónyuge reclamaba por prescripción de la propiedad del inmueble.

“Para la Sala la anterior declaración por provenir del esposo de la demandante en pertenencia, tan vinculado como resulta de su propio relato al desarrollo de los hechos que describe, la encuentra responsiva, exacta y completa en lo necesario para establecer que Blanca Méndez de Rivera cuando ocupó el bien no lo hizo con ánimo de dueña sino por cuenta de su pariente Serafín Ardila, y que ese mismo ánimo de tenedor lo tuvo también su cónyuge cuando con sus hijos entró a habitar el inmueble.

“3o. Corroboras las anteriores apreciaciones el grave indicio que se infiere del testimonio de José Suárez Correa (folio 4 cuaderno número 2), quien en la diligencia de reconocimiento de un recibo por él suscrito el veintiocho (28) de enero de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) en Charalá, y donde consta haber recibido de la demandante principal la suma de cinco mil pesos (\$5.000.00), por concepto de instalación de la luz en la casa materia de la pertenencia, después de reconocer su firma expresa: ‘... ese recibo se extendió porque la señora Blanca Méndez de Rivera exigió que se le hiciera el recibo, *ya que el señor dueño de la casa se lo estaba exigiendo*’ (subraya la Sala), es decir que en esa fecha la actora no tenía el ánimo de poseedora del inmueble.

“4o. El indicio que surge del testimonio de Manuel Reyes (folios 10 a 12 cuaderno número 2), quien en su calidad de tradente del bien confiesa haberlo negociado con Serafín Ardila a quien no pudo hacer escritura por una grave enfermedad que lo aquejó al poco tiempo de la promesa de compraventa, y que al sentirse en peligro de muerte le pidió hiciera la escritura a su medio hermano Sinforiano Martínez, quien quedaba con la obligación de cancelar el saldo del precio, como en efecto sucedió. Este declarante expresa que la posesión del inmueble y de sus accesorios la entregó a Serafín Ardila quien dejó viviendo en la casa a los esposos Rivera-Méndez, ignorando el deponente a qué título ‘si en arriendo o en venta o en nada’.

“Se pregunta la Sala si el prometiente comprador Serafín Ardila pensaba regalar o entregar a cualquier título la posesión material del inmueble negociado, a su sobrina Blanca Méndez de Rivera, entonces ¿por qué solicitó al prometiente vendedor que junto con su cónyuge hiciera la escritura a Sinforiano Martínez? Lógicamente que Serafín Ardila no se había despojado de la posesión sino que por acto de liberalidad o por cualquier otro concepto había dejado viviendo en el bien a la familia Rivera-Méndez.

“5o. Otro indicio que surge en contra de la demandante en pertenencia, es que al querer acreditar actos de dominio sobre el inmueble trajo dos recibos firmados por Elías Carreño, identificado con la cédula de ciudadanía número 2170804 expedida en San Joaquín, recibos que tienen fecha de julio diez y siete (17) de mil novecientos cincuenta y siete (1957) y julio diez y nueve (19) de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) (folic 73 cuaderno número 1), o sea fechas muy anteriores a la época en que Blanca Méndez de Rivera ocupó la casa, que según su propia confesión tuvo lugar en el mes de agosto de mil novecientos sesenta) (folio 25 cuaderno número 7). Esto es, que la demandante principal no tuvo reato en traer pruebas adulteradas para la prosperidad de su pretensión.

“6o. El indicio que surge de la demanda laboral presentada por Jorge Pico Becerra contra Miguel María Rivera Holguín el quince (15) de septiembre de mil novecientos setenta y cinco (1975), señalándolo como patrono y administrador de la bomba de gasolina cuya pertenencia solicita su cónyuge Blanca Méndez de Rivera. Si el trabajador demandante entabló la acción contra Rivera y no contra su esposa, era obvio que en su concepto quien manejaba el negocio era el demandado y no la cónyuge, o sea que por lo menos quien administraba la bomba y aparentaba ser propietario era el varón o compartía esa posesión aparente con su esposa, no siendo un simple obrero de ella como afirmó Rivera Holguín en una de sus declaraciones (folios 7 a 14 vuelto, cuaderno número 7).

“7o. Finalmente, obra la declaración de Marco Tulio Osma Pérez, que era empleado de la bomba de gasolina cuando la adquirió Serafín Ardila. Al ser interrogado si por tener conocimiento de causa sabía en qué circunstancias o condiciones llegó la demandante al inmueble objeto del litigio, respondió: ‘... Ellos Miguel Rivera y Blanca Méndez, y sus hijos llegaron como empleados de la estación de gasolina que se mencionó antes, al poquito que se pasaron a administrar la bomba entonces a mí me trasladaron para la otra bomba que existía en la plazuela, y yo allá trabajé hasta que el señor Serafín se murió, en el año sesenta y uno, y nosotros sabíamos que eso era de él, porque cuando algo hacía falta tanto en una estación como en la otra se traía de la una para la otra, y yo era el conductor del carro del difunto Serafín, y a mí me mandaban a llevar los pedidos acá a Bucaramanga, al almacén Herrera, y productos Mobiloli, y esos pedidos llegaban a ambas estaciones, y el difunto mandaba (sic) a traer cosas de una bomba para otra, y él ya murió y yo me salí del trabajo, y todo lo que el tenía quedó a mando del hermano Sinforiano Martínez, que también ya se murió’.

“Del anterior testimonio se colige aún más, que la demandante principal entró a ocupar el inmueble bajo las órdenes de Serafín Ardila, o mejor que llegó a vivir junto

con su esposo e hijos no como poseedora sino a título diferente de quien se considera dueño.

“Ciertamente no existe prueba fehaciente que acredite en qué momento la actora cambió su calidad de tenedora en poseedora, mudanza que en todo caso tuvo lugar años después del fallecimiento de Serafín Ardila Martínez, que tuvo lugar el diez (10) de febrero de mil novecientos sesenta y dos (1962) (folio 2 cuaderno número 7), y habida cuenta que la demanda se presentó el tres (3) de febrero de mil novecientos ochenta y dos (1982), a esa fecha no había transcurrido el lapso indicado por la ley para la prosperidad de la usucapión extraordinaria”.

7a. Al no prosperar la pretensión de usucapión contenida en la demanda principal, el Tribunal se ocupa en seguida de la pretensión reivindicatoria de que trata la demanda de reconvención y en este terreno afirma:

a) La demandada en reconvención es poseedora material del predio perseguido, calidad que asumió con posterioridad a la expedición del recibo firmado el 28 de enero de 1964, ya que de acuerdo con este documento y con el testimonio de quien lo reconoció, hasta ese momento la demandada Blanca Méndez de Rivera reconocía dominio ajeno;

b) Con las Escrituras Públicas números 466 de 5 de noviembre de 1973, 524 de 22 de diciembre de 1965 y 34 de 29 de enero de 1962, todas de la Notaría del Circulo de Charalá, y con los certificados de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos atinentes a dichas escrituras, se establecen las adquisiciones sucesivas hasta llegar al reivindicante, quien, por ende, ha acreditado su señorío sobre el inmueble;

c) Los restantes elementos, o sea, la identidad y singularidad, fuera de que no son presupuestos controvertidos, hay prueba abundante de ellos.

8a. Finalmente, se ocupa el Tribunal de las prestaciones mutuas y respecto de este punto afirma:

a) La poseedora demandada en reivindicación está de mala fe, porque la opositora no tiene título, así sea aparente, que justifique su posesión;

b) Que no hay duda, según prueba testimonial, de inspección judicial y pericial, que la demandada introdujo en el predio mejoras necesarias y útiles, que deben serle reconocidas;

c) Que a su turno la demandada debe pagar los frutos civiles y naturales producidos por el predio.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Dos cargos, por la causal primera de casación, formula la recurrente contra la sentencia del Tribunal, los que serán estudiados conjuntamente.

Primer cargo

Lo hace consistir en quebranto indirecto de los artículos 762, 764, 770, 775, 777, 881, 981, 2518, 2519, 2531, 2532, del C.C., 1º de la Ley 50 de 1936, 413 del C. de P.C., por falta de aplicación; y de los artículos 946, 947, 948, 949, 950, 952, 961,

962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 738, 739 y 769 del C.C., por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

La recurrente explica el cargo sobre los asertos siguientes:

a) Que no se controvierte que la demandante Blanca Méndez de Rivera recibió el inmueble “que reclama en pertenencia, en calidad de tenedora y que luego trocó esa condición por la de poseedor; lo que sí se controvierte es “el momento u oportunidad en que ocurrió ese cambio y quién o quiénes han sido las personas que tienen o han tenido la propiedad del bien”, porque en este punto el *ad quem* incurrió en error “al tomar como referencia, primero, la muerte de Serafín Ardila, acaecida el 12 de febrero de 1962, y luego, el 28 de enero de 1964, fecha que tiene el recibo expedido por José Suárez, ya que la verdadera es otra diferente, y, además, que Serafín Ardila nunca ha tenido la propiedad, por no aparecer inscrito y carecer de título que lo amerite”;

b) Que el Tribunal, para despachar favorablemente la pretensión reivindicatoria contenida en la demanda de reconvencción, tuvo en cuenta las Escrituras Públicas números 34 de 29 de enero de 1962, 524 de 22 de diciembre de 1965 y 466 de 5 de noviembre de 1973, todas de la Notaría del Círculo de Charalá, así como el certificado de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, atinentes a las sucesivas adquisiciones del predio, pero no tuvo en cuenta tales documentos al analizar la pretensión de usucapión formulada en la demanda principal, por cuanto en las enajenaciones y tradiciones sucesivas no aparece Serafín Ardila como propietario del inmueble reclamado en pertenencia;

c) Que si bien la demandante Blanca Méndez recibió el inmueble de Serafín Ardila, a título de tenedora, aquélla no ha reconocido a Sinforiano Martínez como propietario, tal como se desprende del interrogatorio de parte rendido por la mencionada Blanca Méndez;

d) Que el Tribunal le dio la calidad de indicio grave, a la manifestación hecha por José Suárez Correa en el sentido de que el recibo que él expidió a instancia de la demandante, que tiene fecha 28 de enero de 1964, obedeció a que el dueño lo necesitaba por cuanto implicaba dominio ajeno. Empero, añade la recurrente, a la conclusión del *ad quem*, hay que hacerle estas observaciones: “En primer lugar el Tribunal solo vio una parte del testimonio, dejando de lado la otra, pues si bien es cierto que el declarante José Suárez reconoce el recibo, que tiene la fecha indicada, también lo es que él afirma que el trabajo al cual se refiere lo realizó en el año de 1961, según consta al folio 4 del cuaderno 2. Entonces, cabría preguntar, por no aparecer en el testimonio, si fue como parece serlo, que el recibo se expidió tiempo después de practicado el trabajo. Así mismo, además de la duda que surge del interrogante anterior, no se indica a quién la demandante manifestó reconocer como dueño del bien, pues la manifestación en forma genérica no es suficiente, ya que tenía que referirse a una persona en particular y, concretamente, Sinforiano Martínez, por aparecer como titular de dominio. Pero es factible también que la demandante hiciera ese pedido y diera tal explicación simplemente como una disculpa para obtener el recibo. Por esto no puede dársele el valor y la trascendencia que el

honorable Tribunal Superior le asigna para indicar que la demandante no era poseedora hasta la fecha que aparece en tal documento, o sea, el 28 de enero de 1964”;

e) Que el Tribunal pasó por alto que la posesión de la demandante Blanca, en el bien controvertido, fue pública e ininterrumpida, como aparece de los testimonios de Manuel Reyes, Luis M. Carreño, Rodrigo Correa, Flor María Flórez y Elías Bayona. Y en este punto, la recurrente transcribe los apartes de las declaraciones que considera pertinentes;

f) Que el Tribunal toma como indicio grave en contra de la demandante Blanca Méndez, el hecho de haber traído ésta unos recibos expedidos por Elías Carreño, de fechas 17 de julio de 1957 y 19 de julio del año siguiente, anteriores a la época en que la citada Blanca ocupó el predio, que según ella ocurrió en agosto de 1960. Empero, esta prueba no es mencionada por la demandante Blanca en ninguna de sus actuaciones. De suerte que el juzgador de segundo grado supuso tal prueba para deducir un indicio.

De lo anterior, infiere la recurrente que si el Tribunal hubiese tenido en cuenta las pruebas indicadas, no habría tomado como punto de partida de iniciación de la posesión de la demandante la fecha de fallecimiento de Serafín Ardila o la de la fecha del recibo expedido por José Suárez, sino, la fecha en que por primera vez Sinforiano Martínez adquirió el inmueble, o sea, el 29 de enero de 1962. Por tanto, partiendo de esta fecha, hasta la presentación de la demanda, que tuvo ocurrencia el 3 de febrero de 1982, se pone de presente que han transcurrido más de 20 años.

Pasa por último la recurrente, a hacer algunas consideraciones jurídicas sobre la tenencia, la posesión y los alcances del artículo 2531 del C.C., fundamentalmente, la regla tercera.

Segundo cargo

Denuncia quebranto de los artículos 946, 947, 948, 949, 950, 952, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 969, 970, 738, 739, 768 y 769 del C.C., por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

El cargo lo desarrolla sobre los asertos siguientes:

a) Que no controvierte la negativa a la pretensión de pertenencia, “ni tampoco la reivindicación, en cuanto a los presupuestos que la estructuran sino que ésta era improcedente por haber obrado la prescripción extintiva del derecho de dominio en el reconviniente, Sinforiano Martínez, que aparece probada, pero que el *ad quem*, no se pronunció por haber omitido considerar unas pruebas y cercenar otras”;

b) Que el *ad quem* se equivocó al determinar como fecha de iniciación de la posesión por la demandante principal “la de expedición del recibo por José Suárez, esto es, el 28 de enero de 1964”, porque examinada la declaración rendida por éste, no demuestra esa circunstancia. Por demás, pasó por alto que no existe prueba de que la demandante Blanca haya reconocido como dueño a Sinforiano Martínez, quien

adquirió el inmueble, inicialmente, el 29 de enero de 1962 y, por negocios sucesivos, la readquirió el 5 de noviembre de 1973;

c) Que en lo que toca con la declaración de José Suárez, se tiene que “si bien reconoce el recibo ya citado, que tiene efectivamente como fecha el 28 de enero de 1964, hay que resaltar lo que al honorable Tribunal Superior de San Gil le pasó por alto y es que el deponente, después de afirmar que lo expidió porque Blanca de Rivera se lo exigió por requerirlo el dueño, pero sin indicar persona, sostiene, textualmente: “... yo sé que ese trabajo se realizó a la entrada de Charalá en una bomba de gasolina y habitación al mismo tiempo, *yo hice ese trabajo como en el año de mil novecientos sesenta y uno (1961)*”.

“Entonces, cabe preguntar, qué es lo que surge del testimonio mencionado, si puede tomarse, en primer lugar, como fecha del recibo el 28 de enero de 1964 cuando se afirma que el trabajo al cual se refiere se realizó en 1961, tres años atrás, cuando aún vivía Serafín Ardila, quien le entregó el bien a Blanca de Rivera. En segundo lugar, no se indica en la declaración a quién mencionó Blanca de Rivera como dueño, pues esa sola manifestación no implica nada. Es factible que un recibo se expida o se solicitó expedirlo para tener un comprobante, sin otra finalidad pero, por la relación existente con quien debe emitirlo, se invoque una circunstancia como la anotada, únicamente a manera de justificación”;

d) Que “respecto de que no existe prueba que establezca el reconocimiento de dominio, siquiera en forma tácita, por parte de Blanca Méndez de Rivera, reconvenida en reivindicación, y quien la reclamó, en su calidad de propietario inscrito, Sinforiano Martínez, se encuentra el propio dicho de ella, su marido y lo manifestado por Marco Tulio Osma. De tales pruebas el Tribunal se vale para determinar que la señora Blanca Méndez de Rivera recibió el bien de manos de Serafín Ardila y que reconoció a éste como dueño, lo que no se controvierte, pero precisamente de ellas mismas se infiere, circunstancia que no tuvo en cuenta el *ad quem*, que nunca la citada Blanca Méndez de Rivera tuvo relación jurídica alguna o simple manifestación de aceptar como propietario a Sinforiano Martínez”;

e) Que el declarante Manuel Reyes tampoco “dice nada en relación con Sinforiano Martínez”;

f) Que si el *ad quem* hubiera apreciado en su integridad “la declaración de José Suárez y deducido la inexistencia de prueba para establecer la relación jurídica o reconocimiento de dueño a Sinforiano Martínez por parte de Blanca Méndez de Rivera, dando por establecida la posesión de ésta y que recibió el bien de Serafín Ardila, la conclusión incuestionable es que dicha posesión se inició cuando ocurrió el fallecimiento de éste, acaecido el 12 de febrero de 1982 (sic), de acuerdo con la partida de defunción ... es incuestionable que para la fecha de la presentación de la demanda que reclamó la pertenencia, el 3 de febrero de 1982, no habían transcurrido los veinte años, lo cual determinó, como desde ese punto de vista lo sostuvo el Tribunal, la improcedencia de la prescripción adquisitiva”;

g) “Empero, no ocurre lo mismo en relación con la reivindicación reclamada por Sinforiano Martínez en la demanda de reconvención, pues si bien —como se expresó al comienzo del cargo— se dan los presupuestos legales para la procedencia de

la pretensión, queda sin efecto su reconocimiento por estructurarse la prescripción extintiva de dominio, que el honorable Tribunal Superior no consideró al dejar de apreciar la fecha en que se presentó la demanda de reconvencción y su contestación, concretamente el contenido.

“En efecto, la demanda de reconvencción instaurada por Sinfiriano Martínez contra Blanca Méndez de Rivera, en la cual formula la reivindicación del bien, fue presentada al Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá, el día 27 de marzo de 1982, según constancia que obra al folio 47 del cuaderno 1, es decir, veinte años, un mes y quince días después del fallecimiento de Serafín Ardila, ocurrido, se repite, el 12 de febrero de 1962, día en que la citada señora Méndez de Rivera inició su posesión”;

h) Que la demandada en reconvencción, Blanca Méndez de Rivera, al contestar la demanda formuló la excepción de prescripción, “que el Tribunal omitió considerar”;

l) Que el *ad quem*, al no apreciar “en su integridad una prueba y omitir otra”, incurrió en yerro de facto y quebrantó los preceptos sustanciales indicados.

SE CONSIDERA

1. Según el artículo 2512 del C.C., y la doctrina reiterada de la Corte, la prescripción cumple dos funciones en la vida jurídica, pues no sólo extingue el derecho que se puede tener sobre las cosas por el no ejercicio o no uso oportuno de las acciones legales, sino que también permite que se adquieran las cosas ajenas por haberse poseído éstas. Tal institución reviste dos formas: prescripción extintiva o liberatoria y prescripción adquisitiva o usucapión.

2. Cuando la prescripción asume la modalidad de adquisitiva, a su vez puede ser ordinaria o extraordinaria, y alegada como acción deben aparecer plenamente demostrados los elementos que la tipifican, los cuales consisten:

a) Posesión material en el actor u opositor, según el ángulo desde el cual se invoque;

b) Que la posesión se prolongue por el tiempo requerido por la ley;

c) Que la prescripción se cumpla de manera pública e ininterrumpida; y

d) Que la cosa o derecho sobre la cual se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse por ese modo (artículos 2512, 2518, 2519, 2521, 2522, 2527, 2528, 2529, 2532 del C.C., la Ley 50 de 1936 y 413 del C. de P.C.).

3. Al prescribiente que ha invocado la usucapión extraordinaria le corresponde demostrar que en el bien que pretende ha ejecutado actos positivos o materiales que indudablemente exterioricen su señorío (artículo 762 y 981 del C.C.), pues la vieja querella doctrinal de admitir la existencia de dos posesiones —la material y la inscrita—, perdió toda importancia y vigencia a partir del fallo de 27 de abril de 1955, mediante el cual la Corte cerró todo el empeño de considerar esas dos especies de posesión, para concluir que cuando el derecho positivo alude a posesión, irremediabilmente se está

refiriendo a la material, que es la única y auténtica, como quiera que "no existe en la legislación colombiana una posesión que consista en la inscripción de títulos de los derechos reales inmuebles en el Registro Público, porque... la inscripción carece de contenido y alcance posesorios" (LXXX, 97).

4. Según se vio, constituye otra exigencia para el buen suceso de toda pretensión de usucapión extraordinaria, la de que el prescribiente haya poseído la cosa o derecho por el tiempo fijado por la ley, o sea, por un lapso de 20 años, sin que en el cómputo de este término tenga incidencia la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles, como sí la tiene respecto de la prescripción ordinaria (artículos 2532 del C.C. y 1° L. 50 de 1936).

5. Por otra parte, cuando el poseedor acomete sus actos posesorios, esta actividad debe mantenerse y prolongarse por el tiempo requerido por la ley, pues si fenómenos de índole natural o civil le hacen perder su contacto con la cosa o derecho, como cuando la pierde definitivamente por haber pasado a otras manos o por resultar vencido en una contienda litigiosa (artículos 2522, 2523 del C.C., 90 y 91 del C. de P.C.), lo cual entraña cuando menos la pérdida del corpus, la posesión deja, entonces, de tener toda virtualidad jurídica para usucapir.

6. En materia de prescripción adquisitiva también se precisa que la cosa o derecho sea susceptible de adquirirse por este modo, pues si bien la ley sienta la regla general de que "se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que estén en el comercio humano", como también "se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no estén especialmente exceptuados" (artículo 2518 del C.C.), existen algunos derechos y bienes cuya adquisición no pueda lograrse por este modo originario, como ocurre respecto de algunos derechos reales, como de los de servidumbres discontinuas o inaparentes y del derecho de hipoteca, y respecto de bienes, de los que no están en el comercio, de los de uso público, de los bienes fiscales adjudicables (artículos 2518, 2519 y 61 C.F.), ni "proceda declaración de pertenencia respecto de bienes de propiedad de las entidades de derecho público" (artículo 413-4 del C. de P.C.).

7. Si como ya se vio, la posesión es presupuesto indispensable para usucapir, en no pocas ocasiones el prescribiente inicialmente entra en contacto con la cosa a título precario o como tenedor y luego interviene su título, al asumir la calidad de poseedor.

Sobre esta singular situación, la jurisprudencia ha sostenido que la tenencia y la posesión son dos instituciones que dentro de la normatividad jurídica presentan diferencias, de tal manera que aparecen como figuras excluyentes, porque al paso que la primera es "la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño", la segunda es "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño" (artículos 775 y 762 del C.C.). Según estos conceptos, la tenencia difiere de la posesión en la integración de los elementos de una y otra, pues si aquella solo requiere para configurarla del elemento material o corpus, ésta se estructura mediante la concurrencia de los elementos material y psicológico, o sea, del corpus y el animus.

Ahora bien, cuando el título que faculta para tener la cosa es de linaje precario o constitutivo de tenencia, como el arrendamiento, el comodato, etc., el tiempo por sí solo y por prolongado que sea no tiene la virtud en mudarle en posesión, puesto que apenas

tiene el elemento corpus (artículo 777 del C.C.). De suerte que mientras se permanezca en la situación jurídica de tenedor, el transcurso del tiempo lo siguen manteniendo en esa posición. Por esta razón, el tenedor no puede usucapir, como quiera que para hacerlo requiere ser poseedor.

Sin embargo, puede acontecer que el tenedor decida en poseer el bien, como cuando le adviene el animus domini, transformándolo, entonces, por la presencia de este factor y en concurrencia con el corpus, en poseedor y, colocándolo por tanto en la posibilidad jurídica de adquirir el bien, a la postre, por el modo de la prescripción. Más concretamente, dice la jurisprudencia de la Corte, “esto ocurre cuando se hace dejación de la calidad jurídica de tenedor para pasar a adquirir la de auténtico poseedor. En este último evento se podrá adquirir por prescripción un bien, ya no con apoyo en la tenencia, que de nada le sirve para dicho objetivo, sino con fundamento en la posesión. Cuando ocurre este hecho se está, entonces, en presencia de lo que la doctrina ha denominado ‘la conversión’ o ‘intervención del título’. La intervención del título consiste, pues, en la transformación del tenedor en poseedor” (Cas. Civ. de 17 de octubre de 1973, aún no publicada).

8. La intervención del título de tenedor en poseedor, bien puede originarse en un título o acto traslativo proveniente de un tercero o del propio contendor, o también, del frontal desconocimiento del derecho del dueño, mediante la realización de actos de explotación que ciertamente sean indicativos de tener la cosa para sí, o sea, sin reconocer dominio ajeno. En esta hipótesis, los actos de desconocimiento ejecutados por el original tenedor que ha transformado su título precario en poseedor, han de ser, como lo tiene sentado la doctrina, que contradigan, de manera abierta, franca e inequívoca, el derecho de dominio que sobre la cosa tenga o pueda tener la persona del contendiente opositor, máxime que no se pueda subestimar, que de conformidad con los artículos 777 y 780 del C.C., la existencia inicial de un título de tenencia considera que el tenedor ha seguido detentando la cosa en la misma forma precaria con que se inició en ella.

En efecto, la Corte en el punto, tiene dicho:

“Por ello, al precisar el Código los requisitos de la prescripción extraordinaria (2532), se basta con establecimiento y uso por cierto tiempo, sin exigencia adicional alguna (Casación julio 30 de 1952, LXXII, 582), pero consagra simultáneamente la posibilidad de oposición fundada en un título de mera tenencia, excluyente de la possessio ad usucapionem, revelador de la intimidad de hechos contrastantes con el concepto genuino de posesión; por lo cual, quien se hallaba asentado en las dichas apariencias equívocas (Casación diciembre 13 de 1954 LXXIX, 256; casación noviembre 9 de 1956, LXXXIII, 775/776), de inmediato y por fuerza de ese traslado de las cargas, es despojado de lo que traía en su favor, compelido a demostrar la intervención de su título y, además, una real posesión de allí en adelante hasta el otro extremo cronológico, cumplida con actos ciertos y unívocos.

“Tal la secuencia lógica de los planteamientos de la llamada ‘presunción mixta’ de la regla 3a. del citado artículo 2531 Código Civil, que partiendo de la prescripción del detentador a quien se contrapuso un título de mera tenencia, le permita, sin embargo, alcanzar el dominio por vía prescriptiva, siempre que en el proceso se palpe

su posesión cabal posterior, en cómputo suficiente, y no se encuentre dato de nuevo reconocimiento suyo del dominio ajeno.

“Imperativos éstos, de precisa configuración para el juego de las pretensiones dentro de un terreno restringido a tales supuestos, que exigen al tenedor la prueba de la interversio possessionis, por medio de un acto traslativo emanado de un tercero o del propio contendor (naturalmente titular del derecho) (Casación agosto 22 de 1957, LXXXVI, 14), o de su alzamiento o rebeldía, esto es, del desconocimiento efectivo del derecho de la persona por cuya cuenta llegó a la cosa (Casación marzo 27 de 1957, LXXI, 501; casación junio 23 de 1958, LXXXVIII, 203), dentro de una ubicación temporal que permita referir la medida a un punto cierto, seguido de actos ‘categóricos, patentes e inequívocos’ de afirmación propia, autónoma. Pues, en el último caso les es indispensable descargar indiciariamente la presunción de que las cosas continúan conforme empezaron, aplicación elemental del principio de inercia, consagrada en los artículos 777 y 780 del Código Civil...” (Casación Civil de 7 de diciembre de 1967. T. XXIX, páginas 352 y 353).

La doctrina antes transcrita ha sido reiterada posteriormente, y algo más, fuera de que ha insistido en que quien ha reconocido dominio ajeno no puede, frente a su titular, trocarse en poseedor sino desde cuando de manera pública, abierta y franca le niegue el derecho y simultáneamente ejecute verdaderos e inequívocos actos posesorios a nombre propio y con absoluto rechazo del propietario del bien, ha afirmado que cuando se da la singular situación de intervención del título de tenedor en poseedor, el prescribiente debe acreditar satisfactoriamente desde cuándo aconteció la transformación del título y en qué ha consistido los actos que le conceden la adquisición del dominio por usucapión. En efecto, la Corte, en sentencia de 15 de septiembre de 1983, sostuvo que fuera de lo antes expresado, “acompaña con la justicia y la equidad exigir a quien alega haber intervenido su título que pruebe, plenamente, desde cuándo se produjo esta trascendente mutación y cuáles son los actos que afirman el señorío que ahora invoca”. Y este criterio tiene su razón de ser, puesto que siendo una de las características de la tenencia el de ser inmutable, ya que el tiempo, por prolongado que sea, no la transforma en posesión (artículo 777 del C.C.), característica que confirma el artículo 780 del C. Civil al establecer que “si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas”, se tiene entonces que quien se enfrente a estos principios, alegando que de tenedor inicial ha pasado a ser poseedor, debe acreditar plenamente desde qué momento aconteció semejante viraje, como debe establecer cuáles son los actos categóricos, patente e inequívocos de goce y transformación que contradigan frontalmente el derecho del dueño.

9. Como las partes en este litigio no controvierten que la demandante principal ingresó al predio en la calidad jurídica de tenedora, pues al inmueble la llevó en esa específica y clara posición Serafin Ardila, también conviene precisar que otra característica que contempla la tenencia es la de ser tal ante todos, lo cual se traduce en que el tenedor, en su condición de tal, no puede simultáneamente tener esa calidad en frente de una persona y de poseedor respecto de otra u otras, como se deja entrever por una de las partes.

Sobre este punto se ha pronunciado la doctrina foránea, la que insiste en que la tenencia se caracteriza por ser absoluta. Así lo sostienen, por ejemplo, los tratadistas Arturo Alessandri y Manuel Samarriva, cuando afirman que la “mera tenencia es absoluta: se es mero tenedor con respecto al propietario de la cosa, como con respecto a los terceros extraños”. Criterio éste que igualmente comparten otros civilistas chilenos y franceses y que ciertamente es de recibo en el derecho civil colombiano.

10. Aclarado lo anterior, es pertinente dejar igualmente sentado que el sentenciador *ad quem* goza de autonomía en la apreciación de las pruebas, por lo que no le es dado a la Corte proceder a una nueva calificación, en el recurso extraordinario, del material probatorio, salvo haberse demostrado error de derecho o evidente yerro de facto que haya incidido en la decisión atacada y, por tanto, producido el quebranto de la ley sustancial indicada en la censura. En efecto, ha sostenido la Corte que la apreciación probatoria hecha por el sentenciador de segundo grado, “es inmodificable en casación a menos que aparezca que el fallador incurrió en error manifiesto, es decir, que se ofrezca en forma nítida que haga imposible aceptar como probado un hecho que no lo está o que estándolo el fallador haya dejado de reconocer. La distinta apreciación que de la prueba haga el recurrente no sirve para invalidar el fallo”. Porque, para que un cargo en casación, con apoyo en la causal primera, por vía indirecta, concretamente por error de hecho, se abra paso, requiérese, tal como lo indica la ley, que el yerro es evidente, que brille al ojo, lo cual se traduce que no sea de aquéllos para cuya comprobación sea menester acudir a esforzados razonamientos, sino salte a la vista con su sola enunciación. Precisamente, la Corporación, de manera reiterada y uniforme, ha sostenido que el error de hecho “debe ser ostensible, es decir que salte de bulto, y de tal naturaleza que conduzca a una conclusión contraria a la evidencia de los hechos. Cuando para demostrarlo es indispensable emplear complicados razonamientos con los cuales el entendimiento no lo capta de primer golpe, entonces se está frente a un error que no es de los que aparecen de modo manifiesto en los autos y que de consiguiente, no sirve de estribo a un ataque en casación” (CXXXIV, 146 y 147).

11. En desarrollo de lo que se acaba de afirmar, igualmente se ha sostenido por la jurisprudencia que cuando un medio de convicción admite dos o más conclusiones, todas posibles y razonables, elegida por sentenciador una de las varias que admite, en tal supuesto no se ofrece el error con el carácter de evidente. Por demás, tampoco se puede aniquilar o quebrar el fallo impugnado, así organice el recurrente un examen más profundo o más sutil de los medios de convicción, porque si la sentencia llega a la Corte amparada con la presunción de acierto relativa a que el fallador atinó tanto en la apreciación de los hechos como en la aplicación del derecho, es incuestionable que para quebrar el fallo con estribo en que el *ad quem* cometió un yerro fáctico, éste tiene que aparecer demostrado en forma cabal, como quiera que la casación no puede fundarse en la duda sino en la certeza. Así las cosas, se ha afirmado por la jurisprudencia que aunque la Corte encontrara que es más ajustado al material probatorio el examen que de la prueba haga el recurrente, no por ello se puede casar el fallo porque mientras no se demuestre la arbitrariedad del Tribunal, “un mejor razonamiento del censor no es suficiente para que la Corte pueda desconocer las conclusiones de la sentencia recurrida” (Cas. Civ. de 14 de julio de 1975, 13 de diciembre de 1976, aún no publicadas).

12. El Tribunal, para decidir como lo hizo, concluyó, de acuerdo con la prueba de confesión, testimonial, documental e indiciaria, que la demandante principal, si bien tiene actualmente la calidad de poseedora material, se desconoce “en qué momento se convirtió en poseedora, ya que es indudable que cuando llegó a ocupar el bien que hoy solicita en pertenencia lo hizo como simple tenedora”. Y más adelante el *ad quem* insiste en la ausencia de prueba del momento en que la recurrente Blanca Méndez intervirtió el título de tenedora en poseedora, “mudanza que en todo caso tuvo lugar años *después* del fallecimiento de Serafin Ardila Martínez”, y, más concretamente, “con posterioridad a la expedición del recibo firmado por José Suárez Correa el veintiocho (28) de enero de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), ya que de acuerdo con esa prueba documental y con el testimonio de quien reconoció el recibo, hasta ese momento la demandada en reconvencción (Blanca Méndez) reconocía dominio ajeno”. Añade que solo después de la fecha antes citada, según la prueba, “surgen actos de dominio ejercitados por Blanca Méndez de Rivera”.

Contra los asertos y conclusiones precedentes se alza el recurrente, sin que en el desarrollo de los cargos haya demostrado, que la demandante principal intervirtió el título de tenedora en poseedora, con actos inequívocos y categóricos, a partir del momento que señala la recurrente.

De suerte que no aparece, con la característica de manifiesto, el yerro de facto que le achaca la impugnante a la sentencia del Tribunal. Por demás, la conclusión que sacó el *ad quem* sobre el documento firmado por José Suárez Correa el 28 de enero de 1964 y la declaración rendida por éste, respecto de aquella prueba, es la que mejor se acomoda al contenido de dichos medios de convicción y a lo que exterioriza el proceso. Porque ciertamente es lógico y razonable inferir de esta prueba que cuando en la fecha antes indicada la actora Blanca Méndez de Rivera le solicitó a Correa que le expidiera un documento o recibo atinente al pago de una instalación de luz en el predio controvertido, porque lo requería el dueño del inmueble, al actuar aquélla así, estaba por ese entonces comportándose como tenedora.

13. Entonces, si el yerro de facto no aparece, puesto que no salta de bulto respecto de la conclusión que sacó el Tribunal sobre el documento firmado por José Suárez Correa y el testimonio rendido por éste, los demás reparos formulados en los cargos al fallo del *ad quem*, aparecen intrascendentes, porque el pilar que resultó ileso del ataque le sirve de soporte al fallo, para mantenerlo en pie.

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

RESOLUCIÓN:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Civil–, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil.

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

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

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

Alvaro Ortiz Monsalve
Secretario.

COMPETENCIA. SALA DE DECISION. NULIDAD PROCESAL
IMPEDIMENTO

Se incurre en causal de nulidad por falta de competencia cuando en la Sala de Decisión del Tribunal Superior interviene un magistrado cuya recusación o impedimento se había aceptado.

F.F. artículos 152-2 y 29 del C. de P.C. artículo 7° del Decreto 1265 de 1970.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: *Pedro Lafont Pianetta*.

Bogotá, D. E., 19 de abril de 1989.

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 31 de julio de 1985 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de Victoriano Laconcha Abecia, contra Jairo Arturo Pineda Huertas y Eugenia Betancourt de Pineda.

I. ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá, la parte demandante convocó a los demandados para que se hicieran las siguientes declaraciones:

“Primera. Que está disuelto por el incumplimiento de las partes, el contrato de promesa de compraventa celebrado entre el señor Victoriano Laconcha Abecia, mayor de edad, domiciliado y residente en Bogotá, como *prometiente vendedor* y Jairo Arturo Pineda Huertas y María Eugenia Betancourt de Pineda, también mayores de edad, domiciliados residentes en Bogotá como *prometientes compradores*, documento suscrito el veintitrés (23) de octubre de 1978.

“Segunda. Que restituya Jairo Arturo Pineda Huertas y María Eugenia Betancourt de Pineda, al señor Victoriano Laconcha Abecia, el bien inmueble ubicado en la carrera 24 número 47-56 apartamento 401 del Edificio Carmel de la Ciudad de Bogotá, dentro de los cinco (5) días siguientes al de la ejecutoria de esta sentencia.

“Tercera. Que restituya el señor Victoriano Laconcha Abecia a Jairo Arturo Pineda Huertas y María Eugenia Betancourt de Pineda, las sumas de dinero consignadas hasta la fecha de presentación de esta demanda.

“Cuarta. Que Jairo Arturo Pineda Huertas y María Eugenia Betancourt de Pineda pagarán al señor Victoriano Laconcha Abecia, el valor de los frutos civiles y naturales producidos por el inmueble antes mencionado y no solo los percibidos, sino todos aquellos que, con mediana inteligencia y actividad, habría podido producir ese bien durante todo el tiempo en que estuvo en poder de los demandados, de haberse hallado en poder del demandante, conforme a justa tasación pericial...”.

2. La *causa petendi* de estas pretensiones fueron las siguientes:

“Primero. El día veintitrés (23) del mes de octubre de 1978, mi poderdante suscribió como *prometiente vendedor* con Jairo Arturo Pineda Huertas y señora María Eugenia Bentancourt de Pineda, *prometientes compradores*, un contrato descrito en las peticiones.

“Segundo. Como el precio acordado era de un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000.00), los *prometientes compradores* entregaron a mi poderdante la suma de cien mil pesos (\$100.000.00) como arras del negocio así: veinte mil pesos (\$20.000.00) moneda corriente, en efectivo a la firma del documento y ochenta mil pesos (\$80.000.00) moneda corriente, consignados el 31 de octubre de 1978 en la Cuenta Corriente número 186411-9 del Banco de Colombia, en la forma como se estipuló en la cláusula tercera (3ª) del contrato.

“Tercero. Cumplido lo anterior el *promitente vendedor* les entregó en posesión el inmueble objeto del contrato en perfecto estado para ser ocupado el 30 de octubre de 1978, como se estipuló en la cláusula tercera (3ª) del contrato. Esta entrega se verificó sin haberse suscrito ningún documento de inventario; en igual forma, les hizo entrega del certificado de libertad y tradición del inmueble de fecha 27 de octubre de 1978, ya que con fecha anterior a la firma de la promesa les había entregado la segunda (2ª) copia de la Escritura número 3534 del 18 de agosto de 1969 mediante la cual él le había comprado el inmueble al señor Israel Lederman. Con base en esta copia los *promitentes compradores* redactaron la promesa de compraventa.

“Cuarto. Dentro de los sesenta (60) días siguientes contados a partir de la firma de la promesa de compraventa, ni *promitente vendedor* ni *promitentes compradores* se presentaron a la Notaría Novena (9ª) de Bogotá, para suscribir la escritura de compraventa en la forma pactada en la *cláusula cuarta* (4ª) del contrato, y darle así cumplimiento al mismo.

“Quinto. Al no suscribirse la escritura de compraventa en la Notaría Novena (9ª) de Bogotá, dentro del término fijado, las obligaciones de los *prometientes compradores* contenidas en las *cláusulas 3ª, 4ª y 5ª*, del contrato de promesa no tuvieron fundamento, como fueron:

a) El plazo de trescientos sesenta y cinco (365) días para el pago del saldo del precio, y

b) El pago de los intereses de la anterior suma o sean diez mil pesos (\$10.000.00) moneda corriente, mensuales; ya que las mismas nacían a partir de la firma de la correspondiente escritura.

“Sexto. A sabiendas de lo anterior, los *promitentes compradores* empezaron a consignar en la Cuenta Corriente número 186411-9 del Banco de Colombia a nombre de Victoriano Laconcha Abecia sumas de dinero que hasta la fecha de esta demanda se han venido haciendo, aclarando que no se acordó en el contrato estos depósitos.

“Séptimo. Desde 1979 y en vista de la situación, mi poderdante intentó llegar a un acuerdo con los *prometientes compradores* mediante el cual se disolviera el contrato, estos entregando el apartamento y él por su parte entregando los dineros que le habían sido consignados deduciendo de ellos un valor por arrendamiento del inmueble, al que no se ha llegado hasta el presente.

“Octavo. El quince (15) de octubre de 1979, casi un año después de la firma de la promesa y a sabiendas de todo lo anteriormente manifestado, los *prometientes compradores* solicitaron ante el Banco Central Hipotecario, sucursal Chapinero un préstamo por ochocientos cuarenta mil pesos (\$840.000.00) moneda corriente, el cual fue aprobado y se lo comunicaron a mi poderdante por carta dirigida el veintinueve (29) de octubre del mismo año.

“Noveno. El *promitente vendedor* enterado de la carta referida, el cinco (5) de noviembre de 1979 les envió un telegrama manifestándoles que el negocio se había anulado por el incumplimiento de la *cláusula cuarta* (4ª) del contrato de promesa, es decir, el no haberse firmado la escritura de compraventa en la Notaría Novena (9ª) de Bogotá dentro del término fijado y que insistía en el arreglo formal.

“Décimo. Los *prometientes compradores* enterados del telegrama anterior le enviaron otro a Belencito (Boyacá), lugar de trabajo del señor Laconcha, manifestándole que su incumplimiento presentación oportuna certificado de libertad y otros documentos podrían hacerlo acreedor sanción prevista *cláusula sexta* (6ª) del contrato; el veintinueve (29) de noviembre le remitieron uno nuevo en que le manifestaban que las escrituras estaban listas para la firma.

“Undécimo. En vista de lo anterior, el *promitente vendedor*, el trece (13) de febrero de 1980 solicitó ante el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá la práctica de un interrogatorio de parte, en la persona de los *promitentes compradores*, etc.”.

3. Admitida la demanda, los demandados se opusieron a las pretensiones demandadas y propusieron demanda de reconvención donde ejercen la acción de cumplimiento del mismo contrato con la petición de condena al pago de la cláusula penal.

Tramitada la primera instancia, el juzgado de conocimiento declara disuelto el contrato de compraventa... y condena en costas al demandado.

4. Apelada esta sentencia por la parte demandada, el *ad quem* resolvió:

“1o. REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada calendada el día ocho (8) de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983), proferida por el Juzgado 16 Civil del Circuito de esta ciudad, para en su lugar.

"2o. DECRETAR la nulidad sustancial del contrato de promesa de venta celebrado entre Victoriano Laconcha Abecia y Jairo Arturo Pineda Huertas y María Eugenia Betancourt de Pineda, el día veintitrés (23) de octubre de mil novecientos setenta y ocho (1978), respecto del apartamento 401 del Edificio Carmel situado en la carrera 24 número 47-56 de Bogotá, y cuyos linderos y demás especificaciones aparecen consignados en el mismo contrato.

"3o. En consecuencia los demandados Jairo Arturo Pineda Huertas y María Eugenia Betancourt de Pineda, *entregarán* al demandante Victoriano Laconcha Abecia el citado apartamento, diez (10) días después de la ejecutoria de esta sentencia, junto con los frutos producidos desde cuando lo tuvieron en su poder hasta cuando se haga la entrega.

El cálculo de tales frutos se hará mediante la tramitación del artículo 308 del C. de P.C.

"4o. CONDENAR al demandante Victoriano Laconcha Abecia a *devolverle* a los demandados Jairo Arturo Pineda Huertas y María Eugenia Betancourt de Pineda, las sumas de dinero que recibió por concepto de abonos o pagos parciales del precio convenido en la promesa, junto con la corrección monetaria y sus intereses legales civiles, producidos hasta cuando el pago se verifique.

Este cálculo se hará de la misma manera mediante la tramitación del artículo 308 del C. de P.C.

"5o. Efectúense las compensaciones a que haya lugar.

"6o. Los demandados Pineda y Betancourt de Pineda podrán ejercer el derecho de retención del inmueble en el evento de que previas las compensaciones aludidas, resultare suma de dinero, en su favor y ésta no haya sido cancelada.

"7o. Sin costas".

5. Contra este fallo los demandados interpusieron recurso de casación.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO DEL TRIBUNAL

1. El Tribunal comenzó su análisis con la verificación de los requisitos legales de la promesa y transcribe la cláusula 4ª que dice: "... la escritura se llevará a cabo ante la Notaría Novena de esta ciudad de Bogotá dentro de los 60 días a partir de la fecha de este contrato...".

A continuación se refiere a ella en los siguientes términos "De esta manera y tal como fue redactada la cláusula transcrita, el cumplimiento del contrato se hizo imposible de llevarlo a cabo, es decir que la obligación de hacer emanada de la promesa, y consistente en otorgar una escritura pública, no tuvo fecha cierta, pues se hubiera podido realizar el primer día siguiente a la de la fecha de la firma de la promesa o el día 20, o el último día, antes de vencerse los 60 días de que habla la cláusula, y de esta manera quedó indeterminado el plazo. Faltando esta condición esencial la promesa es nula".

2. Posteriormente, estima el fallador que hay lugar a las restituciones mutuas del artículo 1746 del C.C. sin indemnización de perjuicios ordenando la restitución del inmueble y los frutos, considerando a los promitentes compradores como poseedores de buena fe, así como también la restitución del precio recibido con la corrección monetaria y los intereses legales.

III DEMANDA DE CASACIÓN

Contiene tres cargos, uno por la causal quinta de casación (el primero) y dos por la causal primera (los restantes), de los cuales solamente se considera el primero por estar llamado a prosperar.

Primer cargo

Lo formula el casacionista así: “Invoco la causal quinta (5ª) del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la circunstancia de haberse incurrido en el vicio procesal contemplado en el numeral 2 del artículo 152 de la misma codificación, toda vez que intervino de manera irregular en la redacción, discusión y posterior aprobación de la sentencia, el honorable Magistrado Rafael Núñez Bueno, a quien se declaró separado del proceso previamente mediante la decisión que quedó firme y es ley de la acusación”.

Dice el recurrente que el citado magistrado, después de haber sido separado del proceso el 12 de septiembre de 1984, tuvo participación en el fallo impugnado habiéndose entonces, expedido éste sin la competencia correspondiente, que al ser improrrogable, conduce a su nulidad, por lo cual debe casarse para decretarla y, en sede de instancia revocar la de primer grado, y en su lugar, acoger las pretensiones de la demanda de reconvención.

CONSIDERACIONES

1. En el recurso extraordinario de casación puede impugnarse la sentencia por “haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 152, siempre que no se hubiere saneado” (artículo 368 numeral 5 C.P.C.).

1.1 Por tal motivo puede invocarse en casación la incompetencia del juez (artículo 152, numeral 2 ibidem), como causal de nulidad que vicia la sentencia impugnada, para lo cual resulta necesario precisar que la competencia, como facultad que tienen los jueces para ejercer la jurisdicción en un asunto particular, la fija imperativamente la Constitución y la ley de manera limitada sobre los llamados factores determinantes, y la distribuye en los distritos judiciales nacionales entre los jueces únicos y colegiados.

1.2 Pero con relación a estos últimos la ley, además de los citados factores de determinación de competencia, particularmente el funcional que le permite a las Salas Civiles de los Tribunales Superiores proferir sentencias de segunda instancia (artículo 26 numeral 1 C.P.C.), consagra otros que también determinan la forma como se concreta y ejercita dicha competencia en los tribunales mencionados.

En efecto, teniendo en cuenta la naturaleza de la providencia (objeto) y el órgano facultado para su expedición (sujeto), nuestro régimen procesal, de una parte, señala

que “corresponde a las Salas de decisión dictar sentencias” (artículo 29 ibidem), porque son las competentes para ello, o como dice el artículo 7° del Decreto 1265 de 1970, a través de ellas “las Salas de los tribunales ejercerán sus funciones jurisdiccionales... en cada asunto...”. Y de la otra, siguiendo el principio de legalidad respecto de la atribución de esta competencia, precisa la organización y funcionamiento de las Salas de decisión competentes, estableciendo, de un lado, que generalmente “se integrarán en cada asunto por el Magistrado a quien le corresponda en el repartimiento y por los dos que le sigan en orden alfabético...” (artículo 7° del Decreto 1265 de 1970) teniendo en cuenta que “el Magistrado o conjuer impedido o recusado será reemplazado por el que siga en turno, o por un conjuer si no fuere posible integrar la Sala por ese medio” (artículo 145 inciso 2° C.P.C.); y, del otro, regulando la forma de preparación, discusión y adopción de las providencias de las cuales son competentes las Salas de decisión, que “serán suscritas por todos los Magistrados y conjueres que concurren a dictarlas aún por aquellos que hayan disentido” (artículo 11 Decreto 1265 de 1970), pues dichas providencias terminarán “con las firmas de... los Magistrados y el secretario” (artículo 303 C.P.C.), sin que la omisión de la firma de éste último afecte la sentencia (G.J. T. XXI página 58).

1.3 Luego, conforme a lo anterior carecen de competencia para la expedición de una sentencia no solo las salas de decisión a quienes no corresponde el conocimiento de dicho asunto, pertenezca al otro o al mismo tribunal, sino también aquella Sala de Decisión que teniendo el conocimiento de dicho proceso no se ha integrado o no ha adoptado o suscrito legalmente dicha sentencia, tal como acontece con aquel evento en que por haber intervenido en la Sala de Decisión correspondiente el Magistrado impedido y no el que lo reemplazó, la sentencia resulta dictada por una Sala que, por su defectuosa integración para la decisión, no se erige en el órgano competente colegiado para este efecto.

En tal caso, dicho defecto puede alegarse en casación por cualquiera de las partes como falta de competencia, que en este aspecto es insaneable, hoy día dentro de la citada causal quinta de casación (artículo 368, numeral 5°, 152, numeral 2 C.P.C.) y en la legislación anterior invocándose la misma causa (artículos 520, numeral 6° y 448 numeral 1° C.J.), y, si fuere el caso, los motivos especiales “haberse acordado el fallo con menor número de votos exigido por la ley” o de “haber concurrido a dictar sentencia un Magistrado cuya recusación fundada en causa legal estuviese pendiente, o se hubiera desestimado siendo improcedente” (artículo 520, numerales 4° y 5° C.J.).

2. Asume ahora la Corte el estudio de esta censura, del presente recurso de casación.

2.1 La sentencia recurrida de fecha 31 de julio de 1985, fue proferida por una Sala Civil de Decisión del Tribunal de Bogotá, compuesta por tres Magistrados, pero en dicha Sala intervino (cuad. número 4 fl. 41), uno de los Magistrados que había sido separado del conocimiento del proceso (fls. 19 cuad. 4), por recusación e impedimento aceptados (fls. 12, 13 y 18 cuad. 4), y en cambio en ella no participó, ni fue suscrita la decisión por el Magistrado reemplazante que le siguió en turno (fl. 20).

2.2 Lo anterior revela que si la sentencia no fue suscrita por uno de los Magistrados que han debido intervenir en ella, quedó entonces defectuosa la integra-

ción de la Sala de Decisión, y por lo tanto, sin competencia el órgano que la profiere, lo que la afecta de nulidad, razón por la cual el cargo 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, CASA la sentencia de 31 de julio de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de Victoriano Laconcha Abecia contra Jairo Arturo Pineda Huertas y María Eugenia Betancourt de Pineda, y en consecuencia, DECRETA LA NULIDAD de lo actuado a partir de la mencionada sentencia de segunda instancia, inclusive, y ordena remitir el expediente al Tribunal para que proceda a renovar la actuación anulada y adopte las medidas pertinentes que fueren del caso.

Sin costas en el recurso de casación. Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Héctor Marín Naranjo, José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Alberto Ospina Botero, William Salazar Luján (Conjuez).

Alvaro Ortiz Monsalve
Secretario .

PRUEBA DE OFICIO. NULIDAD PROCESAL

Efectos de la omisión del término probatorio antes de fallar y de las irregularidades que se pueden cometer. Legitimación para alegar la nulidad.

F.F. artículos 108 y 152-6 del C. de P.C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. DESLINDE Y AMOJONAMIENTO

Si se incoa la acción de pertenencia por parte del opositor como poseedor exclusivo prescribiente deben citarse entre otros los artículos 465-1 y 3; 413-1 del C. de P.C. y el artículo 1º de la Ley 50 de 1936.

F.F. artículo 374 del C. de P.C.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: *Pedro Lafont Pianetta.*

Bogotá, D. E., abril veintiséis (26) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Se decide el recurso de casación interpuesto por Rosa Amelia Balaguera de García contra la sentencia de 28 de enero de 1986, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en el proceso ordinario (oposición al deslinde) de la citada señora contra Felix Balaguera Vega.

I. ANTECEDENTES

1. Felix Balaguera Vega, por medio de apoderado, demandó a Rosa Amelia Balaguera el 17 de febrero de 1982 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, con el objeto de que se fijaran los linderos respectivos de los predios señalados en la demanda introductoria del proceso, ubicados en la vereda de Novaré, Municipio de Cerinza.

2. Como hechos en los cuales se funda la demanda de deslinde y amojonamiento, se adujeron los siguientes:

a) Que mediante Escritura Pública número 524 del 24 de septiembre de 1957, otorgada en la Notaría Unica del Círculo de Santa Rosa de Viterbo, Felix Balaguera adquirió el inmueble denominado "Playa Rica", ubicado en la vereda de Novaré, Municipio de Cerinza (Boyacá);

b) Que por Escritura Pública número 403 del 21 de julio de 1959, también otorgada en esa Notaría, Felix Balaguera vendió una parte del inmueble "Playa Rica" ya mencionado a Rosa Amelia Balaguera;

c) Que se ha señalado la línea divisoria de los inmuebles de propiedad de las partes por los costados sur y oriental del lote de propiedad de Rosa Amelia Balaguera y que, en razón de no haber sido posible la demarcación en forma amistosa se acude a la jurisdicción, a fin de que ésta le señale y defina la medianería y forma en que los colindantes deben concurrir al conocimiento de los predios.

3. Admitida la demanda, la demandada se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, negó la existencia de desaveniencias con el actor sobre los linderos de los predios a los cuales alude la demanda y agregó ser poseedora, por más de 20 años de todo el lote de terreno y que, en consecuencia, es su propietaria por haberlo adquirido por usucapión extraordinaria. Como excepciones propuso las que denominó "falta de legitimación *ad causam*", "prescripción de la acción" y que "la acción propuesta es improcedente para obtener la posesión".

4. El juez de conocimiento en primera instancia, en diligencia de deslinde y amojonamiento que finalizó el 27 de agosto de 1982, determinó la línea divisoria de los dos predios, a lo cual se opuso en forma total el apoderado de la demandada.

5. Finalizada la oposición al deslinde practicado, dentro del término legal, la señora Rosa Amelia Balaguera, por medio de apoderado, impetró que por el juzgado se declarase que es la titular del derecho de dominio sobre el inmueble denominado "Playa Rica", ubicado como aparece en el libelo, por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria y solicitó ordenar la inscripción de la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y condenar en costas a Felix Balaguera. Como pretensión subsidiaria impetró declarar que es poseedora del citado inmueble por lapso superior a un (1) año y que por ello es improcedente el deslinde promovido por el señor Balaguera; y que, si tampoco se acoge esta pretensión, se condene entonces al demandante del deslinde y amojonamiento al pago de mejoras realizadas por ella en el predio "Playa Rica" y se disponga reconocerle el derecho de retención mientras el valor de tales mejoras no le sea pagado a satisfacción.

6. Admitida la demanda formulada por la opositora al deslinde y notificada por estado, Balaguera le dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones y solicitando condena en costas.

7. Agotado el trámite procesal, el juez de primera instancia le puso fin a ésta con sentencia pronunciada el 14 de febrero de 1985, que negó las súplicas de la demanda y confirmó la línea divisoria fijada por el juzgado en la diligencia de deslinde practicada durante los días 25 y 27 de agosto de 1982.

8. Apelada esa providencia, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, al desatar el recurso confirmó el fallo del *a quo* mediante sentencia calendarada el 28 de

enero de 1986, contra la cual se interpuso el recurso de casación del que ahora se ocupa esta Corporación.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal, luego de historiar el litigio y la actuación surtida en la primera instancia, analiza las razones de inconformidad de la apelante con la sentencia de primer grado. A este efecto expuso que existe legitimación en causa tanto activa como pasiva por haber sido acompañadas a la demanda de deslinde las escrituras públicas y los certificados de la Oficina de Registro según los cuales las partes de ese proceso son titulares del derecho de dominio de los predios cuyos linderos se solicita demarcar, por una parte; y por la otra, agrega el Tribunal que en el proceso la opositora al deslinde no demostró que ejerciera la posesión material sobre el bien inmueble que pretende haber adquirido por usucapión extraordinaria, por lo cual procedentes en confirmar la sentencia del juzgado de primera instancia. A esta conclusión llegó el Tribunal por estimar ajustada a derecho la decisión del *a quo* de no darle eficacia probatoria a los testimonios extraprocesales de Rubén Becerra y Anatolio Barrios por no haber sido notificados como lo exige la ley, e igualmente por haberse negado a apreciar los testimonios de Siervo Aurelio Becerra, Bonifacio de Jesús Castro Moreno, Graciano Malaver y Luis Antonio Galindo recibidos a petición de la actora por juez comisionado, pero sin haber sido notificada la fecha y hora para el efecto, con lo cual se incumplió el requisito de la publicidad y contradicción de tales pruebas. Y a la par que no se tuvieron en cuenta por el Tribunal los testimonios por las razones dichas, encontró en cambio recibidos conforme a la ley los testimonios rendidos por Josefa de los Dolores Balaguera, Ana María Balaguera de Rodríguez, no tachados de sospecha oportunamente y los de Elibardo Lara y Manuel Antonio Vargas, con los cuales se encuentra demostrado que Rosa Amelia Balaguera no tuvo la posesión del inmueble sino la mera tenencia de éste a título de arrendamiento. Finalmente, el tribunal estima que no es de recibo el argumento de haberse contestado prematuramente la demanda de oposición por cuanto se considera que el actor del deslinde tuvo conocimiento del auto admisorio y se refirió a él por estar a derecho en el proceso, lo que implica darse por notificado por conducta concluyente, puesta de manifiesto precisamente al contestar dicha demanda.

III. DEMANDA DE CASACIÓN

Cinco cargos formula el censor a la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el 28 de enero de 1986, en este proceso. De ellos y de acuerdo con el artículo 368 del C. de P.C., los cargos segundo y tercero se apoyan en la causal 5ª (nulidades procesales), el primero en la causal segunda (incongruencia), el cuarto y quinto en la causal primera (violación de normas sustanciales), que se estudian en este orden.

Segundo cargo

Dentro de la causal 5ª se acusa la sentencia de haberse dictado en proceso nulo por omisión del término para practicar las pruebas testimoniales pedidas por el actor del deslinde en la contestación de la demanda de oposición violando los artículos 183, 184, 137 numeral 4º, 152 numeral 6 y 154 del C.P.C.

Dice el recurrente que estas pruebas testimoniales fueron decretadas con fijación de fechas en varias oportunidades (15 de octubre, 19 y 30 de noviembre de 1982), sin que fueran recepcionadas. Pero el 30 de noviembre de 1982 fueron decretadas de oficio fundado equivocadamente en que la no recepción obedecía a que estaba pendiente de resolución un recurso de reposición y un incidente de nulidad, pues, según su juicio, tales aspectos fueron decididos definitivamente el 5 de noviembre de 1982 y dicho incidente no suspende el proceso (artículo 137 citado). Afirma entonces el impugnante que tales autos que decretaron de oficio dichas pruebas no se ajustaron a lo dispuesto en el artículo 184 C.P.C. porque no hubo prueba de que la no recepción testimonial fuera no imputable a la parte interesada, sino por el contrario que ello obedeció a su culpa. Sin embargo, agrega, que no fueron impugnadas tales decisiones porque no eran objeto de recurso (artículo 179 *ibidem*).

Tercer cargo

Acusa el censor la sentencia impugnada en este cargo, por haberse incurrido en dos causales de nulidad. En primer lugar, dice se tramitó el proceso y se profirió la sentencia sin haberse decretado el emplazamiento de las personas indeterminadas que se creyeren con derechos sobre el inmueble que la opositora al deslinde y demandante impetró declarar como de su propiedad por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria; y, en segundo lugar, porque, según su opinión, no se practicaron pruebas de oficio solicitadas por la parte opositora al deslinde.

Apóyase la censura en este cargo en la causal 5ª del artículo 368 del C. de P.C. Para sustentarlo dice el casacionista que el artículo 465 del C. de P.C. en su numeral 3º, establece que si la demanda del opositor al deslinde se presenta en tiempo, de ella se correrá traslado al demandado por 10 días y en adelante se seguirá el trámite del proceso ordinario y —continúa el recurrente—, como en la demanda que pretende que se declare que la demandante adquirió el inmueble por usucapión, era imperativo la aplicación del numeral 6º del artículo 413 del C. de P.C., lo que no se hizo y genera nulidad insaneable.

En cuanto al segundo motivo para formular este cargo, el impugnante afirma que el tribunal violó el artículo 361 del C. de P.C., porque no decretó unas pruebas dirigidas a demostrar el parentesco de algunos testigos cuyas declaraciones se recibieron a solicitud del actor del deslinde, y, además, que tales pruebas tampoco se decretaron de oficio.

CONSIDERACIONES

1. Las nulidades procesales, no obstante estar reguladas por normas de orden público y fundarse en el común interés público de que con ellas se garantice la estructura básica del debido proceso, su naturaleza insaneable y alegable por cualquiera de las partes o saneable y alegable por la parte afectada, se encuentra fundada en el beneficio general o particular en cuyo favor se establecen una u otra causal específica, la cual también resulta aplicable en casación. Pero en este último caso la nulidad queda sometida al rigor del carácter dispositivo y limitado de este recurso, que impone al recurrente el deber de invocarla, lo que, a su turno, delimita la función jurisdiccional de la Corte y le impide abordar de oficio irregularidades procesales no invocadas o alegadas en forma antitécnica.

1.1 En tal sentido la causal de omisión del término para practicar las pruebas (artículos 368 y 152 numeral 6° C.P.C.), se encuentra restringida a esta omisión de oportunidad de práctica probatoria, en cuyo alcance deben tenerse en cuenta no solo las oportunidades legales que tienen las partes en el proceso sino que “bien puede el juzgador decretar prueba de oficio no sólo en los términos probatorios de las instancias, sino posteriormente, por fuera de los mismos, antes de fallar, sin que el ordenamiento para verificar la verdad, lo hubiera circunscrito a una sola o única ocasión antes del proferimiento del fallo” (sentencia número 444 del 26 de octubre de 1988). Pero dicha omisión probatoria es distinta a la comisión de irregularidades en esta última, la cual no es causal de nulidad sino motivo de eventual incidencia de evaluación probatoria; razón por la cual aquella nulidad también puede alegarse en casación (artículo 368, numeral 5 ibídem), pero solamente por la parte a quien por haberlas pedido le afecta dicha omisión y cuando lo ha propuesto en la instancia en la actuación siguiente, porque en caso contrario, se carece de interés en la alegación (artículo 156, numeral 1°, C.P.C.), cuando se “haya actuado con posterioridad en el proceso sin proponerla” (artículo 155, final ibídem).

1.2 Así mismo, “la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada” (artículo 155, inciso 3° C.P.C.), pues, como ha dicho esta Corporación, “es el mismo interesado quien puede alegar esos motivos de nulidad y no su contraparte” (G.J. T. LXIV, página 39), ya que “estando tales motivos de invalidación del proceso establecidos para proteger los fueros de la defensa exclusiva de dichas personas es a ellas únicamente a quienes corresponde el interés jurídico para hacerlos valer” (Sentencia del 17 de marzo de 1967, aún sin publicar).

2. Descendiendo al caso litigado la Sala no observa que las censuras en estudio se ajusten a los requerimientos antes mencionados, y sin que, como arriba se dijo, pueda la Corte, ni sea menester, hacer un estudio adicional sobre el particular.

2.1 El segundo cargo, porque refiriéndose a la omisión del término para practicar pruebas, no es el recurrente, el interesado puesto que no se trata de pruebas pedidas por él, y que de haberlo sido el eventual defecto estuviera saneado por no haberse alegado oportunamente la nulidad en la actuación siguiente. Además, la supuesta irregularidad en el decreto de pruebas de oficio que se plantea en el cargo, no es, como se dijo, una omisión sino una adición de oportunidad probatoria, cuya hipotética irregularidad no es motivo de nulidad sino de eventual incidencia en la apreciación de dicho medio de convicción.

2.2 El tercero, porque el recurrente, como opositor y demandante en pertenencia, también carece de interés, puesto que la falta de emplazamiento que allí se alega no se refiere a él sino a las personas indeterminadas que, según el censor, han debido emplazarse; pero que solo son ellas y no las partes, las que pueden alegar este motivo de nulidad dentro de las diversas oportunidades que la ley consagra sobre el particular.

En consecuencia, se rechazan los cargos segundo y tercero.

Primer cargo

Con fundamento en la causal segunda de casación se acusa la sentencia recurrida de ser incongruente con las pretensiones del actor del deslinde, porque al conceder “al actor del deslinde más de lo suplicado en su demanda”, se incurrió en un fallo extrapetita.

Dice el recurrente que el Tribunal violando el artículo 305 del C.P.C. ordenó la entrega de los terrenos conforme a la diligencia de deslinde, cuando no fue pedido por el actor y se “encuentra plenamente probada la existencia de un contrato de arrendamiento entre las partes en conflicto sobre el inmueble”; y porque el fallo “le concede al actor del deslinde más área de terreno de la que le corresponde, excedente superficiario que dicho actor no pidió en su demanda”. Agrega el impugnante que el señor Félix Balaguera vendió a Rosa Amelia Balaguera (Escritura número 403 del 21 de julio de 1959), un área de 1.600 m², de los cuales solamente se le reconoció a esta última señora (opositora al deslinde) un área de 397 m², ordenando la entrega al actor del resto (1.203 m²), en lo cual se falló con exceso porque no fue pedido en la demanda.

CONSIDERACIONES

1. Es reiterada la jurisprudencia nacional sobre la autonomía de la causal segunda de casación que impide que en su formulación o desarrollo se combine con reparos distintos de los de la inconsonancia que por exceso o defecto del ejercicio de la función jurisdiccional (yerro *in procedendo*) surge en la sentencia con la apreciación objetiva de las pretensiones de la demanda o de las excepciones del demandado y las atribuciones legales, mediante la expedición de fallos ultra, extra o mínima petita.

2. Siendo el fallo impugnado desestimatorio en cuanto a la demanda del opositor y estimatorio en cuanto a la configuración del deslinde y orden de entrega de los respectivos terrenos, la presente censura en su impugnación por la causal segunda no se ajusta a su exigencia técnica.

2.1 Al rompe observa la Sala y suficiente para rechazar el cargo, que de acuerdo con su reiterada doctrina, no existe vicio de incongruencia cuando lo decidido por el fallador obedece no sólo a peticiones oportunas de las partes en la demanda y excepciones, sino que encuentra su fundamento en atribuciones o facultades legales, en cuyo ejercicio no se genera fallo extrapetita (G.J. T. LXXIX, página 246), que, como en este caso de orden de “entrega a los colindantes de los respectivos terrenos”, encuentra claramente su respaldo en el artículo 465 numeral 3º, inciso final del C.P.C.

2.2 Además de lo anterior, observa la Sala el defecto de técnica de la presente censura al fundarse en su desarrollo no sólo en los eventuales yerros de procedimiento de inconsonancia sino también en yerros de juzgamiento que corresponden a la causal primera de casación cuando le endilga al Tribunal haber desconocido con su sentencia los derechos de la opositora al deslinde, ordenando la entrega de los bienes en conflicto cuando se probó que se habían entregado en arrendamiento, y extendiendo dicha orden de entrega en cantidad superior a la probada en favor de aquélla.

No prospera el cargo.

Cuarto cargo

Dentro de la causal primera se acusa la sentencia recurrida de haber violado indirectamente y por aplicación indebida de los artículos 900 C.C. y 460 C.P.C.; y por falta de aplicación los artículos 673 inciso 1º, 762 inciso 2º, 974, 977, 2512, 2517, 2518, inciso 1º, 2527, 2531, 2532 y 2538 del C.C. a consecuencia de error evidente de hecho.

Señala el recurrente que el Tribunal no vio el carácter sospechoso de los testimonios de Josefa de los Dolores Balaguera de García, Ana María Balaguera de Rodríguez, Elibardo Lara y Manuel Antonio Vargas; y no vio, ni apreció los testimonios de Siervo Aurelio Becerra, Bonifacio de Jesús Castro, Jesús Antonio Galindo y Graciano Malaver, testigos de la parte opositora que desvirtúa los del actor, y que se violaron los artículos 187, 217, 218, 228 y 229 C.P.C.

Sobre el primer grupo de testimonios dice el casacionista que los señores José de los Dolores y Ana María Balaguera eran hermanos legítimos del actor del deslinde. Que la primera, además de éste parentesco, que fue fundamento de la tacha de sospecha, fue trabajadora del actor y vive en otros municipios (Bucaramanga y Villavicencio), desde hace más de 20 años, razón por la cual no pudo ver que el demandante enviara emisario para el cobro de cánones de arrendamiento, pagara los impuestos, ni los linderos de los predios a deslindar. Que la segunda vive en Bogotá desde hace 29 años, razón por la cual resulta inverosímil su declaración sobre la existencia del contrato verbal de arrendamiento, pago de impuestos y linderos de los predios. De otra parte, expresa el recurrente que el testimonio de Elibardo Lara es igualmente sospechoso porque viviendo en Bogotá habla con precisión matemática, se imaginó lo del canon de arrendamiento y le habían ofrecido en venta el lote; lo mismo que el testimonio de Manuel Antonio Vargas, pues éste no residía en Cerinza desde hace más de 35 años, era amanuense del actor, etc. Agrega el censor que ninguno de ellos dio la razón de su dicho y respondieron con respuestas insinuadas.

De otra parte se censura al tribunal de haber incurrido en error de hecho al no apreciar los testimonios arriba indicados porque las partes supieron de la comisión conferida para recepcionarlos y que el hecho de que no apareciera el sello de la notificación del auto que fija fecha, no es que aquella se hubiese omitido. A continuación señala que estos testimonios exponen que el actor de deslinde Felix Balaguera Vega nunca hizo actos posesorios en el predio en conflicto.

Quinto cargo

Con apoyo en la causal primera se acusa la sentencia de haber violado indirectamente, a causa de error de hecho, por aplicación indebida los artículos 900 C.C. y 460 C.P.C.; y por falta de aplicación los artículos 673, inciso 1º C.P.C., 2517, 2518 inciso 1º, 2527, 2531, 2532 y 2538 del C.C.

Expresa el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar los testimonios de Josefa de los Dolores Balaguera de García, Ana María Balaguera de Rodríguez, Elibardo Lara y de Manuel Antonio Vargas, por vagos, incoherentes, contradictorios e inexactos en cuanto al arrendamiento, cánones, pago de impuestos.

El censor también indica que el sentenciador ignoró los testimonios de Alberto García, Flor de María Cucaita Castro, Abraham de Jesús Moreno y Tito Becerra Morantes, quienes declaran sobre la posesión de la señora Rosa Amelia Balaguera, opositora del deslinde (según plano que hace en el cargo), lo que demuestra que no hubo arrendamiento, además que el actor no compareció a la diligencia de deslinde, no presentó testigos presenciales del negocio con la opositora, ni alinderó, ni propuso excepción de fondo.

Finalmente, el recurrente le endilga al fallador haber incurrido en error de hecho al no apreciar el certificado de registro y la Escritura número 403 del 21 de julio de 1959 en cuanto a la superficie de la venta, donde le cercena a la opositora nada menos que 1.203 m².

CONSIDERACIONES

1. En las acusaciones por la causal primera es indispensable que se integre la llamada proposición jurídica completa, esto es, se enuncie el grupo de normas sustanciales quebrantadas por falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida por la decisión impugnada, lo cual depende del caso sub lite, en que ésta se adopta.

1.1 Estima la Sala que tratándose de proceso de deslinde que, como el presente, se incoa la acción de pertenencia por parte del opositor como poseedor exclusivo prescribiente, resulta necesario que la proposición jurídica se integre, entre otros, con los artículos 465, numerales 1° y 3° y 413 numeral 1° del C.P.C.

Lo primero, porque es la norma que otorga el derecho sustancial no a una persona cualquiera sino a aquella que habiendo sido demandada en deslinde, se opone a éste y asume la calidad de opositora para formalizar su oposición alegando sus derechos sustanciales, evitando su preclusión con la sentencia que se dicte al respecto (artículo 464 numeral 4° C.P.C.), ya que “dentro de los diez días siguientes el opositor deberá formalizar la oposición mediante demanda en la cual podrá alegar los derechos que considere tener en la zona discutida y solicitar el reconocimiento y pago de mejoras puesta en ella” (artículo 465 numeral 1° ibidem). Y además, porque la decisión de entrega a los respectivos colindantes que se ordena en la decisión impugnada tiene su fundamento en el inciso 2° del numeral 3° del artículo 465 C.P.C., cuya aplicación favorece al demandante del deslinde y perjudica al opositor.

De otra parte, resulta forzosa la enunciación dentro de la proposición el numeral 1° del artículo 413 del C.P.C., porque es la norma sustancial que concede la legitimación “para pedir la declaración de pertenencia, (a) todo aquel que pretenda haber adquirido el bien por prescripción ordinaria o extraordinaria”, y que, a juicio de la Sala, debe encontrarse determinada en forma precisa en el cargo con el numeral (artículo 413 numeral 1° C.P.C.), cuando sea necesario distinguirla de las otras reglas sustanciales que otorgan a los acreedores o comuneros el derecho a solicitar la pertenencia. Y si se tratare de prescripción extraordinaria fundada en posesión durante 20 años, también es imperativo integrar a la proposición jurídica quebrantada el precepto del artículo 1° de la Ley 50 de 1936, que estructura el elemento temporal de 20 años para adquirir el citado derecho.

1.2 Como ambos cargos atacan la decisión del Tribunal denegatoria de la pretensión de pertenencia por prescripción extraordinaria alegada en la demanda de oposición al deslinde (fls. 48 y 51 del cuad. 6), era indispensable que la proposición se integrara con las normas mencionadas, que al no citarse (los artículos 465, numeral 1º C.P.C. y 1º de la Ley 50 de 1936) o hacerse imprecisamente (no indican exactamente el numeral 1º dentro de la pluralidad de numerales que corresponden al artículo 413 C.P.C. citado), dejan incompletos los cargos y exonerada la Corte de su estudio de fondo.

2. Así mismo, tiene sentado esta Corporación que tratándose de acusaciones dentro de la causal primera formuladas por violación indirecta de la ley sustancial, resulta imprescindible que los ataques al acervo probatorio sean completos, indiquen la clase de error, y en general, se sujeten a la preceptiva técnica.

2.1 Ahora bien, la sentencia recurrida fue expedida conforme al inciso final del artículo 465 numeral 3º C.P.C. y al confirmar la de primer grado, no solo es desestimatoria de la oposición al deslinde formalizado en la demanda correspondiente porque el fallador no encontró probada la pretensión de prescripción adquisitiva extraordinaria en ella; sino también confirmatoria de la demarcación fijada en la diligencia de deslinde, porque no habían sido desvirtuadas las pruebas estimadas favorablemente al actor del deslinde y fueron fundamento probatorio de la línea fijada; y más aun, ordenó la entrega a los colindantes de los respectivos terrenos, la protocolización, registro del deslinde, cancelación de la inscripción de la demanda y condenó en costas (c. 6 fl. 53-; y c. 1 fl. 134).

Siendo así las cosas, en el caso *sub examine* era deber del impugnante combatir la totalidad de la estimativa probatoria tenida en cuenta por el fallador al proferir el fallo recurrido, comprendiendo no solo aquellas que le sirvieron de sustento para la denegación de la oposición, sino también las que fueron fundamento para fijar la línea demarcatoria que le perjudica y la incidencia de las unas en las otras. De ahí que al limitarse los cargos en comentario a censurar solo aquellas convicciones del sentenciador en virtud de las cuales no se encontró probada la pretensión de pertenencia, omitiendo las que efectivamente sustentaron la fijación y confirmación del deslinde, especialmente las de la inspección judicial, dictamen pericial y prueba documental y testimonial (fls. 3 y s.s.; 18 y s.s. 39 a 54 del c. 1), y además, habiendo guardado silencio el recurrente sobre la incidencia de aquéllas en éstas; ambos cargos se quedaron incompletos, dejando incólumes las probanzas no atacadas, que son suficientes para sostener el fallo y hacen imprósperos los cargos.

2.2 Además de lo anterior, ambos cargos adolecen de otras deficiencias técnicas:

2.2.1 El cuarto, cuando le endilga al Tribunal haber cometido error de hecho en la estimación de los testimonios de Servio Aurelio Becerra, Bonifacio de J. Castro, Inés de Galindo y Graciano Malaver, pero lo edifica contradictoriamente en razones fácticas, como no haberlos visto ni apreciado, lo que configuraría un error de hecho por preterición; y al mismo tiempo en su desarrollo señala razones jurídicas para precisar el error de no darle valor a los testimonios, que el tribunal rechazó por haber sido recepcionados irregularmente ante juez comisionado, lo que configuraría un error de derecho. Lo anterior deja antitécnico el ataque, pues es perentorio que éste se

ajuste plenamente a la conceptualización de error de hecho o de derecho, sin que respecto de una estimación pueda alegarse acumulativa o electivamente uno y otro yerro.

2.2.2 Por su parte, en el quinto cargo se le atribuye error de hecho al sentenciador por haber ignorado los testimonios de Alberto García, Flor de María Cucaita Castro, Abraham de J. Moreno y Tito Becerra Morantes, que si bien fueron recepcionados a solicitud del opositor, en la diligencia de deslinde para su oposición, no es menos cierto que en la demanda de formulación de esta última no fueron pedidos ni decretados como pruebas para la demostración de los hechos de la pretensión de pertenencia demandada (c. 1 fls. 41 y s.s. 65 y 70), por lo que su ataque resulta extraño e intrascendente para quebrar el fallo impugnado.

Se rechazan los cargos cuarto y quinto.

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 del 28 de enero de 1986, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el proceso ordinario (oposición al deslinde) promovido por la señora Rosa Amelia Balaguera de García contra Félix Balaguera Vega.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiase, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alvaro Ortiz Monsalve
Secretario

COSA JUZGADA. ESTADO CIVIL

La cosa juzgada mira a la certidumbre de las relaciones jurídicas y a la inmutabilidad de la sentencia. Límites objetivos y subjetivos. Qué debe entenderse por “nuevo proceso” o “segundo proceso”, extensión de los efectos de la cosa juzgada en procesos en que se ventilen cuestiones relativas al estado civil de las personas.

F.F. artículos 332 del C.P.C. y 406 del C. Civil.

En igual sentido: S. del 24 de abril de 1984

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: *Héctor Marín Naranjo*.

Bogotá, D. E., dos (2) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Despacha la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, que data del 15 de diciembre de 1986, proferida dentro del proceso ordinario instaurado por el señor Marco Tulio Orozco en frente del señor Marco Tulio Cadavid J., hoy la señora Clemencia Botero de Cadavid como heredera única del mismo.

ANTECEDENTES

En demanda presentada ante el Juzgado Civil del Circuito de Pereira el 3 de julio de 1951, el señor Marco Tulio Orozco solicitó que, con citación y audiencia del señor Marco Tulio Cadavid J., como demandado, se hiciesen las siguientes declaraciones:

“a) Que el señor Marco Tulio Cadavid tiene la calidad de padre natural respecto de mi mandante, y que éste es hijo natural del demandado;

“b) Que, de consiguiente, el señor Marco Tulio Cadavid tiene respecto de mi poderdante todos los deberes y obligaciones y todos los derechos que la ley establece respecto de los padres naturales; y que mi mandante tiene respecto del demandado los derechos y los deberes legales correspondientes a los hijos naturales;

“c) Que se debe comunicar al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados y al señor Cura Párroco de la Iglesia de Nuestra Señora de la Pobreza, de Pereira, la decisión anterior, para que se hagan las inscripciones y anotaciones correspondientes en los libros respectivos;

“d)”.

La pretensión anterior la basó el demandante en los hechos extractados del siguiente modo:

Entre Marco Tulio Cadavid y Francisca Orozco existieron relaciones sexuales estables, notorias y permanentes “desde el año de 1908 y hasta el 7 de septiembre de 1935”. Tuvieron esas relaciones una interrupción de unos pocos meses, a partir del 21 de julio de 1919, día en que la señora Orozco contrajo matrimonio con Manuel S. Angel, con quien convivió por espacio de unos dos meses, reanudando luego su unión con el demandado.

La vida de los concubinos transcurrió en Pereira, en particular en la vereda “San Joaquín”, y duró hasta el 7 de septiembre de 1935, fecha en que el demandado contrajo matrimonio con la señora Clemencia Botero.

De la citada unión extramatrimonial hubo varios hijos, mas sólo vive uno, bautizado Marco Tulio, quien nació el 11 de febrero de 1930.

Desde el nacimiento del demandante, el demandado lo trató como a su hijo natural proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y sus deudos y amigos y el vecindario de Pereira en general, han reputado a Marco Tulio Orozco como hijo natural de Marco Tulio Cadavid, a virtud del referido tratamiento, que comprende un período de más de 10 años continuos.

El demandado prestó a Francisca Orozco los cuidados indispensables durante el parto, que fue múltiple, pues fuera del demandante nacieron dos niñas que no sobrevivieron. Aquél contrató partera y sufragó los gastos por drogas y otros que se presentaron.

Por medio de la Escritura Pública número 889 del 23 de octubre de 1935, de la Notaría Segunda de Pereira, el demandado transfirió a título de venta al demandante un inmueble situado en la ciudad de Pereira. Allí, aquél se reservó a favor de Francisca Orozco, el derecho de uso y habitación del inmueble. También se reservó el derecho de intervenir en cualquier negocio por medio del cual el comprador enajene, grave o limite la propiedad del bien, en cualquier época. Y dijo que sin este requisito y sin su firma en el respectivo instrumento o contrato, no será válido ningún acto de los enunciados. Declaró el demandado, por último, que tales condiciones se extinguirían al ocurrir su muerte. Todo ello tenía el propósito de velar por el patrimonio del hijo a quien el demandado quería transferir el inmueble, y para favorecer en parte a la mujer que con él había convivido.

El demandado prestó permanente ayuda al demandante, quien lo visitaba con frecuencia en su casa de habitación, aun después de casado; de modo público se daban el trato de padre e hijo, y el distanciamiento que entre ambos se dio, obedeció a que el demandante interrumpió sus estudios, lo que contrarió al señor Cadavid.

Manuel S. Angel, esposo de Francisca Orozco, pidió y obtuvo judicialmente, que se declarase que el aquí demandante no era hijo legítimo suyo. El fallo respectivo se comunicó al Cura Párroco de la Iglesia de Nuestra Señora de la Pobreza y se inscribió en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Admitida la demanda anterior y corrida en traslado al demandado, éste le dio respuesta oponiéndose a la pretensión del demandante, para lo cual negó los hechos en los que la misma se apoya.

Por auto del 21 de agosto de 1951, el juicio se abrió a prueba, con diez para pedir y treinta para practicar.

Más adelante, el 6 de noviembre de 1951, el propio demandante, su apoderado y el demandado, presentaron un memorial al Juzgado en el que el segundo de los nombrados dijo que Marco Tulio Orozco, su cliente, le había ordenado desistir "expresa e incondicionalmente del juicio y de las acciones que en él había intentado contra el señor Marco Tulio Cadavid J.", desistimiento que, en efecto, formula "por no ser éste (Orozco) hijo natural del demandado don Marco Tulio Cadavid J.", pidiendo, en consecuencia, declarar terminado el juicio y ordenar el archivo del expediente.

Ese desistimiento lo admitió el juzgado en auto del 7 de noviembre de 1951.

Muchos años después, ya fallecido el señor Marco Tulio Cadavid J., Marco Tulio Orozco, ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, despacho en el que se tramitaba la sucesión de aquél, introdujo demanda para que, con citación y audiencia de la señora Clemencia Botero de Cadavid, como representante de dicha sucesión en su condición de cónyuge supérstite, se dijese que Orozco, nacido el 13 de febrero de 1930, era hijo natural del causante, fallecido el 25 de mayo de 1972; que Orozco, en su carácter de hijo natural tenía vocación hereditaria, y estaba llamado a recibir la herencia en la proporción legal; que si para el momento de la ejecutoria de la providencia donde se declarase la calidad de hijo natural, hubiese finalizado el juicio de sucesión, el juzgado se abstuviese de impartirle su aprobación a la partición de los bienes.

Esa demanda, que fue presentada el 22 de noviembre de 1972, se le corrió en traslado a la señora Botero de Cadavid, quien le respondió negando los hechos en que se apoya, y proponiendo la excepción de cosa juzgada, basada en la vigencia del desistimiento atrás mencionado, y la de prescripción.

El juzgado, por haber encontrado huérfana de pruebas la pretensión del demandante, la desestimó, no sin antes haber advertido que cuando la sentencia es absolutoria resulta inoficioso estudiar las defensas propuestas. La sentencia correspondiente data del 7 de marzo de 1973.

Ocho años más tarde, el 13 de julio de 1981, la Corte, como culminación de un proceso instaurado con ese propósito por Marco Tulio Orozco en frente de la señora Botero de Cadavid, a vuelta de casar la proferida por el Tribunal Superior de Cali, dictó la sentencia cuya parte resolutive es como sigue:

“Primero. Se rechazan las excepciones de prescripción propuestas y alegadas por la parte demandada;

“Segundo. Declárase absolutamente nulo el desistimiento de la pretensión de filiación natural efectuada por Marco Tulio Orozco dentro del proceso ordinario por él instaurado, a través de quien para la época de la presentación de la demanda era su representante legal, contra Marco Tulio Cadavid, desistimiento que fue aceptado por auto de siete (7) de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno (1951) dictado por el Juzgado Civil del Circuito de Pereira;

“Tercero. Consecuencialmente, se ordena que el proceso de que se da cuenta en el aparte anterior, continúe su curso como si tal acto no hubiese existido;

“.....”.

Fue así, pues, como se reanudó el actual proceso, cuya primera instancia, continuada ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, culminó con sentencia que declaró probada la excepción de cosa juzgada, y consiguientemente, denegó las pretensiones de la parte actora.

El Tribunal confirmó la determinación anterior en el fallo que es objeto del presente recurso extraordinario.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras historiar los antecedentes del caso, el sentenciador de segunda instancia, en la parte considerativa de su fallo, empieza por señalar que Marco Tulio Orozco formuló demanda de filiación natural en contra de Marco Tulio Cadavid, acción que, habiendo sido incoada en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, fue desistida por su proponente. Que, 23 años después, el mismo Orozco demandó la nulidad de ese desistimiento por estar basado en una transacción también nula, a la luz de la ley que prohíbe esa clase de negocios cuando recaen en el estado civil. Que el juzgado de primera instancia declaró probada la excepción de cosa propuesta con estribo en proceso posterior, tramitado en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, determinación que el Tribunal revocó y reconoció la existencia de la nulidad del desistimiento por transacción nula, no sin aceptar la excepción de prescripción de los efectos patrimoniales de la declaración de hijo natural que podrían sobrevenir como efecto de una sentencia favorable al demandante. Que la Corte casó la sentencia del Tribunal en el punto anterior, y su decisión contó con un voto disidente.

Sobre la base del recuento anterior, expone cuál fue, en su sentir, la estrategia seguida por el demandante, y dice que es ahora donde vuelve a entrar en juego la cosa juzgada, por haber permanecido inmodificada la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, a través de la revisión que, había anotado un poco antes, el demandante propuso en contra de ella ante el Tribunal Superior de Pereira.

Se ocupa después de la causa por la cual la Corte, constando en el expediente la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito que en 1973 negó la paternidad y la del Tribunal que no revisó la anterior, no reparó en ellas para aquilatar la cosa juzgada. Sostiene al respecto que como el demandado recurrente no acusó la

sentencia por la no declaratoria de la cosa juzgada, “la Corte tenía recortada la facultad de adentrarse en el estudio y consideración de ese punto jurídico de la contención”.

Transcribe un extenso aparte del salvamento de voto a la sentencia de la Corte que declaró nulo el desistimiento, para argumentar que su autor “entrevió la excepción de cosa juzgada que significa para este proceso el que en marzo de 1973, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira hubiera declarado que Marco tulio Orozco no era hijo natural de Marco Tulio Cadavid y que mediante el recurso de revisión no se hubiese postergado la cosa juzgada”.

En seguida manifiesta que “al permancer ineludible la sentencia, dictada en proceso seguido entre las mismas partes, por la misma causa y con idéntico objeto, la cosa juzgada adquirió tonalidades de inmutable y ya no es posible producir una sentencia o fallo contrario, sin que se violen de manera flagrante los artículos 331 y 332 del Código de Procedimiento Civil.

Tras la inserción de algunos conceptos doctrinarios relativos a la cosa juzgada, pasa a ocuparse de los argumentos aducidos por el apelante para impugnar la sentencia de primera instancia, que acogió la excepción de cosa juzgada.

En cuanto a que el juzgado hubiese ordenado de oficio la inclusión de la sentencia del 7 de marzo de 1973, y que el recurrente mira como irregular pues no se atendió la sugerencia de traer pruebas con el propósito de acreditar el “simulacro de proceso” en que se pronunció tal sentencia, expone el Tribunal que ello no merece ningún reparo, “mucho más si se observa que a lo ancho y largo del proceso, la existencia de esa sentencia era asunto más que sabido. Además –añade– es inexplicable que se duela de falta de garantías, quien ha tenido la oportunidad de ventilar ante la jurisdicción, más de una vez su mismo eventual derecho, con explicable desmedro de normas vigentes de orden público, desconociendo la obligación del juzgador de actuar sin reato alguno en la búsqueda de la verdad”.

Más adelante expone que la Corte no se ha pronunciado en la forma que sostiene el demandante y que ya se expresaron las razones por cuya virtud aquélla hizo abstracción de la presencia de piezas procesales tales como la sentencia de marzo de 1973, y la sentencia que negó la revisión de la misma.

En lo tocante con que este proceso se hubiese iniciado en 1951, cuando no se había pronunciado la sentencia que ahora determina la cosa juzgada, señala que, a pesar de lo que dice la norma sobre nuevo proceso, “lo que en realidad se compara para decidir la procedencia de la cosa juzgada, no son las fechas de iniciación de los procesos, ni los procesos entre sí, sino el que se resuelve ahora, con la parte resolutive de la sentencia o auto ya pronunciados...”.

Y finalmente, en lo que atañe a la falta de seriedad que se le endilga al proceso cuya sentencia cimenta la cosa juzgada, reitera que “la sentencia fue atacada por medio del recurso extraordinario de revisión, sin que se ordenara su revisión, agotándose así una de las formas que estaban expeditas para restarle la eficacia a la cosa juzgada”. Reproduce un concepto de la doctrina relativo a la colusión en los procesos donde se debatan cuestiones propias del estado civil de las personas y, con

fundamento en él, concluye “que la revisión que era el único medio al alcance del demandante, no surtió efectos favorables, y el proceso separado... no lo podía intentar en razón de haber participado en la colusión, como parte interesada, pues él se abre paso únicamente cuando lo proponen terceros perjudicados por la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada”. Esta idea la complementa diciendo que “acreditar que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, se produjo en un proceso de A o B características y que por lo tanto, esa calidad es inaplicable, aparece como acto completamente inocuo, pues la ley no otorga la facultad de combatir la cosa juzgada por ese medio y dentro del mismo proceso cuya pretensión ella va a enervar”.

Como conclusión general, el sentenciador señala que estando presentes todos los elementos que estructuran la cosa juzgada, a términos del artículo 332 del C. de P.C. la sentencia recurrida debe ser confirmada.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Tres cargos, todos con apoyo en la causal primera del artículo 368 del C. de P.C., endereza el demandante en contra de la sentencia acabada de resumir. La Sala los despachará en conjunto.

Primer cargo

Se hace residir en la violación indirecta de normas sustanciales como consecuencia de un error de hecho en la interpretación de la sentencia de la Corte que ordenó reabrir el proceso al declarar nulo el desistimiento.

Dice el censor que el Tribunal, en las cuatro primeras páginas de su sentencia, se limita a recapitular el proceso adelantado en Cali y que culminó con sentencia de la Corte “en forma totalmente favorable al demandante” Marco Tulio Orozco. Dicha sentencia, agrega, confirmó la del Tribunal en cuanto declaró la nulidad del desistimiento de este proceso; mas la reformó para corregir el error en que había caído al declarar una existente prescripción de la acción de petición de herencia, por ser algo completamente ajeno a ese proceso, “que se limitaba a la existencia o inexistencia de la nulidad de aquel desistimiento”, que ocultaba una transacción del estado civil reclamado por el demandante.

Que en la página 5ª examina lo sucedido con el recurso extraordinario de revisión instaurado por el mismo recurrente en contra de la sentencia proferida en 1973 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, sentencia que “rechazó las pretensiones del demandante” y que los dos apoderados “coludidos y sin pudor consintieron el mismo día”.

Que el Tribunal critica a la Corte “por no haber ‘aquilatado’ la cosa juzgada que la sentencia colusiva contenía”. Que luego transcribe un salvamento de voto de conformidad con el cual se ha debido declarar probada la excepción de prescripción, pero que la sentencia fue casada y reconocida “la imprescriptibilidad del derecho a que se declarara el estado civil paterno del demandante”.

Transcribe un aparte de la sentencia del Tribunal que le sirve para decir a continuación: que, basado en el criterio del salvamento de voto, y dejando de lado el de la gran mayoría de los restantes magistrados “que rechazaron la prescripción del

derecho a la declaración del estado civil paterno y rechazaron la cosa juzgada de la sentencia de 1973 frente a la demanda en vida del padre y al proceso sobre ésta, que además eran veinte años anteriores al de 1973...”.

Un poco después advierte que acá el punto crucial “es decir si opera o no la excepcionada cosa juzgada”.

Que el Tribunal no tuvo en cuenta que desde la Corte anuló el desistimiento del proceso de filiación paterna iniciado en 1951, “ordenando reabrirlo y seguir su trámite lo hizo para que tuviera el final normal de la sentencia que resolviera sobre la pretensión de filiación paterna”. Que la sentencia de la Corte debe entenderse también en el sentido de que habiéndose iniciado el proceso en vida del padre, 20 años antes que el proceso que llama “colusivo”, la sentencia proferida en éste “no puede constituir cosa juzgada que impida la decisión en el fondo sobre la demanda del primero”.

Que si la Corte, no obstante haber tenido a la vista la sentencia del proceso de 1973, y haberse referido a ella el opositor a la casación y el Tribunal de Cali, “ordenó revivir y seguir tramitando el proceso desistido de 1951, fue porque consideró implícitamente que dicho proceso y su sentencia no impedían juzgar en el fondo la pretensión única incoada en el revivido de 1951”. De allí infiere que el criterio de la Corte fue el que “no podía oponerse la sentencia de 1943 (sic) como cosa juzgada que impidiera decidir en el fondo sobre la pretendida filiación paterna...”.

Que, por lo tanto, la interpretación dada por el Tribunal a la sentencia de la Corte es equivocada, con manifiesto error de hecho a virtud del cual violó los siguientes textos legales:

El artículo 332 del C. de P.C., “por haberlo aplicado... con errónea interpretación, para declarar probada la excepción de cosa juzgada, sin considerar que el presente es un caso muy especial... que requiere un criterio de igual naturaleza...” por haberse mandado revivir el proceso, lo que significó llevar éste “hasta su normal terminación en la sentencia de mérito, de acuerdo con las pruebas aducidas y recibidas oportuna y legalmente”. Este precepto, además, habla de un “nuevo proceso”, debiéndose entender por tal “el que se inicie con posterioridad al pronunciamiento de la primera sentencia o con posterioridad a la iniciación del proceso en el cual se pronunció primero la sentencia”, lo que aparece confirmado por el numeral 9º del artículo 380 del C. de P.C.

Tras una cita doctrinal, aduce que las normas mencionadas también se violaron porque el Tribunal no tuvo en cuenta que, conforme a ellas, la sentencia de la Corte del 13 de julio de 1981, dictada en el proceso adelantado en Cali, sí contiene la cosa juzgada “respecto a que el demandante de este proceso.. tiene el derecho a que se pronuncie sentencia que resuelva de mérito o fondo, si ha probado o no su calidad de hijo... del señor Marco Tulio Cadavid”. Por este aspecto, aquellos artículos fueron dejados de aplicar. La aplicación incorrecta, específica, se refiere a una sentencia, y la falta de aplicación, a otra.

Manifiesta que deja así demostrada la violación de estas dos normas “por indebida interpretación y aplicación incorrecta al litigio”. Y, añade, “la contenida en el artículo 4º del C. de P.C....”.

Dice a continuación que la sentencia violó, por no haberlos aplicado, “el artículo 1° de la Ley 45 de 1936, y el artículo 6° inciso 1° y numerales 4°, 5°, 6° y el artículo 9° de la Ley 75 de 1968”. Que también dejó de aplicar el artículo 5° de la Ley 153 de 1887, “en cuanto consagra el criterio de ‘la equidad natural’ para fijar el pensamiento del legislador en casos como el que se debate en este proceso...”. E, igualmente, el artículo 8° de la misma Ley 153.

Que “estas dos violaciones condujeron a la de los artículos 332 y 380 numeral 9° y aquéllas y éstas a la de los artículos citados de la Ley 45 de 1936 y Ley 75 de 1968”.

Que dejó de aplicar el artículo 1° del Decreto-ley 1260 de 1970 y los artículos 15, 16 y 406 del C.C. puesto que el pronunciamiento del Tribunal equivale a “imponer la extinción del derecho a que se declare la filiación paterna del demandante, por haber estado paralizado durante esos 20 años el proceso por causa del desistimiento declarado nulo por la Corte Suprema”.

Desde el anterior punto de vista, argumenta, “se violaron también el artículo 2512 del C. Civil y el artículo 2° de la Ley 50 de 1936 y los artículos 2535 inciso primero, 2536, 2538 y 1326 del C. Civil”.

Concluye con que, como lo expresó la Corte, en el proceso de Cali, “No es admisible sostener que si bien el estado civil es imprescriptible, un acto de disposición ilegal y nulo de dicho estado imprescriptible y fuera del comercio puede llegar a adquirir firmeza por vía de prescripción”, y añade que “ahora debe decirse que por la vía de la cosa juzgada del proceso adelantado colusivamente para burlar el estado civil del demandante, no puede extinguirse su filiación”.

Segundo cargo

Lo denomina el recurrente “violación indirecta de normas sustanciales, como resultado de errores de derecho en la apreciación de la prueba de la cosa juzgada (causal primera)”.

Empieza aquél doliéndose de que, no obstante haberle pedido al juez que a éste se allegara la reproducción de todo el proceso que él denomina “colusivo”, esas copias quedaron limitadas a la demanda y su sentencia, por lo que a su vez, “quedaron incompletas para poderseles dar el carácter de prueba de lo ocurrido en el proceso donde se produjo la sentencia que allí figura... consentida por los dos abogados que se suponía que debían defender cada uno a su respectivo poderdante, de manera que se pudiera considerar probada la excepción de cosa juzgada...”, produciéndose así “el error de derecho en la apreciación del mérito probatorio de esas copias mutiladas...”.

Argumenta que para que pueda probarse la existencia de una sentencia que produzca cosa juzgada frente a una demanda mediante la cual se inició el proceso, es necesario que se demuestre, no sólo la presentación de la demanda que inició el proceso donde se alega haberse producido esa cosa juzgada, sino también: la admisión de la demanda; la notificación del auto admisorio al demandante y al demandado; la contestación de la demanda. Además, probarse que la sentencia se profirió sin premitir los trámites de la instancia respectiva, trámites que enumera a renglón seguido.

Este paso del cargo lo remata argumentando que sólo con esas copias se puede saber si hay una cosa juzgada producida por un proceso legalmente iniciado, con una legal configuración de la *litis contestatio*, tramitado legalmente y la sentencia proferida en los mismos términos, y además, “que las partes del nuevo proceso lo fueron del anterior donde se produjo la sentencia que se alega conforme la cosa juzgada y tuvieron la oportunidad de haber sido oídos y vencidos en ese proceso”.

Que esas copias eran mucho más necesarias en un caso como este “en que la parte demandante venía reclamando que la supuesta cosa juzgada no existía porque el proceso donde se supone que se había producido había sido fraudulento y colusivo y en realidad el demandante de ambos procesos no había tenido una real oportunidad de defenderse y hacer valer sus derechos, en el que se había tramitado colusivamente en un lapso que por sí mismo demuestra una colusión y la complacencia dolosa del juez que lo tramitó en esa primera instancia que se convirtió en la única por el consentimiento expreso doloso de los dos apoderados a esa sentencia y la renuncia al término de su ejecutoria y la renuncia anterior al término para practicar pruebas y a los traslados para alegar por lo que no se presentaron alegatos”.

Expone después que sólo obran copias de la simple demanda y de la simple sentencia, no habiéndose probado las otras actuaciones que enumera, de todo lo cual infiere que cuando el Tribunal, a esas copias incompletas les dio pleno valor probatorio de la existencia de la cosa juzgada, violó los siguientes textos del Código de Procedimiento Civil: artículo 252, que exige que, en tratándose de copias, se reproduzca todo el documento, lo que, para los efectos de la cosa juzgada, quiere decir que las copias comprendan las actuaciones previas a la sentencia, que enumera. Artículo 254, que se refiere a las copias del documento completo, artículo 258, que, cuando habla de la indivisibilidad del documento, también exige que se presente completo. Artículo 263, que también contempla una hipótesis de documento completo. Artículo 264 que, al señalar el alcance probatorio del documento público, exige se presente con inclusión de la fecha, su otorgamiento y todas las declaraciones que contiene. Artículos 268 y 279, normas que dejaron de ser aplicadas correctamente. Los artículos 332 y 380-9 que exigen la prueba completa de los actos del proceso anterior que contengan la cosa juzgada y no solamente de la sentencia, la que por sí sola no demuestra la identidad del objeto, de la *causa petendi* y de los sujetos jurídicamente considerados. Estos artículos también se violaron al no reconocer el Tribunal que la sentencia de la Corte del 13 de julio de 1981 contiene la cosa juzgada respecto a que el demandante “tiene derecho a que se resuelva de fondo o mérito sobre si ha probado o no la calidad de hijo del señor Marco Tulio Cadavid...”, pues allí, reiterando lo expuesto en otra oportunidad, se dijo que la declaratoria de nulidad del desistimiento traía como consecuencia natural y obvia el que se resolviera la controversia suscitada en el proceso revivido, lo que significa “decidir de fondo o mérito el litigio, y como lo recuerda la misma sentencia de julio de 1981... ‘sin que ni prescripción ni fallo alguno entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse en frente de la pretensión de quien, como en este caso, quiera hacerse aparecer como verdadero hijo del padre demandado’”, pues lo prohíbe el artículo 406 del C.C. dejado de aplicar por el Tribunal.

De lo anterior deduce el recurrente que “ningún fallo pronunciado en otro proceso entre cualesquiera otras personas distintas del padre Marco Tulio Cadavid, y

por tanto en proceso entre Marco Tulio Cadavid y la viuda de Marco Tulio Cadavid, puede impedir que se declare si aquél es o no el 'verdadero hijo del padre demandado' en este proceso o sea de Marco Tulio Cadavid...", lo que quiere decir, continúa exponiendo el censor, "que no procede oponer como cosa juzgada la sentencia proferida en el proceso de 1973, para impedir que se declare a Marco Tulio Orozco como verdadero hijo de Marco Tulio Cadavid...".

Así, pues, se violaron las siguientes normas por falta de aplicación, la que el recurrente explica: los artículos 1º de la Ley 45 de 1936, 6º inciso 1º y numerales 4º, 5º y 6º y 9º de la Ley 75 de 1968; los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887; el artículo 4º del C. de P.C., el artículo 406 del C.C.

Tercer cargo

Lo coloca el recurrente dentro de la violación directa de normas sustanciales.

Sostiene en él que al declarar la sentencia impugnada la excepción de cosa juzgada, para enervar las pretensiones del demandante y abstenerse de resolver sobre ellas, en razón de la sentencia proferida en 1973 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, no obstante todas las circunstancias que el propio recurrente anota, el Tribunal violó directamente las siguientes normas sustanciales:

Los artículos 332 y 380, numeral 9º, del C. de P.C., que se aplicaron "con interpretación errónea e indebida, haciéndoles producir efectos jurídicos que no contienen".

El artículo 406 del C.C. dejado de aplicar, texto que complementa los artículos ya citados "en el sentido de que cuando un proceso versa sobre la verdadera paternidad del hijo, frente a su padre, no se puede oponer la excepción de cosa juzgada contenida en sentencia proferida en otro proceso contra cualquiera otra persona, como por ejemplo la viuda del verdadero padre...", como lo dijo la Corte en su sentencia del 13 de julio de 1981.

La violación del artículo 406 hace que por ella sola resulten violados los artículos 332 y 380, numeral 9º del C. de P.C., "al deducir de ellos el Tribunal la excepción de cosa juzgada frente a la sentencia que debió dictarse de mérito o fondo en este actual proceso revivido...". Violación de estas tres normas que se hace más patente, "porque resultaba imperativo darle esa correcta aplicación al artículo 406 del C. Civil...". Hay, en cambio, una cosa juzgada en la sentencia de la Corte de julio de 1981, "que otorga al demandante... el derecho de que se le declare hijo de su verdadero padre Marco Tulio Cadavid, habiendo prueba suficiente que así lo acredita en este proceso revivido...", cosa juzgada que el Tribunal desconoció para declarar, en cambio, la inexistencia de la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira de 1973.

Que, entonces, "por punta y punta" se incurrió en la violación de los citados textos legales.

Los artículos 1º de la Ley 45 de 1936, 6º, inciso 1º y numerales 4º, 5º y 6º y artículo 9º de la Ley 75 de 1968, dejados de aplicar por la sentencia recurrida. Consagran dice el recurrente, "el derecho sustancial del demandante a obtener la

declaración judicial de su estado civil de hijo extramatrimonial... mediante sentencia de fondo o mérito...”.

El artículo 5º de la Ley 153 de 1887, violado por falta de aplicación, pues en este caso especialísimo no se tuvo en cuenta el criterio de equidad natural allí establecido.

El artículo 8º de la antecitada Ley 153, igualmente quebrantado por falta de aplicación, “pues obliga a aplicar al caso de este proceso, que no se contempla en los artículos citados del C. de P.C. que regulan la cosa juzgada, ‘la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho’, entre las cuales están las de la equidad, la igualdad de las partes, la tutela de los derechos sustanciales discutidos...”.

El artículo 4º del C. de P.C. también violado por no haberse aplicado, pues él ordena “interpretar las normas de ese código y por tanto las que regulan la cosa juzgada, de manera que se tutelen los derechos sustanciales que se hacen valer en el proceso, pues la interpretación que les dio la Sala del Tribunal a esos textos sobre cosa juzgada, conduce a desconocer los derechos del verdadero hijo que debía tutelar y que reconoció la sentencia de la honorable Sala de Casación Civil, de 1981, que declaró la nulidad del desistimiento de este proceso y ordenó la reanudación para que se resolviera en el fondo sobre su condición de hijo...”.

Esa interpretación, remata el recurrente, violó el artículo 406 del C. Civil en la forma que antes lo expuso, “ya que éste consagra una excepción al principio general de la cosa juzgada que consagran los mal interpretados por la Sala del Tribunal artículos del C. de P.C. citados...”.

SE CONSIDERA

El artículo 332 del C. de P.C. en los apartes que tocan con el presente caso, reza del siguiente modo:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entrambos procesos haya identidad jurídica de partes.

“Se entiende que hay identidad jurídica de partes, cuando las del segundo proceso son sucesores mortis causa de las que figuraron en el primero...”.

“.....

“Los efectos de la cosa juzgada en procesos en que se ventilen cuestiones relativas al estado civil de las personas, se regularán por lo dispuesto en el Código Civil y leyes complementarias.

“.....

“La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión”.

Aun cuando la sentencia, una vez ejecutoriada, se torna en inimpugnable, es lo cierto que, por lo que se desprende del artículo anterior, los efectos que la cosa juzgada le adscribe a la misma no están orientados hacia el interior del proceso en el que ella se ha proferido, sino hacia el exterior, y, con mayor exactitud, hacia la eliminación de la

posibilidad de que se vuelva a discutir el asunto que ya ha sido materia de una decisión jurisdiccional. Así, pues, la cosa juzgada es institución que se explica y se justifica cuando se coloca la sentencia en la perspectiva acabada de mencionar, o sea, ante la contingencia de que surja un nuevo proceso en el que las partes del anterior, pretendan plantear la misma controversia. Como tantas veces ha sido dicho, ello lo impide la cosa juzgada porque, tratado el problema de otra manera, los litigios se prolongarían de manera indefinida con gravísimo detrimento de la certidumbre que debe caracterizar a las relaciones jurídicas. Es, entonces, la seguridad la que, en definitiva, le brinda el indispensable soporte a los efectos propios de la cosa juzgada, efectos que, quintaesenciados, pueden describirse por medio de un solo pero significativo concepto, a saber, el de la inmutabilidad de la sentencia.

Acorde con lo que establece el artículo 332 en su inciso final, esa inmutabilidad no tiene sino una excepción, por lo demás rigurosa y precisa; la del recurso extraordinario de revisión, que permite volver sobre lo decidido, dentro de los términos especificados en el artículo 381 del C. de P.C. y por las causales previstas en el artículo 380 ibidem. De rebote, esto entraña que lo que debe ser materia del recurso de revisión, como excepción que es a la cosa juzgada, no puede ser planteado dentro del proceso en el que la sentencia ha sido aportada con miras a que se la tenga como constitutiva de la cosa juzgada.

De las reflexiones precedentes derivanse las siguientes consecuencias:

Intentado un nuevo proceso entre las mismas partes del anterior, por igual objeto y con idéntica causa petendi, el camino a seguir para que la cosa juzgada produzca los resultados que le son característicos, es el de la declaratoria de la respectiva excepción, sea por iniciativa del demandado, sea por la propia del juzgador (artículos 92, 97 y 306 C. de P.C.).

Cabe por consiguiente, preguntar: con el propósito de declarar la excepción de cosa juzgada, ¿qué es lo que el sentenciador debe tomar en cuenta?

La Corte, en sentencia del 24 de abril de 1984 (C.J. T. CLXXVI, pp. 145 y ss.), expuso lo siguiente, que bien sirve de guía para despejar el interrogante anterior:

“Sucedee, 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 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 decudir 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”.

Puntualizando en qué consiste cada uno de ellos, la misma sentencia añade a continuación:

“La eadem conditio personarum... 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 (artículo 17 C.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...

“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... se concreta en el motivo o fundamento inmediato del cual una parte deriva su pretensión deducida en el proceso”.

Y concluye: “El planteamiento nuevo de determinadas cuestiones, y las futuras decisiones acerca de estos puntos específicos, solamente estarán excluidos en cuanto tenga por resultado hacer nugatorio o disminuir de cualquier manera el derecho tutelado en la sentencia precedente”.

La jurisprudencia anterior desarrolla con precisión el sentido del artículo 332 en tanto que éste traza el acotamiento de la cosa juzgada.

Puntualizado lo anterior, es pertinente afirmar a continuación que cuando el sentenciador, dentro del segundo proceso, debe investigar acerca de si se configura o no la cosa juzgada, ha de acometer tal labor teniendo por delante los mencionados límites objetivos y subjetivos. A este propósito debe contar, como es obvio, con la sentencia del proceso anterior, con la demanda incoactiva del mismo, con la respuesta que a ésta se le hubiese dado, así como con los demás elementos que, acorde con las circunstancias peculiares de cada caso, se precisen para dar por establecidas las identidades procesales analizadas en la sentencia antes citada. Esa tarea, claro está, debe emprenderse con un compás exacto, pues ni puede dejarse más acá de esos límites, ni tampoco excederlos, ya que en cualquiera de las dos hipótesis se corre el peligro de que la cosa juzgada venga a ser desconocida: en el primer caso porque, por no llevarse a cabo una investigación completa, no se admita la existencia de aquélla o se la declare cuando no corresponde. Y en el segundo porque al extenderse el examen a aspectos diferentes de los que marcan los hitos identificadores de la cosa juzgada, ésta resulta desvirtuada por aquellos factores que, con arreglo a la ley, no deben tener ningún influjo en la delineación de su fisonomía. Amén de que si dichos aspectos tocan de alguna manera con las causales de revisión enumeradas en el artículo 380 del C. de P.C., el fallador aparecería haciendo tabla rasa de los trámites propios de ese recurso y, eventualmente, de la competencia para despacharlo.

Como un complemento decisivo de lo expuesto, resulta apropiado esclarecer qué es lo que se debe entender por “nuevo proceso”, o “segundo proceso”, tal como lo determina el artículo 332 del C. de P.C. ¿Deben esos términos ser tomados al pie de la letra, y, en consecuencia, debe haber finalizado un proceso y luego comenzado otro para que dentro de éste, como segundo o nuevo proceso, se pueda, de modo exclusivo, hacer valer la cosa juzgada de la sentencia dictada dentro del anterior siendo entendido que éste fue primero? O, por el contrario, en vista de las peculiares circunstancias que ofrece el caso sub iudice, ¿será posible hacer valer dentro del primer proceso la sentencia que se profiera dentro del segundo, habida cuenta de haber culminado ésta en primer término?

Estima la Sala que, con base en una de las finalidades primordiales perseguidas por la cosa juzgada cual es evitar decisiones contradictorias, ninguna incidencia tiene sobre el punto el orden cronométrico en el que se hubieren adelantado los procesos. Haríase irrita el propósito acabado de apuntar si se admitiese que la res judicata tan sólo tiene eficacia en relación con la sentencia emitida dentro de un primer proceso considerado en el plano temporal, pero no con respecto a la que, dictada dentro del segundo, se pretende hacer valer en el antecedente que todavía no ha concluido.

Al lado de lo anotado, se ha de observar que por ser la cosa juzgada una institución cuyos efectos irradian dentro de un esquema comparativo de dos procesos, el sentido exacto de los vocablos “nuevo proceso” o “segundo proceso”, aflora es a partir de una sentencia en firme, la que se confronta con el proceso pendiente de decisión. Entonces, como en este fallo aún no ha sido proferido, es “segundo” o “nuevo” en relación con aquel que ya culminó con la sentencia cuya autoridad de cosa juzgada, por ende, se pone de presente.

Redondeando la idea anterior, no sobra decir qué proceso con sentencia ejecutoriada es proceso terminado o finalizado y, en tal virtud, proceso anterior; desde el punto de vista de las reglas del conocimiento, las cosas no pueden ser de otra manera. En cambio, proceso en el que todavía no se ha dictado sentencia, es proceso vigente, en curso; o sea, “nuevo” o “segundo” proceso.

Es necesario aludir ahora a la extensión de los efectos de la cosa juzgada. En esta materia, la regla general establecida por el artículo 332, reside en la relatividad de los mismos, o sea, que esos efectos sólo se extienden a quienes han sido partes del respectivo proceso, dejando en claro que dentro del concepto de partes quedan incluidas todas aquellas personas que enumera el inciso 2º del citado precepto.

Excepciones a ese principio de la relatividad de los efectos de la cosa juzgada son las dos de los incisos 3º y 4º del mismo artículo 332.

El inciso 4º, dicese otra vez, prescribe que “los efectos de la cosa juzgada en procesos en que se ventilen cuestiones relativas al estado civil de las personas, se regularán por lo dispuesto en el Código Civil y leyes complementarias”.

Cree la Sala que, para lo que al presente caso interesa, no es indispensable acometer el examen de la totalidad del problema de la extensión de los efectos de la cosa juzgada en las sentencias concernientes al estado civil, puesto que en la especie de esta litis tal problema tiene una manifestación reducida a uno solo de sus aspectos. Este aspecto reside en la determinación del sentido que le compete al artículo 406 del C.C. cuyo tenor es como sigue:

“Ni prescripción ni fello alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre, del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que lo desconoce”.

Como al primer golpe de vista se capta, en esa norma están comprendidos dos puntos: uno, el de la imprescriptibilidad de las acciones de estado civil; y otro, el de la inoponibilidad del fallo que en esa materia se hubiere proferido, a quien ostente la condición de verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o de verdadero hijo del padre o madre que lo desconoce. Inoponibilidad que, es oportuno observarla,

representa una excepción al valor erga omnes que, con determinados condicionamientos, se le confiere a los fallos atañedores al estado civil.

En relación con ese mismo punto, la doctrina, con acierto, ha dicho que "es muy importante recordar que el fallo no es oponible, en ningún tiempo, aun en el caso de haberse pronunciado contra legítimo contradictor, 'a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que lo desconoce', cuando dicho interesado no ha sido parte en el proceso; es decir, si quien figuró como legítimo contradictor no lo era en efecto. Pero a quien fue vencido en el proceso no le es dable desconocer la sentencia con ningún pretexto..." Y agrega la Sala, tiene que ser como queda expresado porque, planteada la cuestión en otros términos, éstos conducirían al desconocimiento de la cosa juzgada, nada menos que en favor de quien ha sido parte del proceso.

Expuesto, todo lo que ha quedado consignado, es tempestivo entrar a determinar, con base en ello, cuál sea la repercusión que en este asunto tengan las sentencias dictadas, una por la Corte Suprema de Justicia el 13 de julio de 1981, y otra por el Juzgado 1° Civil del Circuito de Pereira, el 7 de marzo de 1973. Aquella, como se sabe, a vuelta de casar la emitida por el Tribunal Superior de Cali, rechazó las excepciones de prescripción propuestas y alegadas por la parte demandada; declaró la nulidad absoluta del desistimiento de la pretensión de filiación natural enderezada contra Marco Tulio Cadavid, desistimiento que hiciera Marco Tulio Orozco, y en consecuencia, ordenó que el proceso continuara su curso como si tal acto no hubiera ocurrido. La otra, la del juzgado, denegó la pretensión de filiación natural de Marco Tulio Cadavid que, en frente de la señora Clemencia Botero vda. de Cadavid, había instaurado el aquí demandante.

En lo que respecta a la sentencia de la Corte, concluye la Sala que ya ha producido todos los efectos que estaba llamada a cumplir, puesto que, como resultado de la declaratoria de invalidez del desistimiento, este proceso ha continuado su curso como si tal acto no hubiese existido, sin que allí se dijera, porque no podía hacerlo, como se debía decidir en la sentencia con que se finaliza la respectiva instancia.

Sin embargo, el recurrente en casación estima que estos efectos van más allá. Sostiene él que, por razón de ese fallo, Marco Tulio Orozco tiene derecho a que se resuelva de fondo o mérito su pretensión. Este planteamiento lo desarrolla en el primer cargo al aducir que el Tribunal cayó en error de hecho cuando interpretó la sentencia de la Corte pues en ella su autora, sin embargo de haber conocido la sentencia de 1973, consideró de modo implícito que ésta no impedía juzgar en el fondo la pretensión incoada en 1951. En el segundo cargo, no obstante que él se funda en un error de derecho cometido por el *ad quem* al apreciar las pruebas con las cuales encontró probada la sentencia del Juzgado 1° Civil del Circuito de Pereira, trae a cuento algunos párrafos de la sentencia de la Corte que, en su sentir, le confieren asidero a su punto de vista. Y en el tercero, planteado por la vía directa, vuelve sobre lo mismo cuando explica la violación de los artículos 332 y 380-9 del C. de P.C. y del artículo 406 del C.C.

La sentencia de la Corte no dijo lo que ahora le atribuye la censura.

El que, en aquella oportunidad la Corte hubiere tenido ante sí la sentencia de 1973, y a su pesar, hubiere dispuesto la revivificación de este proceso, es algo de lo que no es derivable la consecuencia que ahora pretende el recurrente porque, como salta a la vista, ningún cargo se propuso a la sazón con base en ese fallo.

De otro lado, el que la Corte en la oportunidad a la que se alude, reiterando una jurisprudencia anterior en el mismo sentido, manifestara que la consecuencia de la nulidad del desistimiento era la de resolver la controversia suscitada en el proceso revivido, es un punto que dista mucho de admitir como única exégesis acogible la que sugiere el recurrente. De hecho, una controversia se resuelve o se desata, no sólo cuando se provee en el fondo sobre las pretensiones del demandante, para estimarlas o desestimarlas, sino también cuando a las mismas se las tiene como enervadas en virtud de la prosperidad de una excepción. No parece que nadie se atreviera a decir que en esta última hipótesis la controversia no ha quedado resuelta, pues si no es así, tampoco se sabría entonces qué sería lo que habría pasado.

Además, si bien la Corte aludió al artículo 406 del C. C., no lo hizo por el aspecto que ahora busca destacar el recurrente —el de la inoponibilidad del fallo—, sino por el de la imprescriptibilidad de las acciones concernientes al estado civil, aserto éste que resulta confirmado con elocuencia al notar cómo se declararon no probadas las excepciones de prescripción que la demandada había propuesto.

No cometió, pues, el Tribunal ningún error de hecho al interpretar la sentencia materia de los precedentes comentarios.

Menos todavía incurrió en la violación de los artículos 332 y 380-9 del C. de P.C. y 406 del C.C., por los aspectos que, en relación con el mismo fallo, denuncia el recurrente. Del artículo 332 no es posible deducir, bajo ningún supuesto, que los efectos de la cosa juzgada se pueden extremar hasta sostener que una sentencia posee la virtualidad suficiente para determinar que otro proceso, así sea entre las mismas partes y tocante con un asunto íntimamente vinculado con el que ha sido objeto del pronunciamiento, debe ser fallado de fondo, y en forma estimatoria, y, lo que es más grave, con prescindencia de una determinada decisión en donde la cuestión ya ha sido calificada.

El numeral 9º del artículo 380 es una de las causales de revisión de las sentencias, y en tal virtud, ningún papel está llamado a desempeñar en casos como el presente.

Y el artículo 406 del C.C. tampoco resulta vulnerado por la potísima razón consistente en que quien aquí dice ser el verdadero hijo ha de ser parte, como demandante, en los tres procesos que sobre su estado civil (directamente en dos e indirectamente en otro) ha adelantado.

Por lo que tiene que ver con la sentencia del Juzgado 1º Civil del Circuito de Pereira, datada el 7 de marzo de 1973, con fundamento en la cual el Tribunal declaró probada la excepción de cosa juzgada, el recurrente, en el primer cargo, asevera que no se le puede atribuir tal calidad con respecto a este proceso porque, a términos de los artículos 332 y 380-9 del C. de P.C., el proceso donde ella se emitió no es segundo con relación al actual, iniciado en 1951. Otro tanto manifiesta en el cargo tercero. Y

en el segundo, le endilga al Tribunal un error de derecho en la apreciación de las pruebas que, a su juicio, le sirvieron al Tribunal para encontrar demostrada la cosa juzgada, ya que, afirma, en el expediente sólo obran las copias de “la simple demanda” y de “la simple sentencia”, lo que era insuficiente.

Comenzando por esto último, es de observarse que en el expediente obran copias de las siguientes piezas tomadas del proceso adelantado ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Pereira:

a) Del poder conferido por Marco Tulio Orozco y de la demanda presentada a nombre del mismo (fls. 9, 14 y 15, cdno. número 14);

b) Del auto admisorio de la demanda (fl. 17 ib.);

c) Del poder conferido por la cónyuge supérstite, del reconocimiento de la personería, de la notificación del auto admisorio, y de la respuesta a la demanda (fls. 9 a 22 ib.);

d) De las renunciaciones de términos cumplidas por los apoderados (fls. 24 a 26 ib.);

e) De la sentencia donde se niegan las pretensiones del demandante y de su notificación personal a los apoderados de las partes (fls. 27 a 29 ib.).

El Tribunal, en auto que data del 22 de julio de 1982 (fl. 54 ib.), ordenó, de oficio, tener esas copias como prueba. Luego, riñe con la evidencia procesal el argumento consistente en que se estaba ante “copias mutiladas”.

Por lo demás, es incuestionable que en este caso hubiera bastado con las copias de la demanda y de la sentencia del proceso anterior, para dar por establecidas con el actual las identidades procesales señaladas en el artículo 332, máxime cuando éste fue continuado con la señora Botero vda. de Cadavid como heredera del presunto padre inicialmente demandado.

En consecuencia, no existió el error de derecho que en el segundo cargo se le adjudica al Tribunal.

De otro lado y retomando algo que atrás se expuso, la existencia de la cosa juzgada no es supeditable a que la sentencia a la que dicha calidad se le adscribe, tenga que ser dictada en un proceso iniciado y *terminado* antes que aquel en el que esa sentencia se pretende utilizar con la autoridad señalada. No es ese el sentido que le incumbe al artículo 332 del C. de P.C., pues él evidenciaría una concepción asaz reducida y, por lo mismo, desnaturalizadora de la cosa juzgada. Ese sentido, en el punto, quedó fijado atrás. Lo expuesto en torno al aspecto anterior lo ha sido situando la cuestión dentro del terreno en el que el propio recurrente la ha planteado. Porque lo cierto es que éste ha hecho, en toda su argumentación, caso omiso del inciso final del artículo 305 del C. de P.C. que dice:

“En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el que verse el proceso, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que haya probado oportunamente y alegado antes de la sentencia o que la ley permita considerarlo de oficio”.

A la luz del precepto referido, resulta incuestionable que el juez de este proceso, teniendo ante sí la sentencia del Juzgado 1° Civil del Circuito, fechada el 7 de marzo de 1973, en la que se desestimó la pretensión de filiación natural del aquí demandante, en frente de los herederos de Marco Tulio Cadavid, no podía menos de declarar probada la excepción de cosa juzgada, como hecho extintivo del derecho sustancial del actor, acaecido después de la introducción de la demanda con la que se inició el litigio que ahora culmina.

Cabe, por consiguiente, concluir, de modo general, que el Tribunal no aplicó indebidamente el artículo 332 del C. de P.C., ni el ordinal 9° del artículo 380 ib., en tanto que con éste se pretende ilustrar el sentido del precepto anterior. En tal virtud, el Tribunal no tenía por qué aplicar el artículo 406 del C.C., ni las restantes normas que, bajo la modalidad de falta de aplicación, el recurrente invoca en los tres cargos. De hecho, ninguna influencia tenían en este caso los artículos 5° y 8° de la Ley 153 de 1887 porque, en lo que respecta al artículo 8°, el caso encaja con nitidez dentro de las previsiones de una norma (artículo 332, C. de P.C.); y en lo que atañe al artículo 5°, el Tribunal le dio a los preceptos que gobiernan el caso el alcance que merecen dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional. En el debate tampoco juega ningún papel el artículo 4° del C. de P.C., puesto que no se trata aquí de interpretar normas procesales: el artículo 332, piedra angular de la decisión impugnada en casación, tiene carácter sustancial, conforme lo ha expuesto en otras ocasiones esta Corporación y lo acepta el mismo recurrente al invocar su violación con apoyo en la causal primera de casación.

No se ha ocupado la Sala de la colusión que el recurrente le enrostra a la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, soporte de la excepción de cosa juzgada que el Tribunal halló configurada, porque, en relación con la misma, no se propuso ningún ataque en la demanda de casación, lo que quiere decir que cualquier comentario al respecto hubiera estado enteramente fuera de lugar.

No prosperan los cargos.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Civil–, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 15 de diciembre de 1986, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en este proceso ordinario instaurado por el señor Marco Tulio Crozco en frente del señor Marco Tulio Cadavid J., hoy la señora Clemencia Botero de Cadavid.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

Héctor Martín Naranjo, José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Peñrc Lafont Pianetta, Alberto Ospina Botero.

CASACION/INCONSONANCIA

Cuando de incongruencia negativa se trata, para que se configure se requiere que se haya dejado de resolver una cuestión esencial, por olvido o inadvertencia; no ocurre cuando hay pronunciamiento expreso en el sentido de que una determinada cuestión litigada no debe o no puede ser objeto de resolución, pues esto implica una verdadera decisión. En guarda del postulado de la congruencia las decisiones expresas no son siempre necesarias, si ellas van necesariamente implícitas en otras que sí se expresan.

F.F. artículo 368-2 del C. de P.C.

SOCIEDAD DE HECHO - Entre herederos

Amplio estudio de las sociedades de hecho. Modalidades en las que suelen presentarse y que se deben tener en cuenta para efectos de la prueba de su existencia. Noción de los llamados hechos asociantes. La sociedad que surge de los hechos debe reunir en su integridad los elementos esenciales de las sociedades regulares, con excepción de las formalidades que fueren prescritas por la ley. Exigencias que deben demostrarse para colegir el consentimiento implícito. Para que la simple comunidad existente entre herederos se transforme en sociedad se requiere que éstos adopten la decisión de explotar en común los bienes heredados, que tengan la voluntad de asociarse.

F.F. artículo 2083 del C. Civil.

Igual sentido: S. 30 de noviembre 1935 XLII Nos. 1901 y 1902, 479. XCIX Nos. 2256 a 2259 pág. 70. LXXVIII No. 2145 pág. 254
S. 19 de diciembre 1925 XXXII, 205. G.J. No. 2002, pág. 306

VIOLACION INDIRECTA

No permite sacar nuevas conclusiones empíricas distintas de aquéllas a que llegó el Tribunal. Sólo se presenta el error de hecho manifiesto o evidente

cuando la única apreciación acertada sea la sustitutiva que se propone, una vez acreditada la falta. Es indispensable que la cuestión de hecho no sea dudosa.

F.F. artículo 368-1 del C. de P. C.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: *José Alejandro Bonivento Fernández.*

Bogotá, D. E., veintitrés (23) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 22 de mayo de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía adelantado por Georgina, Inés, Marcial y Marino Viveros Bolaños, Elmira Viveros de Peñuela, Floralba Viveros de Chamorro, Julio Miguel Viveros Ordóñez, Enrique Aníbal Viveros Ordóñez y Teresita Viveros de Salas contra Olga Marina, Hilda Teresa, Ana Julia, Guillermo Miguel y Carlos Víctor Viveros Astudillo.

I. EL LITIGIO

1. Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ipiales y actuando a través de mandatario judicial especialmente constituido para el efecto, con fecha 15 de octubre de 1982 los cinco hermanos que sobrevivieron a Pastor Viveros Bolaños —es decir, Georgina, Inés, Elmira, Marcial y Marino Viveros Bolaños— junto con los hijos de Julio R. Viveros Bolaños (Floralba Viveros de Chamorro, Teresita Viveros de Salas, Enrique Aníbal y Julio Miguel Viveros Ordóñez) quien había fallecido con anterioridad, todos mayores de edad y residenciados en las ciudades de Pasto, Cali y Bogotá, entablaron demanda ordinaria contra los herederos judicialmente reconocidos del citado Pastor Viveros Bolaños, calidad con la cual se determinó en el libelo a Olga Marina, Hilda Teresa, Ana Julia, Guillermo, Miguel y Carlos Víctor Viveros Astudillo, para que previos los trámites procedimentales de rigor, en sentencia de mérito y con autoridad de cosa juzgada se hagan los siguientes pronunciamientos:

Que se declare que entre los demandantes y los demandados existe una sociedad de hecho, formada inicialmente por los siete (7) hermanos Viveros Bolaños, mediante el aporte por cada uno de los asociados de los derechos y de la posesión material que tenían en comunidad sobre el inmueble ubicado en las calle 17 entre carreras 5ª y 6ª de la ciudad de Ipiales, así como también del trabajo conjunto de todos ellos, sociedad cuyo objeto fue y ha sido la explotación de la actividad comercial en todos sus aspectos, con el fin de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas resultantes de la especulación comercial conocida con el nombre de “Paviveros”.

Que en consonancia con lo anterior, se declare que el patrimonio de la citada sociedad está integrado de acuerdo con el siguiente inventario de bienes y haberes: a) El edificio situado en la carrera 6ª No. 16-90/98 de la ciudad de Ipiales donde funcionan el hotel y el almacén llamados “Pasviveros”; b) El inmueble ubicado en la misma localidad, distinguido en la nomenclatura urbana con los números 5-15 de la calle 17 o 16-90/98 de la carrera 5ª, predio éste en el que se encuentra establecida una estación de servicio para automotores llamada “Estación del Puerto”; c) La estación “Texaco” ubicada en la calle 18 número 2-64 de Ipiales, dedicada a la misma actividad comercial; d) Un bien raíz situado en Ipiales y distinguido con el número 2-31 de la calle 18; e) El edificio denominado “Pasviveros”, integrado por varios apartamentos y un almacén, ubicado en la calle 18 número 17-108, hoy calle 18 número 18-18 de la ciudad de Pasto y, en fin, f) Todos los bienes muebles, mercancías, automotores, etc., incluidos en la actividad comercial denominada “Pasviveros” que en nombre de la sociedad de hecho administraba Pastor Viveros Bolaños, junto con los dineros depositados por éste en los bancos, conforme a los inventarios que para el efecto deberán practicarse.

Que se disponga la liquidación de dicha sociedad y se ordene la distribución del patrimonio social para que cada uno de los socios obtenga la cuota que le corresponde en el haber social “...en la proporción legal correspondiente o, en subsidio, en la señalada por el propio causante Pastor Viveros Bolaños...”.

Finalmente, que se ordene el registro de la sentencia y se imponga a la parte demandada la obligación de pagar las costas del proceso.

Como hechos constitutivos de la causa *petendi*, la demanda da cuenta de los siguientes:

(i) En el mes de julio de 1906, Segundo M. Viveros Diago, cónyuge de Lastenia Bolaños y padre de siete hijos habidos de la unión matrimonial con ella, dos fallecidos al momento de presentarse la demanda (Pastor y Julio R. Viveros Bolaños) y los restantes actores en esta causa (Georgina, Inés, Marcial, Elmira y Marino Viveros Bolaños), se hizo a la propiedad de un bien raíz ubicado en Ipiales, hoy en día distinguido en la nomenclatura urbana de esa localidad con los números 16-90/98 de la carrera 6ª y 16-91/99 de la carrera 5ª.

(ii) En el año de 1917 falleció Segundo M. Viveros Diago.

(iii) Hacia 1952, su viuda y los siete hijos resolvieron, “...de común acuerdo...”, explotar económicamente el predio señalado en el punto primero “...que poseían todos ellos en común, aportando cada uno su derecho de posesión en dicho inmueble para formar una empresa comercial...”, empresa ésta a cuyo frente “...se puso al señor Pastor Viveros Bolaños...” quien con su esfuerzo y constante labor, “...unidos a la colaboración de sus hermanos...” estableció allí una estación de servicio para automotores denominada “Estación del Puerto”, levantando luego, “...el mismo Pastor Viveros con la ayuda de sus hermanos...” y sobre la parte restante del globo de terreno, una edificación conocida como “Pasviveros” donde funciona un hotel que lleva ese nombre y un establecimiento comercial –almacén– en el que se venden automotores, llantas, repuestos y otros elementos.

(iv) Muertos Lastenia Bolaños v. de Viveros, en 1966, y posteriormente Julio R. Viveros Bolaños, "...la empresa siguió funcionando como sociedad de hecho" entre los seis hermanos y los descendientes legítimos del citado Julio R. Viveros, aumentando significativamente sus haberes patrimoniales y es así como al momento de entablarse la acción, los bienes que forman el activo de esa sociedad son los que quedaron individualizados al reseñar las pretensiones objeto de la demanda.

(v) Acerca de la organización operativa de la empresa con referencia, dicen textualmente los demandantes: "...Dados su temperamento fuerte y su carácter autoritario don Pastor Viveros siempre manejó a su antojo y con absoluta autonomía, no sólo los bienes de su exclusiva propiedad sino también el patrimonio de la sociedad, constituido por los bienes relacionados en el hecho anterior, aunque nunca negó ante propios y extraños que con relación a estos últimos bienes apenas tenía el carácter de administrador (...) el capital de la sociedad formado inicialmente con los aportes y con las personas de que trata el hecho 3º de esta demanda fue creciendo y aumentando en la forma indicada en el hecho 4º, debido a la extraordinaria habilidad para los negocios, propia de don Pastor Viveros, a su constante esfuerzo y tesonera labor y a la no menos importante ayuda y colaboración de los demás socios, pues mientras el primero dirigía personalmente la empresa, doña Georgina hacía parte de los asuntos importantes de la misma, prestando su asesoría y consejo; doña Inés y doña Elmira confeccionaban directamente la ropa de cama, mantelería, cortinas y demás elementos necesarios para la dotación del Hotel 'Pasviveros'; don Marcial conseguía y facilitaba dinero para invertirlo en los negocios de la sociedad y trabajaba en Pasto en todo lo relacionado con la compraventa de automotores de dicha sociedad; don Marino era el encargado de adelantar todos los negocios de la empresa que debían realizarse en Bogotá y representar a su hermano Pastor ante las compañías Texas, Chrysler, Autoindustrial e Icollantas para la adquisición en la ciudad capital de los automotores, llantas, repuestos y otros elementos que debían enviarse a los almacenes que la sociedad tenía en Pasto e Ipiales; en cuanto a don Julio, él trabajó hombro a hombro con don Pastor durante la iniciación y desarrollo de los negocios de la sociedad de hecho, y fallecido aquél, sus hijos continuaron laborando en la empresa, prestando servicios en los almacenes y en las estaciones 'El Puerto' y 'Texaco'. Uno de ellos, don Enrique Aníbal, fue personalmente colaborador de su tío Pastor, administró por algún tiempo los negocios de la empresa y sus establecimientos comerciales, y cuando don Pastor, poco tiempo antes de su muerte, emprendió viaje hacia los EE.UU. y el Japón (...) lo acompañó y le prestó su asesoría...", concluyendo con la advertencia de que ninguno de los socios, demandantes en este proceso, retiró nunca beneficios o utilidades producidas por la empresa '...o sociedad de hecho...'. "

(vi) De la existencia de esta sociedad dan razón, fundamentalmente, dos documentos privados cuya autoría corresponde a Pastor Viveros Bolaños, a saber: el primero, un instrumento reconocido ante notario y fechado en Ipiales el 2 de junio de 1981, por virtud del cual se otorga un poder especial a un profesional del derecho para que, en nombre y representación del poderdante, "...efectúe lo concerniente a la legalización de la sociedad de hecho existente entre mis hermanos (...) los herederos legítimos de Julio R. Viveros y el suscrito Pastor Viveros B...", incluyendo luego las instrucciones conducentes para hacer posible el cumplimiento del encargo

y por cuya virtud, al decir del escrito de demanda, queda corroborada en sus detalles la confesión extrajudicial que, acerca de la existencia de la sociedad de hecho que ha de ser declarada en la sentencia, contiene este documento; es el segundo una carta misiva, fechada en Ipiales el 26 de mayo de 1981, dirigida a su hermana Georgina por Pastor Viveros, escrito éste en el cual dice, entre otras cosas, que ha impartido instrucciones a un abogado para "...dar los pasos necesarios para que se realice lo que te prometí respecto de la sociedad con todos ustedes...", afirmación ésta que, en concepto de los demandantes, ratifica cuanto se ha dicho acerca de la relación asociativa que une a los hermanos y a los sobrinos del firmante.

(vii) Por último, el 6 de febrero de 1982, en la ciudad de Bogotá, falleció Pastor Viveros Bolaños y, dentro del proceso mortuario iniciado a raíz de su muerte, fueron reconocidos como herederos, en su carácter de hijos extramatrimoniales del causante, los demandados Olga Marina, Hilda Teresa, Ana Julia, Guillermo Miguel y Carlos Víctor Viveros Astudillo.

2. Admitida a trámite la demanda y creado en legal forma el lazo de instancia, obrando por intermedio de apoderado y en escritos separados, todos los demandados dieron respuesta para negar en lo esencial las circunstancias de hecho invocadas por la parte actora en apoyo de sus pedimentos, manifestando a la vez su voluntad de oponerse a que sean reconocidas en sentencia las pretensiones incoadas y proponiendo, en consecuencia, la que denominaron excepción de "Carencia absoluta de derecho para demandar". Además, dos de ellos (Olga Marina y Guillermo Miguel Viveros Astudillo), al contestar la demanda (v. fls. 181 y 309 del cuaderno 1 del expediente) y de conformidad con el artículo 289 del C. de P. C., pidieron verificar la autenticidad de los documentos que, según quedó apuntado antes y en concepto de provenir del propio Pastor Viveros Bolaños, acompañaron los demandantes para demostrar que la confesión extrajudicial deducida, en efecto se produjo.

3. Luego de numerosas incidencias que condujeron a que la etapa instructoria del proceso se extendiera por espacio de varios años, llegada la oportunidad para hacerlo de acuerdo con el artículo 408 del C. de P. C., y por encontrar que la relación procesal existente se configuró regularmente, así como también que en su desenvolvimiento no se incurrió en irregularidad alguna dotada de virtualidad legal para afectar la validez de lo actuado, mediante sentencia de fecha 19 de diciembre de 1985 el juzgado del conocimiento le puso fin al litigio, en primera instancia, denegando las pretensiones de los demandantes, disponiendo el levantamiento de todas las medidas cautelares decretadas y practicadas, condenando a la parte actora a pagar los perjuicios que por efecto de la acción cautelar ejercitada se hubieren ocasionado a los demandados, imponiendo a aquélla la obligación de pagar las costas del proceso y, en fin, declarando que, a título de sanción y por mandato del artículo 292 del C. de P.C., los demandados Guillermo Miguel y Olga Marina Viveros Astudillo pagarían una multa de \$5.000.00 por no haber prosperado en su favor la cuestión de verificación documental por ellos propuesta.

4. Inconformes con esta decisión, los demandantes interpusieron el recurso de apelación y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, después de surtidos los trámites que indican los artículos 360 y 361 del Código de Procedimiento Civil pues hubo necesidad de ordenar —a instancia de la parte demandada— la práctica de

diligencias de prueba (v. cuad. 18 del expediente), le puso término a la segunda instancia en sentencia de fecha 22 de mayo de 1987 haciendo lugar al recurso de alzada interpuesto, razón por la cual revocó en todas sus partes la sentencia de primer grado, declaró no probadas las excepciones propuestas y reconoció mérito a las pretensiones objeto de la demanda, indicando que la liquidación de la sociedad de hecho cuya existencia quedó establecida habrá de efectuarse una vez adquiera firmeza el fallo, imponiendo a los demandados la obligación de pagar las costas en ambas instancias y condenando a dos de ellos (Olga Marina y Guillermo Miguel Viveros Astudillo) a pagar el 20% del valor de las obligaciones que contienen los documentos tachados de falsos, cuantía que deberá justipreciarse en la forma prevista por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

II. EL FALLO IMPUGNADO Y SU MOTIVACIÓN

1. A vuelta de hacer un pormenorizado recuento de todo lo acontecido en el proceso y puntualizar que los presupuestos para el pronunciamiento de fondo se encuentran satisfechos, comienza el tribunal expresando que siendo materia litigiosa la existencia misma de la sociedad de hecho, el procedimiento a seguirse requiere una doble etapa, a saber: la primera de carácter puramente declarativo, ordenada de suyo a dirimir la controversia entre los presuntos socios acerca de si la actividad empresarial en cuestión constituye o no una verdadera compañía creada por los hechos; la segunda es eventual —pues a ella habrá lugar únicamente en el caso de producirse una declaración judicial afirmativa de la existencia de la sociedad de hecho— y da origen al trámite procesal de índole liquidatoria que instituye el Capítulo 1º del Título XXXI del Libro Tercero —Sección 3ª— del Código de Procedimiento Civil (arts. 627 y siguientes), apreciación esta que en su momento, al definir el contenido decisorio de su providencia, le permitirá a la Corporación sentenciadora abstenerse de decretar la liquidación de la sociedad de hecho cuya existencia encontró probada.

2. Partiendo de esta base, prosigue el fallo en estudio diciendo que es preciso verificar si se dan o no “...los presupuestos de la sociedad de hecho...”, tarea que a renglón seguido emprende con una breve referencia a la noción que del contrato de sociedad mercantil ofrece el artículo 98 del Código del ramo, a los que son elementos esenciales de esta modalidad de contratación comercial y al papel de fundamental importancia que en ello juega la “...*afectio societatis*...” puesta de manifiesto en la formación del fondo social mediante aportes con significación económica, en la actividad empresarial de cada uno de los socios y en la participación en las utilidades, habida cuenta que es ese factor aglutinante el que permite establecer las diferencias entre la sociedad, las asociaciones de carácter civil, la simple comunidad “...o cualquiera otra figura jurídica...”.

A continuación y luego de evocar la conocida clasificación que de las sociedades de hecho, desde el punto de vista de su origen, se ha venido repitiendo por vía de doctrina jurisprudencial a partir de 1935 —toda vez que para el *ad quem* no se remite a ningún género de duda que la demanda no alude a una “...sociedad de hecho por degeneración...” sino a una de aquellas que “...nacen en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y son el resultado del consentimiento

implícito de las actividades realizadas en común...”–, se ocupa el tribunal de recapitular los lineamientos básicos del régimen legal al que fueron sometidas estas formas asociativas irregulares en la legislación mercantil vigente en el país desde 1972, concluyendo así éste que pudiera tenerse como un primer capítulo de la parte expositiva de la sentencia que ahora ocupa la atención de la Corte.

3. Bajo el epígrafe de “...la prueba aducida al proceso...”, en seguida acomete el sentenciador el examen de los argumentos demostrativos que, a su juicio y por no aparecer desvirtuados, era del caso extraer del abundante acervo probatorio obrante en los autos, arribando así a la conclusión según la cual, por fuerza de tales argumentos de prueba, existe evidencia suficiente “...para declarar la existencia de la sociedad de hecho relacionada en la demanda...”. Del conjunto del razonamiento que a este resultado condujo y en gracia de la brevedad, basta con apuntar las que fueron sus directrices orientadoras culminantes:

a) En el entendido que el ordenamiento positivo no exige un medio probatorio específico para demostrar la existencia de una sociedad de hecho y, por el contrario, el artículo 498 del C. de C. permite alcanzar este cometido por cualquiera de los medios probatorios reconocidos por la ley, en la especie objeto de estudio se emplearon documentos privados procedentes del causante de los demandados, corroborados en su contenido por el testimonio de terceros y la confesión judicial espontánea que, al contestar la demanda y a través de apoderado, se le atribuyó a Carlos Víctor, Hilda Teresa y Ana Julia Viveros Astudillo a admitir como cierto “...el hecho quinto de la demanda en el que se puntualizan los bienes que conforman la sociedad de hecho...”;

b) En efecto, aceptando el punto de vista de los demandantes sobre este particular y en consideración a que su autenticidad –no obstante haber sido discutida por dos de los demandados– quedó acreditada con el dictamen pericial rendido por expertos grafólogos del Ministerio de Justicia, entendió el tribunal que en presencia de la confesión extrajudicial escrita de la que da razón el documento de fecha 2 de junio de 1981, unida a la carta que el 26 de mayo de ese mismo año le dirigió Pastor Viveros a su hermana Georgina, se muestra un mismo designio como es el de “...admitir la existencia de la sociedad de hecho formada con todos sus hermanos y el propósito de constituir, una vez obtenido el paz y salvo de la sociedad de hecho, una nueva sociedad comercial pero en modalidad de responsabilidad limitada, en la cual, como en la otra sociedad, Pastor Viveros sería el socio mayoritario, con el 58% de las acciones, dejando a cada uno de sus hermanos el 7% de las acciones...”, apreciación ésta robustecida en su mérito con la referencia que hace el *ad quem* al dicho de varios testigos –Edgardo Mutis Paz, Enrique Estupiñán Rosero, Cristo Simón Montenegro y Roberto Enrique Recalde– y a la confesión judicial espontánea que hizo el apoderado de tres de los demandados al admitir como cierto el inventario de los activos de la sociedad al momento de entablarse la demanda, todo lo cual le permite rematar su exposición diciendo que “...la prueba documental y testimonial analizada, que no ha sido desvirtuada por los demandados, constituyen el acervo probatorio suficiente para declarar la existencia de la sociedad de hecho relacionada en la demanda, formada por Pastor Viveros Bolaños, quien condujo la sociedad por caminos de progreso, y sus hermanos Marcial, Georgina, Inés, Marino Viveros

Bolaños y Elmira Viveros de Peñuela, y los hijos legítimos de Julio Viveros Bolaños...”.

4. Por último, estimando que los documentos tachados por los demandados Guillermo Miguel y Olga Marina Viveros Astudillo representan un valor económico indeterminado, igual al de los bienes que conforman la sociedad de la que en dichos escritos se habla, la sanción que para el impugnante vencido establece el artículo 292 del C. de P. C., debe fijarse en concordancia con esa situación, motivo por el cual resolvió el tribunal modificar también en este punto la sentencia de primer grado para disponer que, de conformidad con el artículo 308 del mismo cuerpo legal recién mencionado, se haga la liquidación en cifra numérica de la base de cálculo para tasar en cifra numérica concreta la multa impuesta.

5. Uno de los magistrados integrantes de la Sala de Decisión se apartó de la opinión mayoritaria, explicando en el salvamento correspondiente las razones que tuvo para hacerlo.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Contra la sentencia de segunda instancia interpusieron los demandados el recurso extraordinario de casación. En su demanda formulan tres cargos, los dos iniciales con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y el último apoyado en la causal segunda, planteamientos impugnativos estos que procede la Corte a examinar en orden inverso al propuesto por el recurrente.

Tercer cargo

(Causal 2ª del art. 368 del C. P. C.).

Invocando el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y advirtiendo que la causal segunda en el recurso de casación está llamada a corregir la incongruencia en los pronunciamientos judiciales de fondo, el recurrente inicia el desarrollo del cargo comparando el capítulo petitorio de la demanda con el contenido decisorio del fallo recurrido, particularmente en cuanto concierne a la determinación del tribunal en el sentido de postergar la liquidación de la sociedad para cuando haya adquirido firmeza la declaración de su existencia jurídica, sosteniendo a renglón seguido y a intento de demostrar que se trata de un pronunciamiento incompleto “...o con un ámbito más reducido del solicitado y debido...”, que no obstante haberse acogido en su integridad el conjunto de las súplicas materia de la demanda que dio origen al proceso, nada dijo el tribunal respecto del derecho de cada uno de los declarados socios a obtener la cuota que le corresponde en el haber social, “...punto este esencial en una sociedad y de determinación indispensable tanto para la existencia misma de ella como para su liquidación...”.

SE CONSIDERA.

1. Como es bien sabido, los requisitos procesales de las sentencias atañen a su oportunidad, a su contenido y a su forma. En cuanto toca con el contenido y tratándose de los pronunciamientos definitivos de las autoridades jurisdiccionales en materias

civiles, el principio de la congruencia desempeña papel preponderante y encuentra consagración positiva en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, precepto éste que exige una rigurosa adecuación del fallo al objeto y a la causa que individualizan la pretensión y la oposición que, eventualmente, contra ella hubiere podido plantearse; significa el postulado en referencia, entonces, que se deben resolver todas las cuestiones esenciales que hayan sido materia de litigio y, además, que la decisión ha de guardar estrecha consonancia con lo pedido y lo resistido; luego adolecerán del vicio de incongruencia aquellas providencias en que el sentenciador no emite pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, acerca de los temas litigiosos eficazmente formulados por las partes, o no se circunscribe a estos extremos o, en fin, provee sobre ellos pero sin respetar sus límites cualitativos o cuantitativos.

Pues bien, hecha la necesaria acotación conceptual precedente e insistiendo una vez más en el genuino alcance que tiene el numeral segundo del artículo 368 del C. de P. C., es del caso rememorar ahora lo dicho por la Corte en sentencia de 16 de mayo de 1968 (publicada en la G.J. T. CXXIV, págs. 142 y siguientes), señalando la finalidad propia de la segunda de las causales previstas por la ley para abrirle paso al recurso extraordinario, así como la importancia de comprender con exactitud la clase de errores procedimentales en el fallo que por esta vía es posible enmendar: "...Como terminantemente lo expresa la norma y lo ha reiterado la Corte, la causal segunda, no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, tiene por objeto la enmienda de un singular vicio de procedimiento en la resolución de segundo grado, consistente en que ésta se pronunció sobre asuntos extraños a la relación jurídico-procesal, o no se acomoda a plenitud con las pretensiones formuladas en oportunidad por las partes, al haber dejado peticiones del reclamante o de la defensa sin resolver, o haberles concedido más de lo que pretendieron. La consideración del dicho desajuste ha de hacerse, por ello, comparando los pedimentos formulados con la decisión adoptada por el tribunal, en un estricto juicio de realidad, como quiera que, en habiendo lugar a casación, la Corte, en instancia debe limitarse, según las circunstancias, a completar el fallo deficiente, a reducir el excesivo o, en el evento de desenfoque, a conformar la resolución al proceso. Si el cotejo mencionado muestra que el tribunal resolvió todos los planteamientos de las partes, cualquiera que sea el concepto que merezcan sus conclusiones, se torna inane el ataque basado en la causal segunda. Y el empeño del litigante que estime que se incurrió en yerro de juicio, enderezado a descalificar el mérito del raciocinio que impugna (...), forzosamente ha de manifestarse dentro de los rumbos de la causal primera, única que admite consideraciones de juicio de valor..."

2. En este orden de ideas y cuando de incongruencia negativa se trata —ne eat iudex citra petita partium— para que proceda el recurso de casación es preciso que, en efecto, el tribunal haya dejado de resolver una cuestión esencial, habida cuenta que las omisiones de pronunciamiento susceptibles de ser suplicadas por esta vía —se repite— son aquellas en que el sentenciador ha incurrido por olvido o inadvertencia, mas no las que a su juicio, acertado o no pero en todo caso integrante del contenido decisorio del fallo, obedecen a temas que no corresponde tratar. Dicho en otras palabras, no es deficiente un fallo ni en tal concepto se le puede tener para atacarlo en casación, cuando en él hay proveimiento expreso en el sentido de que una determinada cuestión litigada no debe o no puede ser objeto de resolución ello por cuanto que, si el tribunal no

se ocupa de dirimir ese punto por razones que hace explícitas al exponer los fundamentos de su providencia, no hay en verdad insuficiencia alguna que determine la viabilidad del recurso por la vía de la causal segunda, sino una auténtica decisión que, a lo sumo, podría tenerse como adversa a la respectiva pretensión, luego quien tache de errónea esa conclusión por haber llevado a declarar que no correspondía el tratamiento resolutivo del asunto, inevitablemente tendrá que ubicarse dentro del ámbito reservado por la ley para la casación por yerros de juzgamiento, vale decir por infracciones a normas sustanciales de derecho en el fondo. Es que a los fines del artículo 305 del C. de P. C., no importa cómo haya sido resuelto el caso sino que se resuelva, criterio éste de valor axiomático que pasó por alto el recurrente y que lleva sin duda al fracaso del cargo en estudio.

3. En efecto, inspirada por cierto en precisas directrices interpretativas que, acerca de la diferente caracterización ritual de las etapas necesariamente involucradas en el camino para alcanzar el reconocimiento judicial de una sociedad de hecho cuya existencia es discutida y la terminación de las relaciones jurídicas que de ella se hayan derivado entre los asociados, ha definido la Corte (c.f.r. las sentencias de casación civil de 23 de octubre de 1972 y 8 de julio de 1976—esta última publicada en la G.J. Tomo CLII, primera parte, págs. 243 y siguientes— junto con los autos de 15 de octubre de 1979 y 6 de noviembre de 1981, aún no publicados oficialmente), la providencia impugnada advirtió esa importante diferencia y por eso se limitó, luego de haber declarado que la compañía de facto entre los hermanos Viveros Bolaños y su señora madre nació a la vida jurídica desde 1952, a resolver que la liquidación de los haberes patrimoniales especialmente destinados al desarrollo de la empresa social e individualizados también en el aparte inmediatamente anterior de la parte resolutive habría de efectuarse una vez adquiriera firmeza tal pronunciamiento. Expresado de otro modo, vistas las consideraciones realizadas por la Corporación sentenciadora y contra lo que piensa el recurrente, el cargo por incongruencia resulta desacertado; así lo demuestran dos sencillas observaciones, a saber:

a) La primera de ellas es que si dispuso en la forma en que lo hizo, es porque el tribunal comprendió, y así lo señaló como punto de partida en la exposición de los argumentos decisorios, que en tanto un procedimiento, ordenado a hacer posible que el derecho de cada uno de los socios en una sociedad de hecho—consagrado por los artículos 2083 del C.C. y 505 del C. de C.— alcance el objetivo que le es propio, no haya superado la etapa puramente declarativa, correspondía dejar para la subsiguiente—que asume el carácter de ejecución de la sentencia estimatoria precedente y para la cual consagra la ley trámites especiales apropiados (Título XXXI del Libro Tercero del C. de P. C. en concordancia con los capítulos IX y X del Título 1º del Libro Segundo del C. de C.)— los pronunciamientos atinentes a la determinación en concreto de los bienes integrantes de la masa partible y a la medición cuantitativa del derecho de los socios a la restitución de sus aportes, adicionados éstos con la parte proporcional de las ganancias si la sociedad fue próspera, o disminuidos en la proporción correspondiente a las pérdidas, en caso contrario. Resumiendo, expresa la sentencia que estas materias ni podían ni debían ser tratadas a fin de no festinar los trámites legalmente debidos, circunstancia ésta que de suyo basta para concluir que, sea cual fuere el acierto de tal determinación o el mérito de sus fundamentos, la

cuestión fue examinada y resuelta en el fallo, razón suficiente para afirmar que no existe la omisión denunciada en la tesis impugnativa que se viene analizando;

b) En segundo lugar, si como secuela de haber resuelto postergar las decisiones correspondientes a la liquidación de la sociedad cuya existencia tuvo por probada, la sentencia guardó silencio acerca del derecho de los socios a obtener la cuota que les toca en la distribución del haber social, tampoco hay en ello deficiencia de envergadura que dé lugar a la casación con apoyo en la causal segunda, calificando de incompleto el proveimiento que presenta un contenido de esa índole. *Por bien sabido se tiene, y ello es trasunto fiel de principios acogidos por la doctrina jurisprudencial de la Corte (cfr. las sentencias de casación de 28 de abril de 1961 –XCV, pág. 496– 20 de septiembre de 1963 –CIII y CIV, pág. 144– 31 de agosto de 1972 –CXLVIII, págs. 116 y 117– y 20 de agosto de 1985, esta última no publicada), que en guarda del postulado de la congruencia las decisiones expresas no son siempre necesarias, habida cuenta que a ellas puede llegarse por implicancia cuando, por ejemplo, un aspecto específico del tema litigioso ha de tenerse por resuelto en vista de la forma en que se decidió otro, este sí expresamente, que le era previo; es que la susodicha congruencia no es conformidad rigurosamente literal entre lo pedido en la demanda y lo desatado en la sentencia, sino la relación íntima y racional entre ambos extremos, de suerte que no es forzoso aludir explícitamente, en la parte resolutive de la providencia, a cuestiones que, advertidas y tratadas en los considerandos, por fuerza de la ley o de la razón deben catalogarse como elementos integrantes de la estructura lógica del acto de enjuiciamiento del que aquélla da cuenta. En último análisis, todo depende del sentido jurídico general del pronunciamiento jurisdiccional, luego no se puede tachar de incongruencia negativa a una sentencia que, cual acontece con la pronunciada por el tribunal de instancia en este caso, declara la existencia de una sociedad mercantil atípica entre varios miembros de una misma familia y lo hace dentro de un sistema legislativo donde –al lado de otras de no menor trascendencia– tiene notable significación la regla normativa por cuya virtud cada socio en este tipo de compañías cuenta con la atribución de solicitar –a su arbitrio y en cualquier momento– la liquidación de las operaciones anteriores y “...sacar lo que hubiere aportado...” (arts. 2083 del C.C. y 505 del C. de Co.), argumentando que sobre este derecho y la posibilidad de su ejercicio para los socios demandantes, era obligatoria una mención decisoria expresa que repita inoficiosamente los referidos mandatos legales.*

Se rechaza, pues, este cargo.

Segundo cargo

(Causal 1ª del art. 368 del C.P.C.)

1. Se hace consistir el ataque en que el tribunal, como consecuencia de errores provenientes de la equivocada estimación de algunas pruebas y de la falta de apreciación de otras, quebrantó indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 98, 498, 505 y 506 del Código de Comercio junto con los artículos 2079 y 2083 del Código Civil, así como también infringió, por falta de aplicación, los artículos 922 del Código de Comercio y los artículos 673, 740, 745, 749, 756, 757, 1857 y 2081 todos del Código Civil, advirtiendo la demanda que los preceptos integrantes de

la legislación común, de los que hace cita expresa y en consonancia con los conceptos de violación señalados, resultaron vulnerados en razón del reenvío dispuesto por los artículos 3 y 822 del C. de Co.

2. En una primera fase de su argumentación, sostiene el censor que en la medida en que el tribunal –utilizando “...la carta y el poder de Pastor y unos testimonios...” y sin reparar en la ausencia de prueba documental idónea reputó existente la sociedad de hecho con base en aportes de un bien raíz o de derechos herenciales sobre dicho bien constituidos y de los que son titulares los presuntos socios, quebrantó por aplicación indebida las normas de derecho sustancial que regulan esa clase de sociedades y definen la posición jurídica de quienes hacen parte de ellas en concepto de socios, dejó de aplicar igualmente los textos legales de conformidad con los cuales –tanto en el campo civil como en el comercial– el aporte de derechos inmobiliarios a título de dominio es siempre un acto de transferencia cuya existencia depende del cumplimiento de solemnidades constitutivas (escritura pública en todos los supuestos, seguida del registro si fuere necesaria la consumación de la tradición por este medio) y todo ello por efecto del error de derecho en que incurrió, con violación del artículo 187 del C. de P. C., al dar por acreditado el aporte “...de un bien inmueble o de derechos herenciales en el...” acudiendo a fuentes de prueba inadmisibles, vale decir “...sin haber mediado ni escritura pública ni inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos...”.

En el segundo aparte que perfila el alcance integral de la censura, dice el recurrente que, además del error de derecho anotado y produciendo también por contragolpe la violación de los preceptos mencionados en el párrafo precedente, la sentencia impugnada “...incurrió en error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas...”, primeramente porque, sin considerarla siquiera, pasó por sobre evidencia que, siendo decisiva para la decisión del litigio en el fondo, emerge de los argumentos de prueba producidos por los demandados; y en segundo lugar, por cuanto no se atuvo con fidelidad objetiva al resultado demostrativo de los medios que seleccionó para proveer en la forma en que lo hizo, desvirtuando ostensiblemente el que es en verdad su contenido real. En sus lineamientos básicos, este segundo aspecto del cargo en estudio puede resumirse así:

a) Proposición esencial en la tesis planteada y punto de partida del raciocinio sobre el que ella viene apuntalada, es que “... la existencia de una sociedad, de la índole que sea, no solamente requiere la prueba de aporte inicial, sino la de los demás elementos del supuesto de hecho de tal figura, ante todo: la *affectio societatis*, la empresa común, el propósito de distribución del producto de ésta, la organización, la participación; particularmente la de una sociedad supuestamente contraída entre madre y siete hijos treinta años atrás, en la que ninguno de los supuestos socios distinto del que siempre estuvo al frente de sus negocios, como absoluta y exclusivamente propios, reparó en todo ese tiempo, al extremo de no haber intervenido ninguno en la administración ni haber recibido algo jamás por concepto de utilidades (hechos 6 y 7 de la demanda), y de la que no se acordó nadie sino luego de muerte el dueño, para hacer efectiva su donación a expensas de los herederos legitimarios...”, exigencias éstas que finalmente y como corolario de los errores de hecho manifiestos en los que cayó al fijar la situación fáctica materia de controversia, fueron ignoradas por el *ad quem*;

b) En este orden de ideas y con el fin de precisar, concretándolos, los elementos probatorios preteridos unos y los otros desfigurados en su objetividad, comienza el recurrente diciendo que en la carta de mayo 26 de 1981, remitida por Pastor Viveros a una de sus hermanas, surgen indicios –no advertidos por el fallador– de *animus donandi* más que de *affectio societatis*, ocurriendo lo propio con el documento-poder que el mismo Pastor Viveros otorgó el 2 de junio de aquel año, pues no puede contener confesión del aporte de un derecho inmobiliario que exige escritura pública, para terminar en que esa prueba documental revela únicamente la voluntad de hacer una donación a expensas de los legítimos derechos de terceros.

Luego pasa a la crítica de los testimonios rendidos por Edgardo Mutis Paz, Enrique Homero Estupiñán, Cristo Simón Montenegro, Roberto Enrique Recalde, Aura Chaves de González e Inés Martínez de Martínez, arribando a la conclusión de que es muy diferente lo que resulta de la declaración de cada una de tales personas a aquello que de allí mismo dedujo el tribunal, agregando que la confesión judicial espontánea, atribuida al apoderado de los demandados Carlos Víctor, Ana Julia e Hilda Teresa Viveros Astudillo, es inexistente porque en el resto de las respuestas dadas por éstos a la demanda, se negó de plano y en forma categórica la existencia de sociedad alguna entre los hermanos Viveros Bolaños y algunos de los sobrinos de Pastor Viveros. Por último, advierte la censura que el *ad quem* no examinó ninguna de las declaraciones de testigos presentados por la parte demandada –recapitulando uno a uno el dicho de Héctor Hernando Revelo, Carlos Alberto Revelo, Lydia Ibarra de Lugo, José María Tovar, Salvador Tutalcha, Luis Horacio Bernal, Augusto Emilio Chamorro, Luis Alberto Yepes, Bayardo Efraín Mora, Luis Adalberto Mejía, Horacio del Hierro, Pedro Luis Tulcán, Arcelio Flórez, Rufino López, Carlos Santacruz, Luis López Chamorro, Eduardo Erazo y Gladys Lucía Zarama de Rueda–, tampoco tuvo en cuenta la correspondencia cruzada entre Pastor Viveros y tres de sus hermanos (Marino, Georgina y Elmira Viveros) donde éstos consideraban como propia de aquél su actividad mercantil y, sin hacer apreciación crítica ninguna que explique esta actitud, se abstuvo de considerar la prueba pericial evacuada en el curso de la primera instancia sobre la contabilidad de la empresa conocida bajo la denominación de “Pasviveros”, equivocaciones y omisiones notorias frente a las cuales dice el recurrente: “...Es palmario, pues, el error de hecho consistente –a más de en el contraste entre el contenido de esas pruebas por él acogidas y las conclusiones del fallador, y en que tales probanzas no completan el cuadro del supuesto de hecho de una sociedad– en no haber reparado en las cartas, en los diecinueve testimonios y el dictamen pericial, de donde se deriva como algo incuestionable que no hubo contribución alguna –ni en cosas ni en trabajo– de los hermanos supuestos socios de Dn. Pastor, a una empresa común; que no hubo ánimo asociativo alguno; que nadie pensó jamás en distribución de riesgos; que la única mención de sociedad es la de la carta y el poder de 1981, pues ni en libros ni archivos ni en la memoria de ningún declarante, como no sea la del abogado que redactó el poder, hay nada que pueda indicar asociación o de donde pueda inferirse la constitución de ésta...”, planteamiento éste que líneas adelante es rematado con la aseveración de su autor: “...De otra parte, los indicios ya observados, contenidos en el documento poder, en la carta a Georgina, en el testimonio del abogado Mutis, de una presión de los hermanos sobre Dn. Pastor anciano, enfermo y rico para que volviera por ellos al final de la jornada y

de un deseo de éste de quedar bien con ellos, persuaden del ingenio del profesional del derecho a quien recurrió, para lograr la atribución del 48% (sic) de los bienes relacionados a los hermanos y sobrinos, por partes iguales, simulando una sociedad de hecho para encubrir una donación, forma por demás astuta, no alcanzaba a completar en vida, y que los agraciados pretenden hacer efectiva con el apoyo del tribunal, con base en últimas en la sola manifestación del candidato a donante en carta, en poder y en el dicho del apoderado suyo encargado de redondear y realizar su idea...”.

SE CONSIDERA

1. Dando por entendido que ante el ordenamiento mercantil vigente en el país desde 1972 en materia de sociedades, (Título IX del Libro Segundo del C. de C.), son sociedades de hecho aquellas que no se constituyen o que no pueden subsistir bajo ninguna de las formas regulares de sociedad contempladas por el derecho legislado, ciertamente se las puede concebir de diferentes clases y en procura de identificar los rasgos distintivos de cada una de tales especies, conservan aún la plenitud de su valor doctrinario las consideraciones que sobre el particular hiciera la Corte en sentencia de 30 de noviembre de 1935 (G.J. T. XLII, números 1901 y 1902, 479, 1º y 2º), para entender las sociedades de hecho bajo el régimen anterior, reiteradas en numerosos pronunciamientos posteriores que, por ser ampliamente conocidos, no parece necesario enlistar ahora; advirtió en aquella ocasión, a través de su Sala de Casación en lo Civil, que siendo la de hecho, en cualquiera de las modalidades en las que suele presentarse, una auténtica y verdadera sociedad, a su formación se puede llegar de dos maneras, a saber: o porque no quisieron o no pensaron los socios atenerse a las solemnidades de las que depende la completa regularidad de un convenio de esa índole y entonces la compañía resulta de los hechos mismos, o bien porque dichas formalidades, cuya observancia sí se propusieron los partícipes, no alcanzaron la suficiente competencia, motivo por el cual, ante este último evento, se habla de sociedades de hecho por degeneración. Dicho en otras palabras, el perfil conceptual de la sociedad de hecho ofrece diversos matices, todos con notable interés práctico cuando de demostrar en juicio la existencia de estas organizaciones se trata; en primer lugar, las sociedades mercantiles irregulares no son todas de hecho, pues al tenor del artículo 500 del C. de Co. las hay moralmente personificadas donde la voluntad asociativa se ha puesto de manifiesto en consonancia con la correspondiente forma regular de sociedad, y en segundo lugar, dentro de las que carecen de personalidad jurídica existen grados, toda vez que, desde el punto de vista de su caracterización y del tratamiento probatorio apropiado que de ella se siga, no es posible equiparar situaciones de suyo divergentes cuales son, por una parte, la sociedad de hecho originada por la declaración de nulidad integral del contrato celebrado, y de otro lado la sociedad que surge como de puro hecho, denotando una irregularidad tan marcada que en ella faltan las estipulaciones explícitas y cualquier vestigio de solemnidad deviene insólito, de tal suerte que tanto el acuerdo social como la relación asociativa de tractu tempore que de él emerge, se establecen y se conducen sobre la base de datos y circunstancias de hecho aptas para revelar una genuina e inequívoca intención atribuible a las partes de ponerse en sociedad, voluntad esta que, desde luego, habrá de verse reflejada en una organización más o menos compleja pero invariablemente destinada por sus miembros a servir de instrumento para alcanzar los beneficios del esfuerzo común.

2. Significa lo anterior que, aun en el último de los supuestos acabados de mencionar y no obstante el grado extremo de irregularidad que en esa misma hipótesis le es peculiar, la sociedad de hecho, por cuanto no puede concebirse sino en tanto nacida del consentimiento implícito "...que se desprende de una serie coordinada de operaciones que en común realizan varias personas para el logro de finalidades económicas..." (G.J. T. XCIX, núms. 2256 a 2259, pág. 70), supone un estado de cosas permanentemente activo y voluntariamente buscado por los socios cuya expresión concreta debe hallarse en los llamados hechos asociantes, noción esta última acerca de la cual dijo la Corte en la providencia recién citada: "...Cuando ese factor intencional —aludiendo al ánimo inequívoco de asociarse o *affectio societatis*— no aparece directamente de la voluntad concreta expresada por las partes en acta de fundación que sin embargo no alcanza a conformar sociedad en derecho, es indispensable que los hechos asociantes revelen con claridad y de modo concluyente en dos o más personas el ánimo de asociarse para la persecución de fines económicos a que van anexas contingencias de utilidades o pérdidas, divisibles precisamente entre todos y cada uno de quienes emprenden determinada actividad de lucro en plano igual de ayuda mutua...". Expresado en otras palabras, también la sociedad que surge de los hechos "...debe reunir en su integridad los elementos esenciales de las sociedades regulares, con excepción de las solemnidades que fueren prescritas especialmente por la ley..." (G.J. T. LXXVIII, núm. 2145, pág. 254), de manera que si tales elementos se dan y no cabe duda del concierto de voluntades dirigido a conjugar —dentro de un marco de tratamiento igualitario y en vista de un interés asociativo incontrastable— el común esfuerzo de varias personas para lograr propósitos lucrativos en campo lícito, así no se hayan cumplido aquellos requisitos extrínsecos de carácter formal —indispensables apenas para que el pacto social pueda invocarse respecto de terceros y producir la plenitud de sus efectos frente a los mismos socios—, se tendrá una sociedad irregular a la cual, por disponerlo los artículos 2083 del C.C. y 505 del C. de Co., ninguno de los asociados está obligado a continuar vinculado.

3. Así las cosas, si lo que caracteriza a las sociedades irregulares de las que se viene hablando no es la falta de contrato —porque como lo enseñaba en sus lecciones de cátedra el profesor Rocha "...toda sociedad es una creación contractual, luego si no se tiene la voluntad de producir un efecto en derecho, mediante un acto jurídico, no hay sociedad..." sino la falta de las solemnidades requeridas por la ley para su constitución regular, es natural que el éxito de una acción de la índole de la que dio lugar al proceso que terminó con el fallo cuya infirmación se persigue a través del recurso de casación, dependa en últimas de la existencia probada del convenio social, objetivo éste que nunca podrá tenerse por alcanzado si los hechos demostrados no son rotundos en poner al descubierto la intención colectiva de crear una compañía y permanecer en ella —*animus contraendae societatis*—, evidenciando por lo menos que hay mérito para establecer ese designio específico, por razonable inferencia, dadas la actividad en común desarrollada por los socios en posición igualitaria, la finalidad de ganancia que por esta vía pretendían alcanzar y la participación de todos en los resultados de la empresa. Es que una vez erigida en verdad averiguada una situación con estos precisos alcances, campo en el que por cierto domina el principio de la libertad de prueba (art. 498 del C. de Co.), forzoso es aceptar que existió la conciencia uniforme de que el esfuerzo común era necesario para lograr los fines gananciosos que los protagonistas se-

propusieron obtener y así, sobre la base de este supuesto, tratar a esos hechos como indicadores convincentes de una genuina relación de sociedad entre esas personas; de aquí entonces que se diga, al tenor de conocidas orientaciones de doctrina jurisprudencial trazadas por la Corte hace más de cinco décadas y constantemente reiteradas hasta la fecha, que habrá lugar a colegir el consentimiento implícito que a las sociedades emergentes de los hechos les da vida y, por contera, se debe reconocer su existencia para los efectos legales pertinentes, cuando la aludida colaboración de varios en un mismo anhelo de significación económica, acompase con las siguientes exigencias:

a) Es preciso, ante todo, que la actividad sea desarrollada en común y dentro de una cierta organización que haga posible, durante toda la vida de la sociedad, la consecución del fin social; en otras palabras y sin que ello deba entenderse de un modo simplista creyendo que es indispensable la simultánea intervención de todos en cada uno de los asuntos que a la compañía atañen, es necesario sí que, ante una serie coordinada de hechos de explotación común, sin ambages pueda reconocerse una gestión de la misma índole, fruto de la perseverante voluntad de todos los presuntos socios, y con la cual no son conciliables situaciones por cuya virtud pueda, alguno de los miembros, imponer sus directrices y orientaciones respecto de esa gestión, esto último porque la colaboración ha de prestarse en posición de igualdad ya que sería desacertado hablar de sociedad cuando alguno de los partícipes "...ha estado con respecto al otro u otros en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual (...) reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa..." (sent. de 30 de noviembre de 1935 -G.J. XLII- antes citada);

b) En segundo lugar, con la mayor naturalidad y sin forzar las realidades acreditadas en el proceso, tendrá que hacerse patente la existencia de una masa patrimonial originada en los aportes de los socios, susceptible de recibir tratamiento unitario y que, además, desempeñe una inequívoca función instrumental al servicio de la actividad lucrativa que en común se propusieron llevar a cabo los socios, instrumentalidad que los hechos deben poner de manifiesto en un doble aspecto, a saber: activo el primero, en tanto hizo posible el comienzo de la empresa y la expansión de sus negocios a medida que el tiempo transcurrió, dado que los bienes y derechos que conforman la masa fueron voluntariamente vinculados al ejercicio colectivo de aquella actividad; el segundo de carácter pasivo, permitiendo caracterizar a esa masa -así no sea de derecho pues la ausencia de personalidad moral no permite entender que se haya creado una nueva titularidad sobre los bienes y derechos puestos en el fondo común (v. sent. de 19 de diciembre de 1925, G.J. T. XXXII, pág. 205)- como un patrimonio de hecho separado de los individuales de los asociados, entre otras cosas destinado a responder de las deudas contraídas en interés de la empresa por la unión de personas;

c) Pero, para que haya sociedad, no basta que dos o más personas, enroladas en una actividad que les es común, tengan derechos sobre una masa patrimonial indivisa y separable, preponderantemente en concepto de garantía, frente a terceros acreedores. Hasta aquí las diferencias con la copropiedad no se perciben y ya lo ha puntualizado la doctrina jurisprudencial, a raíz del fallo de la Corte pronunciado en 1935, que frente "...a un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes..." no cabe inducir la existencia del contrato implícito de sociedad,

recalcándose así un criterio que, además de contar con una larga trayectoria histórica que se remonta al derecho romano donde se decía que el consortium entre los que han heredado del pater familias únicamente puede transformarse en societas cuando los hermanos adoptan la decisión de explotar en común los bienes heredados, adquiere singular importancia en casos del tipo del que motivó el litigio dirimido por la providencia de cuya censura en casación hoy se ocupa esta Sala. En efecto, si se pacta que los bienes poseídos por un causante seguirán explotándose en conjunto por sus sucesores, al dejar en común esos activos con el fin de vincularlos a negocios industriales o comerciales existentes o apenas proyectados, concertando así la iniciación o la continuación de esa empresa para obtener un lucro común partible, que no la mera conservación de los bienes para su aprovechamiento económico por uno o varios de los asignatarios, la relación jurídica así creada es de sociedad; dentro de tan precisas condiciones, es claro que los herederos contratantes contraen la obligación específica de ejercer para beneficio común una determinada actividad, cosa que en la otra hipótesis no sucede pues el uso de los haberes herenciales no es en modo alguno el resultado de una obligación de origen convencional, sino más bien la consecuencia natural del derecho que a cada heredero compete y que, igualmente, les permite participar en la administración hasta que la comunidad desaparezca. En resumen, para que haya sociedad es preciso que los herederos tengan la voluntad de asociarse, obligándose a ejercer determinada actividad empresarial; pero hasta que exista tal contrato —el que puede formarse, según quedó visto, de manera tácita como efecto del comportamiento uniforme e inequívoco de los aquéllos— no se sale de la simple indivisión.

4. Partiendo de las anteriores nociones básicas en el tratamiento jurídico de estas cuestiones y que ciertamente no pasaron desapercibidas para el *ad quem*, si al tenor de la demanda la sociedad que los demandantes pretenden liquidar surgió de los hechos, incumbía al sentenciador la tarea ponderativa de los medios probatorios para decidir analizándolos y conjugándolos en su integridad, si en el proceso hay o no elementos de juicio que con certidumbre permitan inferir la existencia de una tal sociedad, resultado que en últimas depende de los argumentos de convicción que objetivamente se desprendan de dichos medios en punto de demostrar la voluntad de asociarse en los partícipes —*affectio societatis*— que brote como secuela de la situación de hecho por ellos establecida y en la que según se dejó explicado líneas atrás, los conceptos de relación de igualdad entre los que se dicen socios para llevar a cabo, en forma paralela y simultánea en provecho de la unión, una actividad económica lucrativa, acompañada de un patrimonio colectivo y en un plano de riesgo común "...de donde resulte la participación en las pérdidas y en las ganancias..." (G.J. No. 2002, pág. 306), son factores que tienen singular importancia.

Pues bien, ante este estado de cosas y dadas las consideraciones efectuadas por el recurrente en su intento de conmover la convicción del tribunal acerca de la entidad objetiva de los hechos litigados y en la que se soporta el juicio jurisdiccional impugnado, obligado es recordar que, por exigirlo así la naturaleza misma del instituto, dentro del marco de la cuestión fáctica de ordinario no hay vicio susceptible de ser denunciado en casación cuando el trabajo de apreciación probatoria, en el que viene cimentado un fallo, no es del total agrado de los litigantes, toda vez que en este campo y por principio, los juzgadores de instancia son soberanos para formarse su criterio; acerca de los

fundamentos teóricos de este postulado y sus alcances, ha dicho la Corte: "...Agotado el debate ordinario con la segunda instancia, la decisión en que ésta concluye se ofrece amparada por una elemental consideración de legalidad, que no se infirma sino con la demostración inequívoca de singular desmedro de precepto consagradorio de una pretensión insatisfecha, o despachada favorablemente sin que ella estuviera amparada; (...) La secuela lógica de la actuación y el anhelo de una cosa juzgada justa y firme, hacen que al impugnante del proveído de fondo le incumba acreditar a cabalidad el quebrantamiento de tales normas o fueros, sobre la base de determinadas vías estatuidas a propósito. Y, cuando el camino por él escogido es el de la violación indirecta producida por desaciertos en el manejo de las probanzas, la acusación se ve exigida en mayor grado en orden a técnica y fuerza convictiva, ya que, a más de la infracción final, han de señalarse los medios ignorados, tergiversados o supuestos, si de error de hecho se trata, y comprobarse la contraevidencia y su influjo cierto en el sentido de la decisión, adoptada en virtud de tales trastornos. De ahí que persistentemente se diga que no es suficiente la presentación de conclusiones empíricas distintas de aquéllas a las que llegó el tribunal, pues la mera divergencia conceptual no demuestra por sí sola error de hecho y que no es pertinente la crítica general del manejo que se haya hecho de la prueba, pues en casación no ocurre revisar el desarrollo lógico de la argumentación jurisdiccional, sino examinar la inteligencia que allí se haya dado a las normas y, en su caso, la dicha contradicción palmaria entre el juicio y la realidad vertida en el proceso...", definiendo a renglón seguido este último supuesto de estimación del error de hecho en los siguientes términos: "...Error manifiesto o evidente de hecho, como antecedente de la transgresión legal, no se presenta, entonces, sino cuando la única apreciación acertada sea la sustitutiva que se propone, una vez acreditada la falta. Por manera que, la demostración del cargo ha de conducir al convencimiento de la contraevidencia, inconcebible cuando el resultado que se censura es producto de una labor de sopesar distintas posibilidades que termina con la escogencia de la más probable, sin que ninguna de ellas esté plenamente contradicha por otras pruebas del proceso, según el prudente arbitrio del juzgador a quien la ley requiere para que analice con objetividad los hechos traídos al plenario y dé cuenta de la manera como formó su concepto..." (G.J. T. CXXIV, pág. 95).

Dicho en otras palabras, en tratándose de la causal primera y si el ataque viene montado sobre la alegada existencia de un error material o de hecho, cual acontece en este caso, por exigirlo el texto explícito del segundo inciso del numeral 1º del artículo 368 del C. de P. C. no le basta al impugnante acreditar que el ad quem incurrió en cualquier equivocación de esa índole; es condición ineludible que el error aparezca de modo manifiesto en el proceso pues si así no ocurre, vale decir si no es palmaria la contradicción entre el juicio y la realidad indiscutida que ofrecen los autos, "...si para advertirlo se requieren previos y más o menos esforzados razonamientos, o si él se manifiesta como una posibilidad y no como una certeza, entonces, aunque se demuestre el yerro ese suceder no tendrá incidencia en el recurso extraordinario. Del mismo modo, si un mismo hecho admite una o más interpretaciones que no pugnen con la evidencia, la circunstancia de que el tribunal elija la que en el sentir del recurrente y aun en el de la Corte, no sea la más atendible, no sería constitutiva de error evidente pues el requisito de la evidencia excluye toda argumentación que fundase en las probabilidades y no en la certidumbre..." (G.J. T. CXLII, pág. 245). Es que por esta vía

impugnativa la casación únicamente puede apoyarse en la certeza. Si la acusación no es contundente y deja ver que existen otras conclusiones igualmente aceptables, vale decir que no es de envergadura tal que excluye de manera radical las que sobre el punto fundan el proveimiento en cuestión, de tal suerte que a pesar de todo y no obstante la fuerza de las críticas ensayadas por el recurrente subsiste aún la posibilidad de que no haya errado el juzgador de instancia, el cargo se desvanece en términos de no permitir la infirmación reclamada, habida cuenta que, como en muchas ocasiones se ha expresado por la doctrina jurisprudencial, "...cuando la cuestión de hecho es dudosa, el tribunal procede en ejercicio de la plenitud de su soberanía, seleccionando del acervo probatorio aquellos medios que en su concepto son mayormente convincentes..." lo que al decir de la Corte significa que "...cuando existe duda acerca de una cuestión de hecho originada de las pruebas mismas que se han aducido, no puede decirse que el tribunal incurra en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas al aceptar unas de ellas para resolver la cuestión. Para que haya error de hecho evidente es indispensable que la cuestión de hecho no sea dudosa..." (G.J. Ts. XXVII, pág. 158 y XLV, pág. 233).

Enrumbando la exposición subsiguiente de acuerdo con las pautas trazadas en la propia demanda de casación, en seguida se verá cómo en una situación de la clase de la recién descrita la que exige no quebrar la sentencia objeto del recurso extraordinario interpuesto, toda vez que esta última encontró demostrada la existencia de la sociedad de hecho como resultado del análisis de varias pruebas —documentales y testimoniales, básicamente— cuya estimación no permite reconocer la alegada evidencia de los errores que el recurrente apuntó en su demanda.

En efecto, ninguna prueba aportada al proceso muestra de modo claro y concluyente que desde la época indicada en la demanda —1952— entre la viuda de Segundo M. Viveros Diago y los siete hijos del matrimonio, así como también —después de fallecida la primera hasta que ocurrió la muerte de Pastor Viveros Bolaños— entre los hermanos y sobrinos de este último, no se haya formado por los hechos la sociedad cuya existencia declaró la sentencia objeto de impugnación.

a) En primer lugar, relacionando entre sí toda la evidencia que indica el recurrente —principalmente la de orden testimonial producida a instancia de ambas partes, la de carácter técnico que tiene expresión en el dictamen pericial visible a fls. 356 a 386 y 452 a 454 del cuaderno 9 del informativo y la correspondencia que en diferentes momentos se cruzaron entre ellos varios de los hermanos Viveros Bolaños— y apreciando en su integridad el contenido demostrativo que de estos medios emerge, derechamente y con la nitidez exigida por la ley no se puede tener por acreditada una situación fáctica definitiva y radicalmente inconciliable con la que en instancia se tuvo por probada.

Con apoyo en dichos elementos puede en verdad ensayarse, y sin duda así lo hace la demanda de casación que viene ocupando la atención de la Sala, un criterio de apreciación distinto, al utilizado por el tribunal para llegar a su decisión, pero como antes se dejó apuntado, un nuevo análisis de esta naturaleza que pudo ser pertinente durante el debate probatorio de fondo que clausuró el proveimiento judicial cuya infirmación se pretende, ahora no es de recibo;

b) En segundo lugar, de conformidad con cuanto va expuesto tampoco puede admitirse a manera de conclusión inevitable que arroje el mérito general de la causa, que al sustraerse el *ad quem* de aquel contexto probatorio y resolver en la forma en que lo indica su sentencia, haya interpretado erróneamente el documento-poder cuyo original obra a fls. 44 del cuaderno 10, suscrito por Pastor Viveros Bolaños el día 2 de junio de 1981 en la localidad de Ipiales, la carta misiva que él mismo, con fecha 28 de mayo de aquel año, dirigió a su hermana Georgina Viveros (fls. 169 del cuaderno 10 del expediente) y, en fin, la declaración testimonial de Edgardo Gaitán Mutiz Paz que se encuentra en el Acta de la audiencia pública llevada a cabo el 5 de abril de 1984 (fls. 4 a 21 del cuaderno 10). En otras palabras, si se evalúan con cuidado estas tres piezas, difícil en extremo es no percatarse que, lejos de haber resultado categóricamente infirmada la confesión extrajudicial que con fundamento en tales medios le atribuyó el tribunal a Pastor Viveros Bolaños, ciertamente, nada hay en los autos con fuerza evidenciadora tan rotunda que obligue a descartar la veracidad de cuanto se escribió y se dijo por esa persona, reconociendo que por espacio de treinta años atrás la empresa mercantil que gira bajo la denominación de "Pasviveros" fue el fruto de una actividad que, en posición igualitaria y bajo un régimen de gestión común, desarrollaron los integrantes de la familia Viveros-Bolaños, particularmente el propio Pastor con cinco de sus hermanos y los cuatro hijos de Julio R. Viveros Bolaños, en gracia de un acuerdo entre ellos consumado y durante tanto tiempo constantemente renovado para el logro de fines lucrativos.

En consecuencia y si habiendo decidido el tribunal en el sentido de inferir la existencia de la sociedad de hecho alegada nunca sería factible en casación quebrar el fallo porque aparezcan más o menos equívocos los "...hechos asociantes..." que tuvo en cuenta, o porque al respecto puedan plantearse algunas dudas, la censura en estudio no puede prosperar toda vez que, *para expresarlo una vez más con el lenguaje empleado por la Corte en la sentencia de casación civil de 21 de octubre de 1955, "...la duda jamás sería apoyo razonable para desconocer los poderes del sentenciador, cuyo fallo se entiende estar ajustado a derecho. Mientras no haya contraevidencia u ostensible quebranto de los dictados del sentido común, prevalece la convicción a la que llegó el sentenciador al calificar el nexo entre el hecho índice y el hecho indicado dentro de la prueba por presunciones simples que, como queda visto, es la llamada por lo común a demostrar la existencia de las sociedades que se forman por los hechos..."*;

c) Finalmente, por lo que toca con el error de derecho denunciado, yerro que el recurrente edificó sobre la supuesta infracción del artículo 187 del C. de P. C. hizo consistir en no haberse exigido la única prueba documental idónea para dar por efectuados aportes de bienes raíces en la sociedad de hecho que a pesar de ello se declaró existente, forzoso es subrayar que en casación únicamente pueden recibirse y tienen eficacia legal "...aquellos cargos que atacan directamente los fundamentos de la sentencia pues los demás son inoperantes e ineficaces y se salen del recurso, el cual va encaminado a la revisión de la sentencia por los motivos en que esta se funda..." (G.J. T. XLVII, pág. 617).

En efecto, si en el caso presente toda la actuación —desde la demanda que le dio principio hasta la providencia que en sede de apelación revocó la de primer grado— refleja con claridad que los demandantes al invocar su condición de socios con los

herederos de Pastor Viveros Bolaños, inclusive este último a través de las declaraciones que por escrito hizo en el acto de apoderamiento tantas veces mencionado, no afirmaron nada distinto a que llevaron a la empresa común, no la propiedad individualizada de cosas corporales inmuebles que se les hubiere adjudicado en particiones hereditarias o de otro orden, sino solamente prestaciones que tienen un valor en uso o en cambio (facultades o poderes de hecho derivados de situaciones posesorias jurídicamente protegidas, derechos conservados en estado de indivisión por los hermanos Viveros Bolaños después de fallecidos sus padres y la industria personal de varios de ellos) y por consiguiente capaces de prestarle alguna utilidad económica a la sociedad, resulta a todas luces inoperante una tesis impugnativa que, cual acontece con la que es materia de examen, se la ha estructurado sobre la base de suponer equivocadamente que lo aportado por aquéllos fue el dominio de bienes inmuebles, o derechos reales de herencia, para de allí inferir a renglón seguido que debieron observarse las formalidades correspondientes para el perfeccionamiento de la transferencia de esos derechos y por este camino arribar a la conclusión según la cual, faltando la prueba documental idónea del acto de aportación por falta de las susodichas formalidades, de la pretendida sociedad no puede predicarse que exista en atención a lo dispuesto por los artículos 922 del C. de Co. y 673, 740, 745, 749, 756, 757, 1857 y 2081, todos del C.C., preceptos éstos que por contra señala el recurrente como indirectamente quebrantados por falta de aplicación.

Así pues, no prospera tampoco la segunda acusación.

Primer cargo

1. Lo es por violación directa de normas de derecho sustancial, a saber: De los arts. 98 y 498 del C. de Co., así como del artículo 2083 del C.C., por interpretación errónea; de los artículos 499 y 505 del C. de Co., así como del artículo 2083 del C.C., por aplicación indebida; y por último, de los artículos 922 del C. de Co. junto con los artículos 673, 740, 745, 749, 756, 1857 y 2081, todos éstos del C.C., por falta de aplicación, advirtiéndose que las disposiciones del Código Civil se mencionan como infringidas en razón al reenvío que hacen los artículos 3º y 822 del estatuto mercantil.

2. Después de efectuar ilustrados comentarios acerca de la naturaleza de las sociedades de hecho, sus distintas especies y la determinación del régimen jurídico pertinente, en particular el concerniente a la formación del fondo social cuando se trata de aportar el dominio de bienes raíces o derechos reales constituidos sobre ellos, empieza el censor diciendo que, aparte de desvíos y fallas de carácter probatorio, el fallador de segunda instancia declaró la existencia de la sociedad de hecho y dispuso su liquidación "...antes que nada por carecer de conceptos claros acerca de lo que significa una sociedad, cuáles son sus elementos, en qué consiste cada cual, en particular tratándose de una sociedad de hecho...", motivo por virtud del cual, prosigue la demanda líneas adelante, "...no se ocupó de observar la presencia de los supuestos aportes, como tampoco la efectividad de la contribución de cada uno de los supuestos socios, inicial y posterior, ni de algún propósito común de distribución de ganancias o pérdidas...", esto por cuanto "...para el tribunal hay sociedad de hecho, en últimas, cuando quien demanda afirma su existencia y se da una confesión del supuesto socio titular de todos los bienes en desmedro de sus herederos forzosos o, dicho en otras palabras, para el tribunal hay sociedad de hecho en esa hipótesis aun

cuando no haya aportes, ni propósito de repartición de los resultados y sea protuberante la utilización de la figura de la *societas donationis causa...*”.

Partiendo de estas premisas, a continuación se explican los diferentes conceptos de violación normativa denunciados, refiriéndose concretamente a la manera como vinieron a resultar infringidos –unos por errada interpretación, otros por falta de aplicación y los restantes por aplicación indebida– los preceptos de derecho sustancial señalados, e insistiéndose en que el tribunal “...no entendió o no tuvo en cuenta o no quiso reconocer...” que lo que constituye una sociedad, cualquiera que sea su especie, es la efectiva contribución de todos a una empresa común para la distribución de los resultados de ella, “...no una simple declaración de haber constituido una sociedad...”. Y se remata el cargo así: “...La afirmación de que la sociedad de hecho acogida y ordenada liquidar se constituyó en el año de 1952, entre Pastor Viveros y sus hermanos o entre los siete y la madre de todos, y que el aporte de los hermanos Viveros Bolaños y de la madre de ellos consistió en las cuotas herenciales que cada uno de sus hermanos tenían en el inmueble urbano de la ciudad de Ipiales o que los aportes de los Viveros Bolaños consistieron en un lote de terreno en Ipiales, cual lo sostiene el tribunal en forma ligera y confusa, constituye sin más el desconocimiento de que la aportación a sociedad constituye un título de enajenación, que el título de enajenación de bienes inmuebles, como también de derechos herenciales, debe otorgarse por escritura pública (art. 1857 del C.C.) y que la transferencia (aportación) no se realiza, entonces, sino con la tradición que implica, cuando menos, inscripción del título en el registro correspondiente...”.

SE CONSIDERA

1. De manera inveterada y constante, al pronunciarse acerca de los requisitos de formulación y sustentación de los cargos que contra la sentencia de instancia se introduzcan con fundamento en la causal primera, la Corte ha exigido distinguir entre la violación directa de la norma sustancial –por falta de empleo, por indebida aplicación o por errónea inteligencia– y la indirecta, resultante del defectuoso manejo de las probanzas, exigencia consonante de modo integral con las dos partes en las que se encuentra dividido el numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y cuyo fundamento lo ha explicado la doctrina jurisprudencial subrayando “...que el recurso de casación por la causal primera es siempre por violación de la ley sustantiva a la cual puede llegar el sentenciador por dos caminos: por vía directa, cuando el fallo contiene conceptos contrarios a los de la ley, originados en una interpretación equivocada de ella o en una aplicación indebida de la misma al caso juzgado; o por vía indirecta, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, y en este segundo caso, por perentorio mandato de la respectiva norma es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos...” (G.J. T. LIX, pág. 776).

Así las cosas, la violación directa de normas de derecho sustancial implica, por contraposición a lo que a su vez significa en esencia la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya caído en yerro alguno de hecho o de derecho en la

apreciación de las pruebas; como se trata de agravio inferido derechamente a la ley por fuerza del ejercicio de la función de juzgar, en punto de plantear críticas por esta vía ha de suponerse al juzgador trabajando con los textos legales sustantivos únicamente y ante ellos enjuiciando el mérito de la causa, de donde se desprende como corolario obligado "...que en la formulación de un cargo por quebranto directo el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el sentenciador..." (G.J. T., CLXVI, págs. 528 y 529). En consecuencia, la actividad dialéctica del censor tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a las normas sustanciales que estime no aplicados o aplicadas indebidamente o erróneamente interpretadas, luego no puede ser esta la ruta correcta cuando a pesar de vestiduras simplemente aparentes que pueden verse facilitadas por el uso de una redacción apropiada de la censura, la verdad es que en el fondo existen reparos que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica, como efecto del examen de la prueba, encontró el fallador, esto por cuanto presupuesto inconfundible de la procedencia de un cargo de esta índole —valga recalcarlo con palabras de la Corte muchas veces repetidas— es que se le formule "...con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas..." (G.J. Ts. CXLVI, pág. 60, CXXXI, pág. 183 y CXLII, pág. 46).

2. Pues bien, estando fuera de duda que el tribunal no ignoró las que en el ordenamiento nacional son directrices básicas del régimen jurídico de las sociedades de hecho en sus distintas clases, de la sola lectura del cargo en estudio se advierte que, a pesar de haberse planteado de manera explícita por violación directa, su fundamentación cardinal parte de que el recurrente estima que el tribunal indujo de la nada un contrato implícito de sociedad, no obstante que a su juicio toda la prueba aducida no demuestra satisfactoriamente que la alegada colaboración entre los miembros de la familia Viveros Bolaños en la explotación comercial denominada "Paviveros", reúna las condiciones necesarias para justificar en derecho semejante resultado decisorio, principalmente en lo que toca con la formación de un fondo social mediante aportes de derechos reales inmobiliarios cuya realidad no pudo acreditarse por ausencia de la evidencia documental idónea. O sea que el ataque se edifica sobre supuestos yerros que en lo concerniente a la prueba del "*affectio societatis*" habría cometido la Corporación sentenciadora, argumentación que no se compadece con el tipo de cargo propuesto.

Por lo dicho, se rechaza entonces este último cargo.

DECISIÓN

En mérito de las anteriores consideraciones la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintidós (22) de mayo de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Georgina, Inés, Elmira, Marcial y Marino Viveros Bolaños, junto con los sucesores de Julio R. Viveros Bolaños, contra Olga Marina, Hilda Teresa, Ana Julia, Guillermo, Miguel y Carlos Víctor Viveros Astudillo.

Con costas a cargo del recurrente.

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

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

Luis H. Mera Benavides
Secretario (E.)

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. Actividad peligrosa

Se funda en el artículo 2356 del Código Civil que presume la culpa, y esa presunción de culpabilidad afecta no sólo al autor del daño, sino también al empleador, dueño de las cosas causantes del daño y a la empresa a la que pueda estar afiliado el bien. Estudio de este último aspecto.

F.F. artículo 2356 del Código Civil y Decreto 1393 de 1970

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. DICTAMEN PERICIAL

Mientras no esté demostrado que el sentenciador vio el dictamen pericial de manera distinta a como aparece producido, incurriendo en su apreciación en arbitrariedad manifiesta, el juicio que sobre el mismo haya podido formarse goza de la presunción de acierto y debe ser respetado.

F.F. artículo 368-1 del C. de P. C.
Igual sentido: CVII, 88.

INTERESES

Se interpreta la sentencia recurrida en el sentido de que la condena al pago de intereses sobre el monto de la indemnización, es exigible a partir de la ejecutoria de dicho fallo.

F.F. artículo 334 del C. de P. C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - Llamamiento en garantía.

Deben citarse como violados los artículos 56 y 57 del C. de P. C. y el 1079 del Código de Comercio.

F.F. artículo 374-3 del C. de P. C.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: *Eduardo García Sarmiento.*

Bogotá, D.F., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Se deciden los recursos de casación interpuestos por los demandados Unión Comercial de Transportes S.A. y Roosevelt Martínez y la llamada en garantía Seguros del Comercio S.A., contra la sentencia de 10 de febrero de 1986 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por Concepción Romero Pabón frente a Unión Comercial de Transportes S.A., Roosevelt Martínez, Humberto Garzón Velásquez y Eurípides Alvaro Riaño Otálora.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que por repartimiento correspondió al Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, Concepción Romero Pabón, por medio de procurador judicial, demandó a la sociedad Unión Comercial de Transportes S.A., a Roosevelt Martínez, Humberto Garzón Velásquez y Eurípides Alvaro Riaño Otálora, para que por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía se hicieran los siguientes pronunciamientos:

“Primera. Que la Sociedad Unión Comercial de Transportes S.A., Roosevelt Martínez, Humberto Garzón Velásquez y Jaime David Martínez Roa, son civil y solidariamente responsables de todos los daños y perjuicios ocasionados a Concepción Romero Pabón, con ocasión del accidente –choque– mediante el cual la buseta de placas SD-3780, afiliada a la sociedad Unión Comercial de Transportes S.A., de propiedad de Roosevelt Martínez y conducida por Jaime David Martínez Roa, chocó violentamente contra la casa de propiedad de mi mandante, ubicada en la calle 70 número 21-05 y 21-09 de esta ciudad, comprendida dentro de los siguientes linderos: “Norte en ocho metros con sesenta y cinco centímetros (8.65 mts.), con la calle setenta (70); Sur en ocho metros con treinta centímetros (8.30 mts.), con propiedad de Maximiliano Pacheco; Occidente en diez metros con quince centímetros (10.15 mts.), con propiedad de la señora Belén Parra Uriza; Oriente en diez metros con veinte centímetros (10.20 mts.).

“Segunda. Que como consecuencia de la anterior responsabilidad, se declare que la sociedad Unión Comercial de Transportes S.A., Roosevelt Martínez, Hugo Garzón Velásquez y Jaime David Martínez Roa, deben pagar en forma solidaria a la demandante, la suma que resulte probada conforme a los artículos 307 y 308 del C. de P. C., como indemnización por los perjuicios materiales tanto por daño emergente, como por lucro cesante y morales ocasionados con el accidente.

“Tercera. Que se condene a los demandados a pagar las sumas que resulten del anterior numeral, más la devaluación monetaria del peso colombiano conforme lo tienen establecido la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

“Cuarta. Que se condene a los demandados a pagar a mi representado los intereses corrientes comerciales de las sumas de los dos numerales anteriores, desde el día de la causación de los perjuicios, el día del accidente, hasta cuando se efectúe el pago en forma real y efectiva.

“Quinta. Que se condene a los demandados a pagar en forma solidaria los gastos y costas del proceso”.

2. Como fundamento de las pretensiones referidas, se expusieron los siguientes hechos:

a) El 31 de marzo de 1982, aproximadamente a las diez de la noche, la buseta de placas SD 3780 afiliada a la empresa Unión Comercial de Transportes S.A., de propiedad de Eurípides Alvaro Riaño y Roosevelt Martínez y conducida por Jaime David Martínez Roa, chocó violentamente contra la casa de propiedad de la demandante, ubicada en la calle 70 número 21-05 y 21-09 de la ciudad de Bogotá;

b) Según lo expresaron los diarios El Bogotano y El Tiempo, así como la declaración dada por el conductor de la buseta en audiencia pública efectuada en la Inspección 11B Distrital de Policía, los perjuicios se originaron por un rayón y la rotura de un espejo que el conductor del vehículo FD 0032 conducido por Luis Vanegas ocasionó con anterioridad al choque del automotor manejado por Jaime David Martínez Roa, lo que motivó a este último a salir en persecución del primero de los citados, y como resultado de tal persecución, el distinguido con las placas SD 3780 chocara contra el inmueble;

c) Luis Vanegas era o es empleado del propietario de la camioneta FD 0032, José Humberto Garzón Velásquez; y Jaime David Martínez Roa era o es también dependiente de Roosevelt Martínez;

d) Como resultado del violento choque, la buseta se incrustó totalmente en la casa de la actora, ocasionando los siguientes daños: destrucción de la columna exterior hecha de granito, concreto y hierro, afectándose tanto la estructura interior como exterior de la casa, pues esta columna era uno de los soportes de la plancha; daño en la puerta principal y destrucción de dos ventanas, de los vidrios y de las rejas exteriores; destrucción total de la sala, 30 metros cuadrados de entepiso en madera de listón “de abarco machihembrado” al igual que los guardaescobas y la viguetería; agrietamiento notorio de las paredes, lo mismo que el cielo raso, lo que debe refaccionarse urgentemente, de la manera completa, según concepto técnico;

e) La demandante entregó en arrendamiento la casa atrás mencionada el 11 de diciembre de 1981 a los arrendatarios Gonzalo Enrique Silvera, María Teresa de Carreño y Gonzalo Silvera Bolívar, pero con motivo del accidente no pudo cumplir con su obligación de mantener la casa en estado de servir, debiendo rebajar a la mitad el precio del arrendamiento, único medio del que disponía para su manutención y la de su familia, lo cual la ha afectado económica y moralmente;

f) Del accidente aludido conoció el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Bogotá, por medio del Agente José Noé Buitrago Cuesta, identificado con la placa número 1056;

g) La conducción de automotores es una actividad peligrosa y, de acuerdo con el artículo 2344 del C. Civil, cuando dos o más personas incurren en un hecho ilícito responden solidariamente.

3. Admitida la demanda, se ordenó correrla en traslado a los demandados quienes se opusieron a las pretensiones, manifestando que ninguno de los hechos expuestos en este escrito les constaba.

El demandado Humberto Garzón Velásquez propuso las excepciones que denominó "inexistencia extrancontractual por parte de mi representado de responsabilidad" y "existencia total de responsabilidad por parte del conductor de la buseta vehículo de servicio público".

Los demandados Roosevelt Martínez y Unión Comercial de Transportes S.A., formularon las excepciones de "carencia de acción" y "falta de legitimación en la causa".

La sociedad últimamente mencionada, igualmente llamó en garantía a la compañía Seguros del Comercio S.A., manifestando que, como tomó el 10 de marzo de 1982 de la aseguradora la póliza de seguros de automotores número 4750 vigente hasta el 10 de marzo de 1983, tiene derecho a exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia.

La parte demandante en escrito de 8 de marzo de 1983, prescindió de continuar el proceso contra el demandado Eurípides Alvaro Riaño (folio 93 cuaderno 1).

Por su lado, la sociedad Seguros del Comercio solicitó la absolución de todas y cada una de las pretensiones, en orden a lo cual manifestó que como la Inspección 11B Distrital de Policía mediante Resolución No. 98217 de 21 de julio de 1982, declaró responsable del accidente a Luis Vanegas, conductor del vehículo FD 0032, exonerando de toda infracción a Jaime David Martínez, conductor del automotor de placas SD 3780, afiliado a la Unión Comercial de Transportes, por ende tampoco existe responsabilidad para la llamada en garantía, "ya que el amparo de responsabilidad civil otorgado según la póliza de seguro de automotores No. 40750 no tiene operancia".

4. Tramitado el proceso, el Juzgado del conocimiento dictó sentencia el 28 de junio de 1984 resolviendo lo siguiente:

"1º Se declara que la sociedad Unión Comercial de Transportes S.A., Roosevelt Martínez y Humberto Garzón Velásquez, son civil y solidariamente responsables de los daños ocasionados a Concepción Romero Pabón, con ocasión del accidente de tránsito, mediante el cual la buseta de placas SD 3780, afiliada a la empresa Unión Comercial de Transportes S.A., de propiedad de Roosevelt Martínez, chocó contra la casa de propiedad de la nombrada Concepción Romero Pabón, ubicada en la calle 70 número 21-05 y 21-09, causándole los daños de que trata el proceso.

"2º Como consecuencia de la anterior declaración, la Sociedad Unión Comercial de Transportes S.A., Roosevelt Martínez y Humberto Garzón Velásquez, deben pagar a la demandante, en forma solidaria, como daño emergente y lucro cesante, la suma de \$1.159.482.00, más la devaluación monetaria, desde el día 31 de marzo de 1982 hasta cuando el pago se realice.

"3º Se condena, además, a los demandados a pagar los intereses de dicha cantidad a la rata del 6% anual.

“4° Se condena a la compañía de Seguros del Comercio S.A., a pagar la indemnización del perjuicio que llegue a sufrir el asegurado, esto es, la Unión Comercial de Transportes, S.A., o a reembolsarle totalmente el pago que dicha sociedad realice a la demandante Concepción Romero Pabón.

“5° Se condena a los demandados a pagar las costas del proceso, por igual. Líquidense.

“6° Se declaran no probadas las excepciones”.

5. Apelada esta decisión por la Unión Comercial de Transportes S.A., Roosevelt Martínez y Seguros del Comercio, el Tribunal en su fallo de 10 de febrero de 1986 confirmó la sentencia del juzgado.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

6. El Tribunal, luego de historiar ampliamente los antecedentes de este litigio y de encontrar presentes los presupuestos procesales, afirma que la pretensión ejercitada es la de perjuicios proveniente de la llamada responsabilidad civil extracontractual, prevista en el artículo 2341 del C. Civil, en consonancia con el artículo 2356 de la misma obra.

Posteriormente refiriéndose a la responsabilidad contractual y a la extracontractual, expresa que debe abordarse el estudio de esta última, por lo que “es indiscutible que su tratamiento se coloca bajo el imperio del artículo 2356 del Código Civil en armonía con el 2344 de la misma codificación, como norma rectora de esta especie de responsabilidad en punto de actividades peligrosas; por lo tanto, será bajo la orientación de esta pauta que se haga el estudio de la sentencia impugnada en esta instancia”.

Después de citar jurisprudencia de la Corte, según la cual los daños ocasionados en ejercicio de una actividad peligrosa, no requieren que la víctima demuestre la culpa del demandado, pues ésta se presume por quien con su obrar ha creado la inseguridad, en forma tal que no pueda liberarse de su responsabilidad sino acreditando que el perjuicio provino de culpa exclusiva de la víctima, de fuerza mayor o de la intervención de un elemento extraño, asevera el fallador que cuando el hecho ha sido ejecutado por quien actúa en nombre de un ente moral, éste compromete su responsabilidad y, por lo tanto, contrae la obligación de repararlo, sin consideración a la labor que en la sociedad desempeñe quien ejecutó el hecho, siendo suficiente que tal individuo por voluntad de aquélla, se encuentre a su servicio al causar el perjuicio.

Y tras precisar que la responsabilidad que en tales casos compromete la persona jurídica es directa, sostiene que cuando el delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355, según lo prevé el artículo 2344 del Código Civil.

7. Seguidamente procede el fallador a analizar los diferentes medios de prueba aportados al proceso.

En cuanto al daño producido a la propiedad de la demandante, dice que éste aparece suficientemente acreditado con los testimonios de Maximiliano Pacheco Hernández, Gonzalo de Jesús Silvera Bolívar y José Eusebio Forero, quienes de manera responsiva expusieron las circunstancias de tiempo, modo y lugar acerca de la destrucción parcial de la casa, como consecuencia de la embestida de la buseta distinguida con las placas SD 3780 afiliada a la Unión Comercial de Transportes y conducida por Jaime David Martínez Roa.

Así mismo asevera que el deterioro producido a la heredad con ocasión de la estrellada de aquel vehículo, se encuentra detallado en el dictamen pericial rendido con la finalidad de cuantificar el valor pecuniario de los daños, elemento de juicio que, según el Tribunal, robustece las afirmaciones de las anteriores declaraciones, como también se refuerzan con la fotocopia del levantamiento del croquis por parte del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Bogotá, y la fotocopia de los demás documentos aportados como pruebas de algunas diligencias administrativas adelantadas por esa entidad en torno a dicho accidente.

Y en relación con la causalidad entre el insuceso y el daño al inmueble, como consecuencia directa del referido accidente, la encuentra acreditada el fallador en el proceso, como resultado de una “visión conjunta de las probanzas antes reseñadas”.

8. A continuación dice el Tribunal que si el hecho generador del daño cuya indemnización se pretende, aparece plenamente probado, y el perjuicio es igualmente evidente, como se desprende indubitavelmente de los puntualizados elementos de convicción, estableciéndose además un nexo de causalidad entre uno y otro, resta por establecer la culpa en que pudieron incurrir la empresa afiliadora del vehículo causante del daño, así como los propietarios tanto de este vehículo como de la camioneta de placas FD 0032, “la que en principio debe presumirse, por imputársele a personas dedicadas al ejercicio de una actividad típicamente peligrosa, como la de transporte mediante automotores, de personas y cosas”.

Sobre el particular expresa que como la presunción de culpabilidad, al tenor del artículo 2356 del C.C., impera cuando el daño ha sido producido como consecuencia del desarrollo de una actividad peligrosa, dentro de la cual está la conducción de vehículos automotores, es aplicable esta disposición en el caso presente, ya que ninguno de los demandados atinó a alegar o probar algunos de los únicos factores eximentes de este tipo especial de responsabilidad, es decir, fuerza mayor, caso fortuito, o culpa exclusiva o concurrente de la víctima.

“Es ésta, entonces, prosigue el fallador, la preceptiva aplicable al caso controvertido y no la invocada por los recurrentes, recogida en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, pues como bien lo apuntó el *a quo* al transcribir doctrina de la Corte en el punto ‘la responsabilidad por el hecho de otro y la de que se deriva del ejercicio de una actividad peligrosa no se excluye pues... la presunción de culpabilidad en contra de quien ejercita una actividad peligrosa afecta no sólo al dependiente o empleado que obra en el acto peligroso, sino también al empleador, dueño de la empresa o de las cosas causantes del daño (LXI, pág. 569)’, pudiendo en tal hipótesis la víctima acogerse a las reglas que gobiernan la responsabilidad por el hecho ajeno o las que disciplinan la proveniente del ejercicio de actividades peligrosas”.

Concluye así el *ad quem* manifestando que la empresa demandada y los propietarios de los vehículos causantes del daño, deben soportar totalmente el pago de la indemnización de perjuicios, como lo establece el artículo 2344 del Código Civil, en la cuantía establecida por el juzgado de instancia.

9. Por último, en lo atinente al llamamiento en garantía, asevera que, como también aparece demostrada la existencia del contrato de seguro entre la Unión Comercial de Transportes S.A., su vigencia para la época en que el daño se produjo y el riesgo amparado por daños a bienes de terceros, la empresa aseguradora debe ser condenada al reembolso respectivo.

III. LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron el recurso extraordinario de casación dos de los demandados así como la sociedad llamada en garantía, el que sustentaron en forma separada, ya que obran las demandas presentadas por la Unión Comercial de Transportes S.A., Roosevelt Martínez y Seguros del Comercio S.A.

Atendida la conexidad que contienen los cargos de estas demandas, la Corte despachará algunos de éstos conjuntamente y por grupos.

Cargo único de la demandada Unión Comercial de Transportes S.A.

Acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar indirectamente los artículos 2341, 2344 y 2356 del C. Civil, 822, 993, 984 del C. de Comercio y 11 del Decreto 1293 de 1970, por aplicación indebida, y 306 del C. de P. Civil, por falta de aplicación, como consecuencia de los errores de hecho cometidos al apreciar equivocadamente la demanda inicial, sus reformas, las demandas integradas, particularmente la causa *petendi*, y al dejar de apreciar la contestación de la demanda, el certificado de constitución y gerencia de la Unión Comercial de Transportes S.A., el interrogatorio de parte de su representante legal y la declaración de parte del demandado Roosevelt Martínez.

10. Empieza la censura manifestando que el fallador para deducir la responsabilidad de la empresa transportadora, junto con los otros demandados, luego de encontrar acreditados los presupuestos de esta especie de responsabilidad, al abordar la culpa en que pudo incurrir la demandada y los propietarios de los vehículos, manifestó que debía presumirse, por tratarse de personas dedicadas al ejercicio de una actividad peligrosa como la del transporte de personas o cosas, además de que ninguno de los demandados alegó ni probó alguno de los únicos factores eximentes de responsabilidad, es decir, la ocurrencia del accidente por fuerza mayor, caso fortuito, o culpa exclusiva o concurrente de la víctima.

Y transcribiendo la última doctrina jurisprudencial citada en su fallo por el Tribunal, expresa la censura que el sentenciador dedujo que la empresa afiliadora era también culpable del accidente producido por un vehículo afiliado a su actividad comercial, y consecuencialmente responsable de los daños producidos, amparándose en la presunción de culpa consagrada en el artículo 2356 del C. Civil.

Posteriormente, adentrándose el censor en la demostración del error, observa que no existen elementos de convicción que demuestren que la sociedad haya

cometido el hecho, o que tenga la calidad de propietaria del automotor causante de los daños a la demandante, ni de empleadora del conductor de dicho vehículo, Jaime David Martínez, o que estuviese, por intermedio del vehículo afiliado, en ejercicio de una actividad peligrosa como es el transporte, para que de esta manera se le hubiera imputado la presunción de culpa.

Sobre el particular dice que la demanda inicial, ni las reformas, ni el libelo integrado, ponen de presente ningún hecho que directa o indirectamente vinculen a la Unión Comercial de Transportes, como persona dedicada al ejercicio constante y permanente de actividades peligrosas, ya que solamente se le cita, en el hecho primero, como empresa a la cual estaba afiliada la buseta de placas SD 3780 que chocó violentamente contra la casa de propiedad de la actora; que, en cambio, en ese mismo hecho y en el tercero, la demandante afirma que el autor material del daño fue el conductor de dicho vehículo, Jaime David Martínez Roa, dependiente de propiedad del mismo Roosevelt Martínez, lo que se acepta en la sentencia al decir que “se deduce meridianamente que el daño producido a la individualizada propiedad inmueble, cuyo dominio pertenece a la demandante, fue el resultado directo e inmediato de la embestida de la buseta de servicio público afiliada a la sociedad demandada cuya propiedad es de Roosevelt Martínez”.

La apreciación indebida de estas pruebas condujo según el impugnante, a que el Tribunal concluyera que la empresa estaba dedicada a una actividad peligrosa, cuando en realidad no podía deducirse más sino que era una persona jurídica, a la cual estaba afiliado el vehículo; y la falta de apreciación de la contestación a la demanda, el certificado de constitución y gerencia de la sociedad demandada y los interrogatorios de parte del gerente de ésta y del dueño del vehículo, Roosevelt Martínez, llevaron al *ad quem* a no observar que la sociedad afiliadora no estaba ejerciendo una actividad peligrosa, sino que se trataba de una empresa a la cual estaba afiliado el vehículo de servicio público para poder prestarlo, por cuenta del dueño del automotor, quien de paso se lucraba de esa explotación.

Refiriéndose a estos medios de prueba, expresa que en el escrito de réplica se advirtió la improcedencia de su llamamiento al proceso como demandada, porque no había cometido el hecho dañoso, ni directamente ni por otra persona, porque no era propietaria del vehículo accidentado, ni porque quien lo conducía era su dependiente y, además, por sobre todo, porque no estaba dedicada a una actividad peligrosa en el momento del insuceso que ocasionó el accidente; que en el interrogatorio de parte rendido por el Gerente, se admitió simplemente que la empresa era afiliadora del vehículo accidentado, y que el propietario del automotor no tenía ninguna vinculación económica ni laboral con la sociedad; que en el interrogatorio de parte de Roosevelt Martínez se aceptó igualmente que era propietario de la buseta, y que del certificado de constitución y gerencia se deduce que la recurrente está dedicada a varias actividades comerciales, y entre ellas la de vincular vehículos, calidad que no está erigida por la ley como fundamento de una presunción de culpabilidad.

En orden a demostrar la incidencia del error, sostiene que esta presunción consagrada en el artículo 2356 del C.C., aparece desvirtuada con la equivocada apreciación y con la preterición de las pruebas anteriormente señaladas, lo mismo que el presunto ejercicio de una actividad peligrosa; por manera que, prosigue la

censura, si el Tribunal no hubiera incurrido en este error de hecho evidente y trascendente, no habría aplicado el artículo 2356 del C.C. en concordancia con el artículo 2341 *ibidem*, ni el artículo 2344 *ejusdem*, haciendo a la sociedad solidariamente responsable con los dueños de los vehículos causantes del perjuicio y, por el contrario, hubiera concluido con sentencia absolutoria, reconociendo las excepciones propuestas, y particularmente la de inexistencia de la obligación.

Cargo primero de la demanda de Roosevelt Martínez

Mediante éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 2341, 2344 y 2356 del C. Civil; y por falta de aplicación, el artículo 306 del C. de P. Civil, como consecuencia de los mismos errores de hechos señalados en el cargo anterior, salvo en cuanto a la preterición del certificado de constitución y gerencia.

11. Señalando idénticos fundamentos a los expuestos en la censura precedente, sólo que aquí se dice que únicamente se le cita en la demanda como propietario de la buseta causante del daño y que, además, no existe ni una sola prueba que demuestre que el conductor David Martínez fuera su dependiente, pues éste, como lo dijo en el interrogatorio de parte, aquél sacó abusivamente su carro que le había dejado en el taller para que se lo arreglaran, concluye el cargo manifestando que las pruebas no indican sino que era el dueño del automotor, que no cometió el hecho directamente ni por interpuesta persona, que no conducía el vehículo y que quien lo manejaba, no era su subordinado, por lo que tampoco podía afirmar el fallador que ejercía una actividad peligrosa "sino que se trataba simplemente del propietario del vehículo de servicio público".

Cargo primero de la demanda de Seguros del Comercio S.A.

Con éste se acusa la sentencia de infringir indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 176 del C. de P. Civil; 6, 63, 66, 1542, 1568 incisos 2º y 3º, 1569, 1571, 1608, 1613, 1614, 1615, 2341; 2343, 2344 y 2356 del C. Civil; 1047, 1072, 1127, 1131 y 1054 del C. de Comercio; y por falta de aplicación, los artículos 174, 177 inciso 1º y 187 del C. de P. Civil, 1757 del C. Civil; 822, 1077 inciso 2º, del C. de Comercio, "como consecuencia de errores de hecho en relación con pruebas que obran en el expediente frente a la sociedad Unión Comercial de Transportes S.A., y por consiguiente frente a Seguros del Comercio S.A. como entidad llamada en garantía".

12. El impugnante, después de referir algunos apartes de las consideraciones del Tribunal, expresa que se condenó a la sociedad Unión Comercial de Transportes por ser la afiliadora de la buseta de servicio público SD 3780, desconociendo así los preceptos básicos que rigen el sistema de las presunciones, pues para aplicar el artículo 2356 del C.C. debe probarse, cuando se trata de actividades peligrosas, que el demandado tenía la dirección, manejo y control de la cosa causante del daño, es decir, que ostentaba la calidad de guardián, por tener una obligación de custodia sobre éstas en estado de no generar perjuicio y de no producir peligro para los terceros.

Una vez que afirma que la obligación de custodia recae normalmente contra el propietario, dice que el error del Tribunal consistió en haber considerado que la

sociedad Unión Comercial de Transportes S.A. era responsable de los perjuicios ocasionados por dicho vehículo, sin encontrarse demostrado que la mencionada sociedad tuviese la dirección, manejo y control del automotor; pues esta calidad de guardián para el momento del accidente no fue probada, por lo que, consecuencialmente, no podía condenar a Seguros del Comercio en razón de la existencia de la póliza de seguros 40750, ya que el llamamiento en garantía en tal evento no podía prosperar.

Seguidamente, procede el censor a relacionar los errores de orden probatorio que condujeron al fallador a esa equivocación, así:

a) Las diligencias administrativas adelantadas por la Inspección 11B Distrital de Policía, pues al contemplarlas entendió que ellas dicen lo que no rezan, ya que del hecho de aparecer en las fotocopias que la buseta estaba afiliada a la Unión Comercial de Transportes, no se desprende que ciertamente tuviera la dirección, manejo y control sobre el vehículo;

b) En el mismo yerro incurrió el fallador, respecto de las certificaciones expedidas por el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Bogotá, en relación con el vehículo SD 3780 y la inscripción de la demanda incoactiva de este proceso, pues de la sola mención que en ellas se lee, "Empresa Unión Comercial de Transportes", no se puede deducir que fuera guardián de dicha buseta;

c) En relación con el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la sociedad en mención, Jorge Enrique Martínez Arboleda, como quiera que por haber admitido que el automotor estuviera afiliado a la empresa, no podía seguirse que tuviera la dirección, manejo y control sobre él. Además, ignoró el Tribunal que también manifestó el interrogado que no conocía a su conductor, Jaime David Martínez Roa, por lo que no se acreditó que éste actuara a nombre de la sociedad;

d) En cuanto al interrogatorio de parte de Roosevelt Martínez, propietario de la buseta, ya que al manifestar que la había dejado en el taller para que la arreglaran y que abusivamente la sacó el conductor Martínez, demuestra, una vez más, que la sociedad no la tenía bajo su custodia, dirección y manejo;

e) En la apreciación de los testimonios de Maximiliano Pacheco, José Eusebio Forero Solano y Gonzalo de Jesús Silvera Bolívar, en razón de que al afirmar los dos primeros que por el lugar del accidente no transitaban busetas y al decir el último que sintió un ruido estruendoso que traía la buseta afiliada a la sociedad, no se podía colegir la guarda material sobre la cosa a cargo de ésta, además de que se demuestra que el conductor no cumplía funciones al servicio de la demandada;

f) Alteró el contenido del dictamen pericial practicado en el proceso, pues de la afirmación de afiliación que allí se hace, no podía suponer la calidad de guardián;

g) Finalmente, incurrió en error de hecho en relación con la póliza de seguro de automotores expedida por Seguros del Comercio S.A., por cuanto si hubiera visto lo que reza la cláusula primera, habría concluido que la aseguradora sólo estaba obligada a reembolsar a la Unión Comercial de Transportes si ésta hubiera incurrido en responsabilidad, pero como ello no ocurrió, y así ha debido declararlo el tribunal, no procedía la condena contra la compañía de seguros como llamada en garantía en

los términos señalados en la sentencia, es decir, por haberse producido “el riesgo amparado por daños a bienes de terceros”.

Dice entonces el casacionista que “los errores de hecho en relación con el acervo probatorio que he puesto de presente en el capítulo anterior, llevaron al Tribunal a la conclusión equivocada de que el conductor de la buseta de servicio público SD 3780, al momento de producirse el daño, estaba el servicio de la sociedad demandada, Unión Comercial de Transportes S.A., por ser esta la sociedad afiliadora de la mencionada buseta. Por consiguiente, de esa apreciación equivocada, dedujo el Tribunal que sobre la sociedad demandada pesaba una presunción de culpa por actividad peligrosa derivada del transporte terrestre y en consecuencia condenó a Unión Comercial de Transportes S.A. a pagar los perjuicios solicitados y a Seguros del Comercio S.A. como llamada en garantía a reembolsarle a esta última sociedad los pagos que ella tuviera que hacer como consecuencia de la sentencia.

Por último, la censura expone la incidencia de los errores denunciados sobre las normas citadas en el comienzo del cargo.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

13. En particular, en lo atinente a la responsabilidad por el daño causado por las cosas inanimadas, dentro de la cual se ha entendido la conducción de vehículos automotores, ha precisado la Corte, en numerosos y repetidos fallos, que la disposición aplicable en tales casos es el artículo 2356 del C.C., el que consagra una presunción de culpabilidad, por lo que le basta a la víctima demostrar el hecho dañoso como consecuencia necesaria de la actividad peligrosa desarrollada por el demandado, encontrándose, por tanto, eximida de la carga probatoria en cuanto a la culpa; y que el autor del daño sólo puede exonerarse de su responsabilidad cuando acredite plenamente que el perjuicio se produjo por caso fortuito, fuerza mayor o la culpa exclusiva de la víctima o la de un tercero, no bastándole, por ende, probar diligencia o cuidado.

Por ende, es en el citado artículo 2356 en el que se determina la responsabilidad de quien ha causado un daño, que se presume cometido, en razón de originarse en desarrollo de una actividad que de por sí implica riesgos, y esta responsabilidad comprende, entonces, no sólo al autor del daño por el hecho personal suyo, sino también por el hecho de las cosas que le pertenecen o que sobre ellas ejerza, de cualquier otro modo, la dirección, control y manejo, como cuando a cualquier título se detenta u obtiene provecho de todo o parte del bien mediante el cual se realizan actividades caracterizadas por su peligrosidad.

14. En este asunto, en forma absolutamente clara dijo el Tribunal que “es ésta entonces –se refiere al artículo 2356 del C.C.– la preceptiva aplicable al caso controvertido y no la invocada por los recurrentes, recogida en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil”, y prohiendo la doctrina transcrita por el *a quo*, agregó que “la responsabilidad por el hecho de otro y la que se deriva del ejercicio de una actividad peligrosa no se excluyen, pues la presunción de culpabilidad en contra de quien ejercita una actividad peligrosa afecta no sólo al dependiente o empleado que obra en el acto peligroso, sino también al empleador, dueño de la empresa o de las cosas causantes del daño” ..., para concluir que, no habiendo alegado ni demostrado

la parte demandada fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la víctima, los propietarios de los vehículos causantes del daño, así como la sociedad afiliadora de uno de los automotores, debían responder solidariamente por los perjuicios causados a la heredad de la demandante.

Este razonamiento del fallador no es equivocado, pues no contradice lo expuesto en el *petitum* y en la causa *petendi* del libelo, además de que consulta la realidad objetiva de las pruebas atinentes a la afiliación y propiedad del vehículo de placas SD 3780, ya que evidentemente, en las pretensiones de la demanda expresamente se solicita condenar a los recurrentes en estas calidades, es decir, como responsables del choque “mediante el cual la buseta de placas SD 3780, afiliada a la sociedad Unión Comercial de Transportes S.A. de propiedad de Roosevelt Martínez y conducida por Jaime David Martínez Roa...”, además de que en los hechos se repitió esta condición, pues en el primero textualmente se expuso que “el día 31 de marzo del presente año, aproximadamente a las diez de la noche, la buseta de placas SD 3780 afiliada a la empresa ‘Unión Comercial de Transportes S.A.’, de propiedad de Roosevelt Martínez y conducida por Jaime David Martínez Roa, chocó violentamente contra la casa de propiedad de mi poderdante...”, y la propiedad del automotor en referencia como la afiliación, están debidamente acreditadas con los documentos que obran a folios 90 y 91 del cuad. 1º, además de que así lo admitieron los demandados en el interrogatorio de parte rendido por ellos (fols. 119 y 119 vto. cuad. 1º).

Entonces, siendo así que en la demanda se solicitó la condena contra los demandados, como dueño y empresario, y se expusieron los hechos atinentes a la responsabilidad del propietario y la sociedad afiliadora del vehículo mencionado, aunque también se hubiera relatado que el conductor era dependiente de éstos, y si, además, obra la prueba indicativa del dominio y la afiliación, no puede entenderse que el Tribunal hubiera cometido error en la apreciación de estos medios probatorios, suficientes per se para deducirles responsabilidad, pues la dependencia o subordinación se exige es para la responsabilidad que se origina con fundamento en el artículo 2347 del C.C., pero no para las acciones impetradas con base en el artículo 2356 ibídem, como aquí acontece, ya que en este caso no interesan las relaciones entre el conductor y el guardián o propietario, puesto que, repítese, la presunción de culpa emerge es de la obligación de mantener o conservar las cosas, del control de mando, dirección y aun del goce sobre ellas, en forma tal que nadie reciba daño alguno, con abstracción de su conductor.

15. La no apreciación de los demás medios de prueba citados por los recurrentes como erróneamente apreciados o preteridos por el *ad quem*, resulta, frente a las pruebas atrás mencionadas, intrascendentes en orden a la decisión tomada por el Tribunal.

Adicionalmente se observa que, como estos mismos medios de prueba, ni por asomo demuestran caso fortuito, fuerza mayor, o culpa de la víctima o de un tercero, siendo de observar que ni siquiera se alegaron, los fundamentos del Tribunal permanecen incólumes. Y no pudiendo tenerse el interrogatorio de parte de uno de los demandados como demostrativo de un hecho que le favorece, la sola manifestación de que el vehículo se le sustrajo sin su autorización carece de valor probatorio y, si aún se pudiese admitir lo contrario, este hecho, por sí solo, sin otra prueba que lo

corrobores, no constituye circunstancia eximente de responsabilidad, pudiendo ser indicativa de ausencia de culpa, lo que no resultaría suficiente para liberarse de responsabilidad.

16. Es evidente, conforme al Estatuto de Transporte Terrestre Automotor —Decreto 1393 de 1970— vigente para la época de ocurrencia de los hechos, que las empresas de transporte son, por definición, “una unidad de explotación económica permanente, con los equipos, instalaciones, y órganos de administración adecuados para efectuar el acarreo de personas o bienes de un lugar a otro (art. 9°); que las mismas deben poseer un sistema adecuado de mantenimiento de los vehículos, bien que lo hagan por cuenta propia o faciliten a los demás los medios para hacerlo” (art. 21); que deben forzosamente contratar los conductores y les asignan los honorarios (arts. 2°, 47 y 51); que son las que elaboran tanto el reglamento de funcionamiento como el interno de trabajo (arts. 9° y 24); las que, cuando no son propietarias de todos los vehículos, los vincula “por cualquier forma contractual legalmente establecida” (art. 9°), y, en fin, la de que una vez obtenida la licencia de funcionamiento, que la acredita encontrarse en posibilidad “de prestar el servicio público de transporte terrestre automotor” (art. 23), obtiene la tarjeta de operación de los vehículos.

Las anteriores, son, entre otras, algunas disposiciones que ponen de presente no sólo que estas empresas obtienen de su actividad un beneficio económico, sino que también la ejecución del servicio público de transporte únicamente se presta a través de las mismas, efectuándose dicho servicio bajo su control y responsabilidad.

De consiguiente, no hay duda que como el conductor que ejerció la actividad peligrosa causante del accidente, utilizaba el vehículo de propiedad de Roosevelt Martínez y afiliado a la Unión Comercial de Transportes, ésta, por su propia actividad, comprometió también su responsabilidad, por ser la empresa que fuera de lucrarse, estaba en aptitud de dar instrucciones y órdenes.

Al respecto opinó en su momento la doctrina:

“Creemos que la responsabilidad de la actividad peligrosa se halla en estos eventos a cargo tanto de la empresa como del dueño, siendo procedente aplicar el concepto de solidaridad de que trata el artículo 2344 del C.C., y teniendo, de consiguiente, la víctima una acción opcional contra cualquiera de los solidariamente obligados o contra todos. La regla del artículo 1571 tiene aquí cumplido efecto. En cuanto a los demandados, sus recíprocas relaciones se regulan por lo dispuesto en el artículo 1579” (Alvaro Pérez Vives, *Teoría general de las obligaciones*, primera parte, Tomo II, págs. 372 y 373).

17. En conclusión, siendo la actividad con que se causó el daño reconocidamente peligrosa, no cometió error de hecho el Tribunal al apreciar las pruebas y deducir, con fundamento en ellas, la responsabilidad del dueño y la empresa afiliadora del vehículo, como quiera que éstos no desvirtuaron la presunción de culpa que sobre ellos pesa, aunque la actividad hubiera sido desarrollada por un tercero ajeno a ellos.

Y si la sociedad demandada contrató el seguro, no se quebrantaron las normas que declaran la obligación de la sociedad aseguradora de responderle al asegurado conforme al contrato de seguros.

No prosperan, en consecuencia, los cargos formulados por los demandados recurrentes, como tampoco el invocado por la sociedad llamada en garantía.

Cargo segundo de la demanda presentada por Roosevelt Martínez

Dentro de la causal primera de casación, acusa la sentencia de ser violatoria de los artículos 1613, 1614, 2341, 2344 y 2356 del C. Civil, por aplicación indebida, proveniente de error de hecho en la apreciación de la prueba, “particularmente en la apreciación del dictamen pericial”.

18. En el desarrollo del cargo, después de citar los razonamientos del Tribunal relativos a la aceptación del dictamen pericial y de referir el artículo 1613 del C. Civil atinente a los conceptos de daño emergente y lucro cesante, como también el artículo 1614 de la misma obra, expresa el casacionista que en el presente caso, los peritos, alejados de las definiciones legales previstas en los preceptos en mención, hicieron “una estimación que resumen de la siguiente manera”, así:

“Valor perjuicios	\$ 529.482.00
Valor lucro cesante	330.000.00
Valor daño emergente	300.000.00
Valor perjuicios morales	50.000.00
Suman	\$ 1.209.482.00”

De lo precedente coliga la censura que el sentenciador incurrió en error de hecho en la apreciación del aludido dictamen pericial, ya que, además de acoger las sumas en referencia por los conceptos de lucro cesante y daño emergente, también incluyeron otro rubro por concepto de perjuicios por valor de \$529.482.00. “Que no corresponde a ninguno de los otros dos conceptos y que más bien parece ser el total de los dos valores citados con anterioridad”; estima igualmente que si la suma últimamente indicada corresponde al daño emergente padecido por la demandante, entonces también incurrió el fallador en error de *facto*, al no haberse percatado que por el mismo concepto, vale decir, por daño emergente, aparecían dos sumas de dinero diferentes, cuando legalmente sólo podía estimar una de ellas.

Igualmente encuentra el impugnante otro error de hecho, cuando el Tribunal consideró que la suma de \$300.000.00 tenía la calidad de daño emergente, siendo que en realidad ésta correspondía al lucro cesante, pues éste ya había sido tasado en \$330.000.00, de lo que concluye que “los perjuicios pueden tasarse de la siguiente manera: a) \$529.482.00 por lucro cesante y daño emergente, o b) \$630.000.00 por lucro cesante y daño emergente, o c) \$859.482.00 por lucro cesante y daño emergente. Pero de ninguna manera puede admitirse la suma de \$1.159.482.00 a la cual fueron condenados los demandados...”.

Por último, halla el censor otra equivocación del *ad quem*, consistente en no percatarse que la corrección monetaria no podía imponerse como condena en el momento del accidente, en razón a que la liquidación de perjuicios por lucro cesante, vino a representar una suma que se formó por acumulación de las pensiones periódicas “durante los 20 meses que tuvieron en cuenta los peritos y que viene a

sustituir el anotado fenómeno devaluativo, de tal manera que por este concepto el Tribunal impuso una doble y hasta triple condena”.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

19. El casacionista sólo repara sobre el monto de la liquidación de los perjuicios, o el resumen que acerca de los mismos hicieron los peritos, dejando de lado los restantes fundamentos en que se apoyaron para arribar a la conclusión final. En esta circunstancia, no se ajusta a la técnica, por cuanto el sustento probatorio, que es el dictamen en su integridad, se fundamenta en varios aspectos que no son enjuiciados por la censura.

Para la prosperidad del ataque forzoso le era al impugnador demostrar la evidencia del yerro que le enrostra el fallador, indicando en dónde se incurrió en la falencia en la valoración del peritaje. En constante doctrina pregonan la Corte: “mientras no esté demostrado que el sentenciador vio el dictamen pericial de manera distinta a como aparece producido, incurriendo en su apreciación en arbitrariedad manifiesta, el juicio que sobre el mismo haya podido formarse goza de la presunción de acierto y debe ser respetado” (t. CVII, pág. 88).

Cargo tercero de la demanda presentada por Roosevelt Martínez

Se impugna la sentencia de ser violatoria de los artículos 1608, 1615 y 1617 del C. Civil, por aplicación indebida, como consecuencia de error de hecho evidente y trascendente en que incurrió el Tribunal al confirmar la condena de que trata el numeral 3º del fallo impuesta en la sentencia de primera instancia, sin que exista prueba alguna del requerimiento hecho al recurrente para constituirlo en mora.

20. En el desenvolvimiento del cargo se expresa que el *a quo* no hizo ninguna consideración en torno a la condena por intereses, como tampoco sobre la fecha en que debía empezar a causarse, ni razonamiento respecto a la prueba que estableciera que el recurrente había sido constituido en mora, suponiendo esta prueba, y que en igual omisión incurrió el Tribunal en la sentencia de segundo grado; como quiera que se limitó a establecer los presupuestos de la responsabilidad aquiliana.

Después de recordar que el numeral 1º del artículo 1617 del Código Civil establece que la indemnización de perjuicios sólo procede por la mora del deudor, como también lo señala el artículo 1615 de esta misma obra, y que éste sólo se encuentra en mora cuando está en presencia de uno de los tres casos previstos en el artículo 1608 *ibidem*, deduce la censura que el demandado, como no se encuentra en ninguno de los dos primeros eventos de la norma últimamente referida, para que fuera sujeto pasivo de dicha condena, era menester que obrara la prueba del requerimiento judicial para colocarlo en mora.

Finaliza el cargo expresando que no establecida la prueba de esta situación, cometió notorio y trascendente error de hecho el Tribunal, como quiera que condenó al demandado a pagar intereses, a la tasa anual del 6% sobre la cantidad fijada en el fallo, es decir, sobre la constituida por el daño emergente y el lucro cesante, tal como aparece en el numeral 3º, de la sentencia de primer grado, confirmada por el Tribunal.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

21. En el numeral 2º de la sentencia del *a quo* se ordenó a los demandados pagar en forma solidaria a la demandante por concepto de perjuicios, la suma de \$1.159.482.00, más la devaluación monetaria “desde el día 31 de marzo de 1982 hasta cuando el pago se realice”; y en el numeral 3º de la misma se dispuso condenar a la parte demandada “a pagar los intereses de dicha cantidad a la rata del 6% anual”. El *ad quem* confirmó sin variaciones estos proveimientos.

22. De conformidad con el artículo 1608 del C. Civil, el deudor está en mora únicamente en uno de estos supuestos: a) Cuando no ha cumplido la obligación en el término estipulado, salvo que la ley en casos especiales, exija que se le requiera para constituirlo en mora; b) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo, y el *solvens* lo deja transcurrir sin dar o ejecutar la prestación, y c) Cuando el deudor ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor.

En concordancia con la disposición precedente, establece el artículo 1615 del C. Civil, que 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, ya que en este caso se causa desde el momento de la contravención. Y de acuerdo con el artículo 1617 del C. Civil, tratándose de obligaciones dinerarias la “indemnización por la mora” se sujeta a estas reglas: en ausencia de estipulación contractual o de expresa autorización para cobrar el interés moratorio legal, que en materia civil se fija en el 6% anual.

Por su parte, el artículo 334 del C. de P. Civil preceptúa que únicamente 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”.

23. Ahora bien. *Las sentencias, como la ley, deben también interpretarse racionalmente. En la que ocupa la atención de la Corte, se advierte que la condena a pagar intereses está en ordinal separado, sin señalar que se liquiden desde la fecha de los hechos. Luego el entendimiento lógico de esta condena no puede ser otro que su exigibilidad es a partir de la ejecutoria de la sentencia. Como consecuencia, no incurrió el sentenciador en el quebranto de la ley que la censura denuncia.*

El cargo, por lo tanto, no prospera.

Cargo segundo de la demanda de Seguros del Comercio S.A.

Se acusa la sentencia de segundo grado de ser indirectamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 822, 831, 1036, 1045, 1046, 1047, 1048, 1049, 1056, 1064, 1079, 1087, 1088, 1089 y 1062 del C. de Comercio y 1602 del C. Civil, como consecuencia de error de hecho cometido por el Tribunal en la apreciación de la póliza de seguros 40750 y sus anexos.

24. Una vez que recuerda el censor que el Tribunal confirmó la sentencia de primer grado en la parte que había condenado a Seguros del Comercio S.A., a reembolsarle totalmente a Unión Comercial de Transportes S.A., el pago que dicha sociedad realizara a la demandante Concepción Romero Pabón, y que, por ende, la

sociedad llamada en garantía fue condenada a pagarle solidariamente a la actora la suma de \$1.159.482.00, más la devaluación monetaria desde el 31 de marzo de 1982 hasta cuando el pago se efectuara, expresa que al fallar de esta manera cometió el sentenciador ostensible error de hecho en relación con la póliza de seguros de automotores No. 40750 expedida por la compañía aseguradora, como respecto del anexo que hace parte de la misma póliza.

A continuación sostiene, que según la póliza, la responsabilidad civil, por daños a bienes de terceros, tiene un valor asegurado de \$43.400.00; la responsabilidad civil por muerte o lesiones a varias personas \$130.200.00; que éstas son sumas globales que comprenden la totalidad de los vehículos de la asegurada Unión Comercial de Transportes S.A. relacionados en el anexo de la póliza, visible al folio 59 del cuaderno 1; que esos valores globales se determinan a su vez para cada vehículo asegurado; y que en esa relación de vehículos aparece el distinguido con las placas SD 3780, causante del daño a la propiedad, leyéndose en el renglón correspondiente a "valores asegurados" las cantidades "200/200/600.000", lo que quiere decir que por responsabilidad civil, daños a bienes de terceros causados por la citada buseta, el límite de la suma asegurada era de \$200.000.00, igual suma por muerte o lesiones a una sola persona y \$600.000.000 por muerte o lesiones a varias personas.

Que por ende, prosigue la censura, como el riesgo previsto, daños a bienes de terceros se realizó, el valor correspondiente que debe reconocer Seguros del Comercio sólo asciende a \$200.000.00, pues ésta fue la cantidad que las partes acordaron en relación con la buseta 3780; que, por lo tanto, si el Tribunal hubiera tenido en cuenta que esa relación de vehículos o anexo hacía parte de la póliza, no hubiera condenado a la recurrente a reembolsar la totalidad de lo que pague la demandada asegurada, y sólo la habría condenado a reembolsar los \$200.000.00 estipulados en el anexo mencionado.

Posteriormente anota el impugnante, que por las razones expuestas incurrió en error de hecho el Tribunal, ya que no tuvo en cuenta que los valores asegurados por responsabilidad civil que aparecen en las condiciones generales de la póliza 40750 se relacionan según la referencia adjunta que la misma póliza anuncia, haciendo parte de ella, ignorando, consecuencialmente no sólo este documento y el anexo, sino la cláusula que aparece en las condiciones generales, según la cual la compañía aseguradora se obligaba a pagar la indemnización, la que en ningún caso excedería de la suma asegurada estipulada, desconociendo también la cláusula primera de la misma póliza, la que textualmente expresa que "bajo esta sección la compañía se obliga a indemnizar los perjuicios patrimoniales que sufre el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley, ocasionados por el vehículo descrito en la presente póliza por un accidente o serie de accidentes provenientes de un solo acontecimiento".

Concluye expresando el impugnador que al proceder así el fallador, infringió las normas citadas en el comienzo del cargo, las que, en síntesis, establecen que el asegurador no está obligado a responder sino hasta la concurrencia de la suma asegurada, como los principios que gobiernan los contratos y obligaciones civiles y mercantiles, así como las que refieren las reglas atinentes a la póliza colectiva, como las condiciones particulares de la citada póliza.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

25. Entre los riesgos amparados a favor de la sociedad demandada Unión Comercial de Transportes S.A. figura en la póliza número 40750 el de responsabilidad civil, al que se le asignó como valor asegurado la suma de \$43.400.000.00 por los conceptos de daños a bienes a terceros, muerte o lesiones a una persona y muerte o lesiones a varias personas, respecto de los vehículos que aparecen “según relación adjunta” y en el anexo de la misma póliza (fol. 59 cuad. 1º), pues aquel documento expresamente refiere a ésta por su número, aparece una relación pormenorizada de los automotores asegurados, dentro de los cuales y bajo el número de orden 106, se encuentra la buseta Dodge con placas SD 3780, o sea el mismo vehículo que causó el accidente de que trata este proceso, en donde se señala como límite por tales conceptos los valores de “200/200/600”, lo que evidentemente significa que la aseguradora se comprometió a pagar por los daños causados a terceros hasta la cantidad de \$200.000.00.

26. No obstante lo anterior, el Tribunal al deducir la responsabilidad contra la empresa asegurada y, por ende, condenarla a pagar la suma de \$1.159.482, junto con la devaluación monetaria y los intereses causados, igualmente condenó a la aseguradora llamada en garantía a reembolsar en su totalidad el pago que aquella sociedad efectuara a la demandante, pues esta decisión del *a quo* la confirmó sin modificación alguna, pese a que en el escrito mediante el cual se sustentó el recurso de apelación se manifestó por la compañía de seguros su inconformidad sobre el particular.

Esta condena, entonces, la impuso el fallador aplicando el artículo 57 del C. de P.C. y el último inciso del 56 *ibidem*, aspecto que no advirtió la acusación, como que la violación que denuncia lo es por falta de aplicación, particularmente del artículo 1079 del C. de Co., cuando fue éste, junto con aquéllos, el que aplicó el Tribunal y ninguna norma acusa por aplicación indebida.

Como el recurso de casación es eminentemente dispositivo y es deber del recurrente denunciar el quebranto de todas las normas que aplicó el fallador, la omisión de la impugnación no puede suplirla el órgano de casación.

Significa lo anterior que el recurrente incurrió en defecto técnico al no integrar la proposición jurídica, lo que impide el estudio de fondo del ataque, llevando a la improsperidad de la censura por la forma como se estructuró la objeción por la impugnación que pueda entrarse en el examen del contrato de seguros que celebrado válidamente es ley para las partes.

El cargo, pues, deviene inane.

DECISIÓN

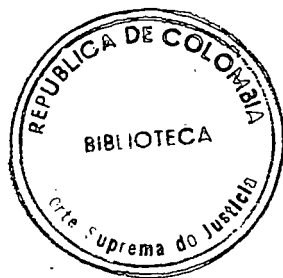
Con base en lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 10 de febrero de 1986 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario de Concepción Romero Pabón frente a Unión Comercial de Transportes S.A., Roosevelt Martínez y otros.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente.

Héctor Marín Naranjo, José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, conjuéz.

Luis H. Mera Benavides
Secretario (E.)



PREJUDICIALIDAD

Es una forma de suspensión del proceso que requiere decreto del juez y produce efectos a partir de la ejecutoria del auto que la decreta.

F.F. artículo 170-1 del C. de P.C.

Igual sentido: S. del 11 de septiembre de 1975. CLI, 229.

PROMESA DE COMPRAVENTA

Por su naturaleza sólo genera la obligación de hacer el contrato. Pero con frecuencia las partes incorporan otras ordenaciones contractuales, en cuanto al pago del precio y a la entrega del bien, aspectos que deberían concretarse al momento de perfeccionarse la compraventa. Esas obligaciones previas a la propia de hacer deben ser cumplidas por los contratantes en el orden y forma convenidos, siempre que estén señalados con precisión los términos de las mismas. De no ser así habrá que llegarse a estimar que esos deberes, en torno al precio y a la cosa, han de satisfacerse al momento de perfeccionarse el contrato prometido.

F.F. artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

MUTUO DISENSO TACITO

Mantiene vigencia como mecanismo para disolver un contrato que se ha incumplido por ambas partes y ante la inocultable posición de no permanecer atados al negocio por la recíproca y simultánea inexecución o incumplimiento de las partes en sus obligaciones contractuales. Debe mirarse si en la convención se indicó el orden en que debían éstas ejecutarse.

F.F. artículo 1602 del C. Civil.

Igual sentido: S. del 5 de noviembre de 1979. CLIX, 314.

S-146-16.07.85-1 CLXXX, 130.

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Prospera esta excepción cuando en la convención se indicó el orden en que debían cumplirse las obligaciones, si el excepcionante demuestra que no estaba obligado a ejecutar en primer término sus obligaciones.

F.F. artículo 1546 del C. Civil.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: *José Alejandro Bonivento Fernández.*

Bogotá, D.E., junio (7) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 5 de noviembre de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este proceso ordinario de Luis Antonio Ordóñez Vanegas frente a Alejandro Ordóñez Vanegas.

I. EL LITIGIO

Luis Antonio Ordóñez Vanegas demandó, por los trámites de un proceso ordinario ante el Juzgado Unico del Circuito de Garzón, a Alejandro Ordóñez Vanegas, para que se declare la resolución del contrato de promesa de compraventa entre ellos celebrado, con la orden de restitución del inmueble prometido y la condena al pago de los perjuicios, así como a las costas del proceso.

Los hechos, fundamento de la causa *petendi*, son presentados así:

Que el demandante, siendo propietario de dos lotes de terrenos ubicados en la carrera 12 No. 9A-20 de la actual nomenclatura de Garzón (Huila), comprendido en los linderos indicados en el hecho 1º, por compra que hiciera mediante Escritura pública 582 de 9 de julio de 1983 de la Notaría Unica del Circulo de Garzón a Mariela Silva y María Elena Fonseca Silva, prometió en venta a Alejandro Ordóñez Vanegas en fecha que no puede precisar, pero posterior al 30 de septiembre de 1983.

Que en la cláusula cuarta del contrato los contratantes acordaron como precio de los lotes objeto del negocio la suma de \$1.760.000.00 "pagaderos en la siguiente forma:

a) La suma de seiscientos cincuenta mil pesos (\$650.000.00) moneda corriente a la firma de este documento, en dinero efectivo y la suma de un millón ciento diez mil pesos moneda corriente (\$1.110.000.00) los pagará el promitente comprador a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Oficina de Garzón, en virtud de una obligación hipotecaria adquirida por el promitente vendedor con la entidad mencio-

nada, cuya cuantía es de dos millones de pesos (\$2.000.000.00), moneda corriente, habiendo dado en garantía precisamente los dos (2) lotes urbanos que se describieron en la cláusula tercera de este contrato y que son también objeto de esta promesa.

“La hipoteca que se consigna a favor de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, está vertida en la escritura número ochocientos setenta y dos (872) de fecha septiembre (30) treinta de mil novecientos ochenta y tres (1983) de la Notaría de Garzón, y a favor de la Caja Sucursal de Garzón. El saldo insoluto de la hipoteca lo descargará el promitente vendedor para así sanear la presente promesa de compraventa y poder realizar la escritura de venta a que se contraen”.

Que al obligarse el promitente comprador a cubrir el crédito otorgado por la Caja Agraria al demandante “se entiende sin discusión, que la obligación la pagaría Alejandro Ordóñez Vanegas, en la fecha convenida con la citada entidad crediticia”, y el eventual saldo del crédito hipotecario sería por cuenta del prometiente vendedor.

Que “nunca existió obligación a cancelar suma alguna a cargo del demandante por cuanto la Caja Agraria solamente otorgó un préstamo por \$1.000.000.00 según lo prueba la obligación No. 25190 suscrita a favor de la entidad crediticia, el diecisiete (17) de noviembre de 1983 y con fecha de vencimiento diecisiete (17) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984). Así, Alejandro Ordóñez Vanegas debió cancelar estas sumas en las fechas ya anotadas como requisito fundamental, *sine qua non*, previo o al menos concomitante para la cancelación del gravamen que sobre los inmuebles pesaba y poner en posibilidad de otorgar la correspondiente escritura de compraventa al promitente vendedor Luis Antonio Ordóñez Vanegas”.

Que el comprador no cumplió con la obligación de pagar el crédito y “el día en que debió otorgarse la escritura de compraventa, es decir el tres (3) de septiembre de 1984, “con la consecuencia obvia de imposibilitar el perfeccionamiento de compraventa (sic) prometida pues en ese entonces se encontraba vigente, como aún hoy se encuentra la hipoteca.

Que se pactó que en caso de incumplimiento el pago de la suma de \$500.000.00, como cláusula penal.

Que la Caja Agraria “exige actualmente el saldo de la deuda al señor Luis Antonio Ordóñez Vanegas” y que el prometiente comprador se ha constituido en mora de cumplir sus obligaciones contractuales.

Admitida la demanda se dispuso correr traslado a Alejandro Ordóñez Vanegas, quien por conducto de apoderado judicial, le dio contestación con oposición a las pretensiones del actor. A los hechos respondió “No me constan”. Propuso como excepción de fondo la de contrato no cumplido, para lo cual reconoce la celebración del contrato de promesa de compraventa, habiéndose convenido el 2 de septiembre de 1984 para otorgar la escritura pública correspondiente, pero, por ser domingo, se presentaron las partes el día lunes, sólo que el demandante se presentó sin los comprobantes requeridos y con vigencia de la hipoteca. Y él, por su parte, llevó todos los documentos exigidos, además de tres títulos valores por un total de \$1.100.000.00 girados a nombre de Maderas o Industrias de Maderas Ordóñez y/o Alejandro Ordóñez Vanegas. Así mismo adujo que el día 4 de septiembre de 1984 se dirigió a la

Caja Agraria de Garzón a pagar la mencionada suma, que fuera recibida por esta entidad el día 5 siguiente.

Que el demandante ha incumplido con las prestaciones a su cargo estando en imposibilidad de adelantar con éxito la acción resolutoria.

Cumplido el trámite de primera instancia, el Juzgado Unico Civil del Circuito de Garzón profirió la sentencia de 25 de febrero de 1987, declarando “resuelto por incumplimiento recíproco de ambos contratantes (mutuo disenso tácito) el negocio de promesa de compraventa de fecha 2 de septiembre de 1983”, con la orden de que las cosas “vuelvan al estado que tenían antes de su celebración”, por lo cual el demandado restituirá los lotes de terreno junto con sus anexidades, en la forma como aparecen identificados en las cláusulas segunda y tercera del respectivo acuerdo negocial, y el demandante a reintegrar la suma de \$1.760.000.00, junto con sus intereses de ley, correspondientes al precio total del contrato pagado por el prometiende comprador” y con la negativa a la condena a perjuicios así como a la excepción de contrato no cumplido propuesto por el demandado. Costas del proceso a cargo de este último.

De la decisión precedente sólo apeló el demandado y el Tribunal Superior de Neiva, mediante sentencia de 5 de noviembre de 1987, dispuso:

“1º *Revocar* el punto primero de la sentencia de fecha 9 de mayo de 1987, proferida en este proceso por el Juzgado Unico Civil del Circuito de Garzón, para en su lugar, *Declarar* resuelto por incumplimiento del demandado Alejandro Ordóñez Vanegas el negocio jurídico de promesa de compraventa de fecha 2 de septiembre de 1983, celebrado en dicha ciudad, entre Luis Antonio Ordóñez Vanegas como prometiende vendedor, y Alejandro Ordóñez Vanegas como prometiende comprador, relacionado con dos lotes de terreno cuya ubicación, composición, extensión y linderos específicos se describen en el hecho 1º de la demanda.

“2º *Confirmar* el punto 3º de la misma sentencia en el sentido de *No acceder* a la condena de perjuicios y al pago de la cláusula penal peticionadas por el actor por no hacer más gravosa la situación del recurrente, como se dijo en la motiva de esta providencia.

“3º *Confirmar* el referido fallo en sus puntos segundo, cuarto y quinto.

“4º *Condenar* en costas al demandado en esta instancia, en un 70%”.

II. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Comienza el Tribunal con un amplio relato de la actuación en el juzgado y de las razones expuestas por el recurrente para pedir la revocatoria del fallo apelado, para entrar en seguida en consideraciones en derredor de los alcances de la promesa de contrato de compraventa, el que encuentra acreditado con el aportado al plenario en fotocopia autenticada, así como de la excepción de contrato no cumplido; y luego de citas de doctrina jurisprudencial sobre esas materias, afirma:

“Luis Antonio Ordóñez Vanegas ha afirmado que Alejandro Ordóñez Vanegas ha incumplido el contrato de promesa de compraventa acordado entre los dos,

incumplimiento consistente en el no pago a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de Garzón, de la suma de \$1.100.000.00 correspondiente a la obligación No. 25190 del 17 de noviembre de 1983, y que debía ser cancelada el 17 de mayo de 1984, fecha de su vencimiento (fls. 4, 5, 6, 7, C.P.), según contrato de mutuo y garantía hipotecaria.

“Ha replicado el demandado a las afirmaciones del actor que, quien ha incumplido el negocio jurídico ha sido el promitente vendedor al concurrir a la Notaría sin los documentos de ley, para otorgar la respectiva escritura pública de venta, agregando que además no levantó el gravamen hipotecario que pesa sobre el inmueble, alegando que él (el demandado) concurrió a dicha oficina al día siguiente de la fecha acordada porque cayó un domingo, llevando tres cheques girados por la firma Icasa, por valor de \$1.100.000.00 cancelando dicha suma el 5 de septiembre de 1984 a la Caja Agraria de dicha ciudad, como abono a la obligación hipotecaria del promitente vendedor.

“Según lo acordaron las partes en la cláusula cuarta, la suma de dinero debía ser pagada por el promitente comprador a la Caja de Crédito Agrario de Garzón, como abono a la obligación hipotecaria del promitente vendedor con la entidad crediticia, en la fecha de su vencimiento que lo fue el 17 de mayo de 1984 y, no después como así sucedió, pruebas éstas que acreditan que el demandado incumplió el acuerdo negocial en lo que se refiere al pago oportuno del precio convenido.

“El artículo 1609 del C.C. expresa: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

“En el proceso está suficientemente acreditado con el contrato de promesa de compraventa que quien incumplió con lo acordado fue el demandado, a cuyo cargo estaba la obligación de pagar a la Caja de Crédito Agrario y no a otra persona la parte que completaba el precio de la venta.

“El 15 de agosto de 1984 el Director de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero le comunicó al promitente vendedor: ‘De conformidad con su solicitud que nos formula en la fecha nos permitimos reiterarle que su obligación continúa vencida desde el 17 de mayo del 84 por \$1.000.000.00 de capital más los intereses causados desde el 17 de noviembre de 1983 hasta hoy.

“‘En el transcurso del tiempo que registra de morosidad su obligación ninguna persona le ha registrado abono alguno a la misma y solamente hemos tenido la promesa verbal y hasta la fecha no cumplida de pagar la totalidad de esta deuda, por parte de su hermano Alejandro Ordóñez Vanegas’ (f. 31).

“La realidad procesal y probatoria es que las obligaciones de los contratantes no eran simultáneas, sino sometidas a plazos y condiciones que debían ejecutarse en épocas diferentes: el demandado en el mes de mayo de 1984 pagar la suma a que se refiere la nota citada, y el vendedor en el mes de septiembre la obligación pendiente, cual era el otorgamiento de la escritura.

“Se dan por tanto las condiciones previstas en el artículo 1546 del C.C. para que el promitente vendedor demande la resolución de la promesa de contrato celebrado.

“Esta resolución del contrato en el caso presente, no puede conllevar la indemnización de perjuicios o el pago de la cláusula penal pactada, porque el actor se conformó con el fallo de primera instancia, que se abstuvo de acceder a tales condenas, y en esta instancia no se puede hacer más gravosa la situación del demandado”.

III. LA IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA

La demanda de casación recoge cinco cargos, uno con apoyo en la causal quinta, tres al amparo de la primera y uno por la causal cuarta. Se estudiará el que viene edificado por vicios *in procedendo* y el segundo por estar llamado a prosperar.

Primer cargo

Con apoyo en la causal quinta de casación se enjuicia la sentencia del Tribunal Superior de Neiva por haberse proferido en un proceso viciado de nulidad en atención a que dictó fallo cuando se encontraba legalmente suspendido por causa de la prejudicialidad, emanada del proceso ejecutivo por obligación de hacer.

Con unas reflexiones sobre la importancia y razón de ser de la suspensión de un proceso ordinario, como factor determinante de una irregularidad en la actuación, entra el recurrente a demostrar el cargo y ya sobre los supuestos de hecho apunta:

“4. En el caso de este proceso ordinario y según lo evidencian muchos de los elementos de prueba a él aducidos por el demandado, es indiscutible que con causa en el contrato de promesa de compraventa ajustado por los sujetos de esta litis, se adelanta un proceso ejecutivo por el prometiente comprador Alejandro Ordóñez contra el promitente vendedor Luis Antonio, en el cual aquél pidió que éste fuese condenado a otorgar o suscribir la escritura pública de venta de dos lotes de terreno, para cumplir con lo prometido en la promesa suscrita por ellos en septiembre 2 de 1983, y, además, para el pago de los perjuicios causados al ejecutante con el incumplimiento de su ejecutado.

“Así lo indican, sin que de ello quede sombra de duda, la correspondiente demanda ejecutiva presentada ante el Juzgado Unico Civil del Circuito de Garzón el 7 de marzo de 1986, mediante la cual Alejandro, ante el incumplimiento de Luis Antonio, procedió coercitivamente a recaudar la obligación de vender que éste había adquirido a favor de aquél (fls. 12 a 18 cuad. No. 2); el mandamiento de pago que en respuesta a esta demanda libró el Juzgado referido, con fecha abril 1° de 1986 y notificado personalmente al ejecutado el 2 de mayo siguiente, en favor del primero y a cargo del segundo para “suscribir la escritura pública (...) sobre venta del inmueble prometido” en el contrato de promesa suscrito por ellos el 2 de septiembre de 1983, y para el pago de la cláusula penal estipulada en ese contrato, para el evento de incumplimiento (fls. 19 y 20 del mismo cuaderno No. 2); y las copias de los escritos mediante los cuales el ejecutado contestó la demanda ejecutiva y propuso la excepción de pleito pendiente, que se tramitó (fls. 32 a 45, cuad. No. 2).

“Pero además, es también indiscutible que esta orden ejecutiva librada en contra de Luis Antonio Ordóñez para que le otorgue la escritura de compraventa a su hermano Alejandro está y ha quedado en firme y como tal debe cumplirse, pues el

juzgado que conoce de la ejecución, *antes de dictar sentencia en este proceso ordinario*, profirió su fallo de *diciembre 13 de 1986*, mediante la cual declaró no probada la excepción de pleito pendiente allí propuesta, y dispuso, como consecuencia, "*seguir adelante con la ejecución conforme al mandamiento ejecutivo de fecha abril 1° de 1986*" (subrayas fuera de texto), sentencia que quedó ejecutoriada pues no se interpuso recurso contra ella y por lo mismo hoy hace tránsito a cosa juzgada material (fls. 5 a 15 v. cuad. No. 5).

"5. Una ligera labor de parangón entre la demanda ejecutiva referida, con la actuación a que ésta dio lugar y la que es base del presente proceso ordinario de resolución, permite afirmar que el objeto jurídico disputado en ambas y la causa que en éstas se invoca para pedir son idénticos: ¿quién incumplió el contrato de promesa de compraventa de septiembre 2 de 1983, para determinar, consecuencialmente, cuál de los contratantes está obligado a cumplir?

"Y hoy es evidente, si se compara el contenido del mandamiento de pago librado en contra de Luis Antonio y a favor de Alejandro en el proceso ejecutivo, lo mismo que el de la sentencia de excepciones en él proferida el *13 de diciembre de 1986*, antes de haberse dictado el fallo proferido en este ordinario el *9 de mayo de 1987*, con esta sentencia, que las dos son totalmente opuestas o contradictorias, pues al paso que la primera, que es hoy la definitiva en el punto, ordena que el promitente vendedor le otorgue la escritura de compraventa al promitente comprador y le pague los perjuicios por el incumplimiento, la segunda declara resuelto ese contrato de promesa por incumplimiento del promitente comprador.

"La actuación surtida en el proceso ejecutivo y la sentencia de excepciones allá proferida, que se encuentra ejecutoriada y hoy con fuerza de cosa juzgada material, sólo está pendiente de que el condenado, o el juez en su lugar, otorgue la correspondiente escritura pública, mediante la cual se perfeccione la compraventa prometida en el contrato del citado 2 de septiembre. Y esto ya es inmodificable. Si la sentencia de instancia proferida en este proceso ordinario posteriormente llegara a mantenerse, resultaría a la postre condenado por ella quien por la misma causa no lo fue en el ejecutivo, antítesis indiscutible que tornaría imposibles de ejecutar o realizar simultáneamente los dos fallos.

"Examinadas las dos demandas que dieron lugar a los dos procesos referidos, y comparadas en el conjunto que forman las pretensiones deducidas en ellas, en verdad que fácilmente frente a las dos se pueden contestar con la misma respuesta los interrogantes: ¿sobre qué litigan y por qué litigan los hermanos Ordóñez? Sobre el incumplimiento o no cumplimiento oportuno por parte de cada uno de ellos de las obligaciones que adquirieron con base en la promesa de compraventa ajustada entre los dos".

Y más adelante anota:

"8. Pero si la honorable Corte, en su sabiduría, llegase a considerar que las circunstancias apuntadas no configuran suspensión del proceso y por ende no se estructura la causal de nulidad indicada en el numeral 5° del artículo 152, precitado, entonces solicito que en presencia de los elementos esenciales de la cosa juzgada, que debe reconocerse a la sentencia proferida en el proceso ejecutivo de obligación de

hacer, se declare la nulidad de lo actuado en el presente proceso ordinario, fundándola en lo preceptuado por el numeral 3 del mismo artículo 152”.

SE CONSIDERA

Ciertamente la prejudicialidad está erigida en el Código de Procedimiento Civil como una de las formas de suspensión del proceso, fundamentada en que hechos externos determinan que no se pueda continuar con la actuación en espera de un pronunciamiento en otro proceso.

También lo es que, para que la suspensión opere “cuando la decisión que deba tomarse en la sentencia dependa de la que haya de adoptarse en otro proceso civil”, se requiere que el juez la decrete tal como lo dispone el inciso primero del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil o en aquellos casos en que por mandato de la misma ley ocurre, como cuando existe un incidente que pueda afectar la decisión (art. 137-4) o por motivo de impedimento o recusación (art. 146) o por la admisión o denuncia del pleito (art. 56) o por acumulación de procesos (art. 151); vale decir, que, cuando llega a presentarse alguna de las situaciones anotadas, la suspensión ha de proceder.

Pues bien, si no hay decreto judicial de suspensión, en los casos que sea indispensable un proveimiento en tal sentido, no puede aducirse defecto alguno en el trámite del proceso, constitutivo de una nulidad. Sobre el particular ha dicho esta Corporación:

“Si el proceso se halla interrumpido o suspendido por ocurrencia de alguna de las circunstancias que de acuerdo con la ley determinan su paralización temporal, el juez que de él conoce tiene suspendida igualmente la competencia y por ende no puede actuar válidamente. Pero sí, como atrás se indicó, la suspensión del proceso, a diferencia de lo que ocurre con la interrupción, sólo se produce “a partir de la ejecutoria del auto que la decreta”, debe seguirse que la causal de nulidad prevista en el numeral 5º del precitado artículo 152, cuando se invoca la suspensión del proceso, se estructura únicamente en los supuestos en que sin embargo de haberse ésta decretado por auto firme el juez continúa el trámite procesal” (Sentencia de 11 de septiembre de 1975).

Entonces, la nulidad alegada en el cargo no se ofrece, puesto que ni se pidió la suspensión ni el juez la decretó.

Y en cuanto a que se decrete la nulidad, con apoyo en la causal 3ª del artículo 152, tampoco es procedente puesto que no encuadra en ninguna de las circunstancias allí previstas: cuando se procede contra providencia ejecutoriada del superior o se revive procesos legalmente concluidos o se pretermite íntegramente la respectiva instancia, puesto que lo que aquí se plantea es la existencia de un proceso ejecutivo encaminado al cumplimiento de la obligación de hacer generada de la promesa de contrato de compraventa, que de manera separada se ha adelantado, sin que ese comportamiento pueda significar que se pretende en el *sub lite* revivir uno anterior. Son pretensiones distintas, eso sí apoyadas en el mismo negocio jurídico: uno en procura de su aniquilamiento y el otro de su cumplimiento, dada la postura controversial asumida separadamente por los contratantes.

No prospera, por lo dicho, el cargo.

Segundo cargo

Se acusa la sentencia del Tribunal Superior de Neiva “de ser violatoria de los artículos 1546, 1602, 1608 numeral 1º, 1929, 1930 del C. Civil, 822 y 870 del C. de Comercio, por aplicación indebida; y de los textos 1603, 1609, 2452 del C. Civil, 861 y 871 del C. de Co., todos éstos por falta de aplicación, como consecuencia de los errores de hecho manifiestos en que incurrió el sentenciador *ad quem* en la apreciación de las pruebas aducidas al proceso, particularmente las por él tomadas para deducir mora del demandado. Los errores de apreciación probatoria que denuncia emanan, unos de errada estimación de algunas pruebas; otros, de no apreciación de otras probanzas.

“Determino como pruebas mal apreciadas por el Tribunal las siguientes: la cláusula 4ª del contrato de promesa, de donde dedujo que la obligación de cancelar la parte insoluta del precio tenía un plazo que vencía el *17 de mayo de 1984*; la escritura No. 872, de 30 de septiembre de 1983, que la tomó en apoyo de su anterior conclusión; estos dos documentos en cuanto a sus fechas, que indican que la escritura contentiva de la hipoteca otorgada a favor de la Caja *es posterior* a la promesa de compraventa; y los certificados y oficios de la Caja de Crédito, en cuanto a la fecha de vencimiento de la deuda, su destinatario y su calidad de prorrogable en su plazo. Como pruebas no apreciadas señaló los oficios de la Dirección de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, singularmente los indicados con los números 370 de febrero 28 de 1985, 29 de septiembre de 1984; y el testimonio del gerente de la institución acreedora, señor Marco Tulio Carvajal Sterling”.

En procura de demostrar el cargo, el casacionista hace unas consideraciones jurídicas sobre la condición resolutoria para, en seguida, indicar los errores que en la apreciación probatoria incurrió el sentenciador de segundo grado así:

En lo que atañe a la apreciación de la cláusula cuarta del contrato de promesa de compraventa que, en su parte pertinente transcribe, anota:

“Ni en esta cláusula, ni en ninguna otra de las que estructuran el contrato de promesa de compraventa, indicaron los contratantes, implícita, ni mucho menos expresamente, que el saldo del precio debía pagarlo el promitente vendedor *el 17 de mayo de 1984*, como lo deduce el sentenciador *ad quem* en su fallo. Ni puede llegarse a tal inferencia de la cita que en la promesa se hace de la escritura de hipoteca, pues cuando se ajustó el contrato de promesa (2 de septiembre de 1983) esta escritura de hipoteca, que lleva *fecha de 30 de septiembre de 1983*, no tenía aún existencia material ni jurídica: es posterior al contrato de promesa y, por lo mismo, no podía tomarse para determinar el plazo de dicha obligación de pago, por ser imposible.

“Pero aún en el evento de que dicha escritura de hipoteca hubiese existido ya el 2 de septiembre anterior, ella alude, como hipoteca abierta, a un plazo de 20 años; y por parte alguna aparece que se garantizase con dicho gravamen un crédito determinado por \$2.000.000.00, cuyo vencimiento sería *el 17 de mayo de 1984*.

“¿De dónde, pues, con apoyo en la cláusula 4ª referida, infiere el Tribunal, como lo hace en su fallo, que según ella el promitente comprador debía pagar el saldo del precio ‘en la fecha de su vencimiento que lo fue el 17 de mayo de 1984?’ En

verdad que sin alterar el contenido objetivo de tal estipulación, no puede verse en ella el señalamiento de esa fecha determinada y precisa para el cumplimiento de la obligación, con alcance vinculatorio para el promitente comprador, que no tuvo entonces a su vista esa escritura pública y que si la hubiese tenido tampoco de ella podía inferir que quedaba obligado a cumplir tal deber en esa fecha”.

En torno a la errónea apreciación de la escritura pública 872 de 30 de septiembre de 1983 de la Notaría de Garzón, concreta el recurrente su inconformidad:

“Esta escritura pública, que en verdad contiene la constitución de una garantía hipotecaria abierta a favor de la Caja de Crédito Agrario, *por 20 años* y para garantizar obligaciones hasta por la cantidad de \$2.000.000.00, no alude, y por razón de tiempo no podía aludir, a un crédito particular de \$1.000.000.00, pues fue otorgada el *30 de septiembre de 1983*, o sea, cerca de un mes después de ajustada la promesa de 2 de septiembre de ese mismo año, crédito que, según todos los oficios y certificaciones expedidas por la Caja de Crédito, era el que existía entonces a su favor y a cargo de Luis Antonio Ordóñez, promitente vendedor, por \$1.000.000.00.

“No hay, ni por asomo, en la precitada escritura pública, determinación expresa ni implícita de la fecha de 17 de mayo de 1984, referida al vencimiento de obligación específica alguna; pero ni mucho menos de valor de \$1.000.000.00.

“Parangonando el contexto de la promesa de compraventa, con el de la escritura de la hipoteca y con el de los diferentes oficios, tiene que llegarse a una conclusión: que la deducción cardinal del tribunal, en la cual estriba su sentencia, está en contravía de lo que esas pruebas indican. En efecto: *el 2 de septiembre de 1983*, fecha de la promesa de compraventa (que no después del 30 de septiembre, como lo dice la demanda), ya existía a favor de la Caja Agraria y en contra de Luis Antonio Ordóñez una obligación garantizada con hipoteca, pues eso es lo que dice el documento de promesa; pero esa obligación no podía ser la que generó los cobros de esa entidad a dicho deudor, pues los directivos de la entidad crediticia ubican el nacimiento de ésta *el 17 de noviembre de 1983*, como lo dicen los oficios y certificados correspondientes, fecha ésta que también es posterior en algo más de mes y medio a la del contrato de promesa”.

Sobre la errónea apreciación de los oficios y certificados de los Directores de la Caja Agraria de Garzón anota el censor:

“Todos estos oficios, dirigidos por la Dirección de la Caja de Crédito Agrario a Luis Antonio Ordóñez en diferentes fechas de los años de 1984 y 1985, recordándole la existencia de la deuda y recabando su pago, lo mismo que las certificaciones de la Subdirección y Jefe de Cartera de la entidad crediticia, si bien hablan del vencimiento de la obligación desde el 17 de mayo de 1984, aluden claramente sin embargo al crédito No. 25190, que surgió o nació el “*17 de noviembre de 1983*”, que obviamente no puede identificarse, por razón temporal, con la referida ni por la promesa de contrato de 2 de septiembre anterior, ni tampoco con la indicada en la escritura de hipoteca de 30 de este mismo mes de septiembre.

“Y si en estos dos últimos documentos (promesa y escritura de hipoteca) se alude a una obligación de \$2.000.000.00, esta determinación cuantitativa precisamente

señalada en ellos impide hacerla coincidir con la obligación de \$1.000.000.00, a que se refieren los oficios y certificados que se citan. No conducen, pues, estos documentos a inferir que la fecha de pago del saldo del precio vencía el 17 de mayo de 1984, como lo deduce el Tribunal fallador en su sentencia; o que, para expresar la idea con criterio tautológico, en la cláusula 4ª del documento de la promesa se estipuló la fecha del 17 de mayo de 1984, para que el demandado pagara esa específica obligación suya”.

El enjuiciamiento de la falta de apreciación del testimonio de Marco Tulio Carvajal Sterling, lo hace en los siguientes términos:

“En la declaración, que se recibió a petición del propio demandante en el proceso el 16 de julio de 1986, permite afirmar también, por aseveración del declarante que fue Gerente de la entidad acreedora, que la obligación que por \$1.000.000.00 se le prestó a Luis Antonio Ordóñez *17 de noviembre de 1983* y marcada con el No. 25190 de esa fecha, se constituyó sin que “hayamos tenido que ver nada con la promesa de compraventa” de septiembre 2 de ese año; y que “por tratarse la Caja Agraria de una entidad de fomento existen condiciones especiales que dan base para acordar entre las partes, *la aplicación de dichos términos*” (fls. 5 y 6. El subrayado no es del texto).

“Y agregó este testigo ático, refiriéndose a los plazos que la Caja Agraria concede a sus clientes para el pago de las acreencias que les concede, que “Quienes tenemos facultad para impartir las aprobaciones de los préstamos, fijamos los plazos, obviamente dentro de unos lineamientos reglamentarios trazados por la Caja” y que *estos plazos pueden ser modificados por prórrogas, renovaciones* y en general lo que en argot bancario llamamos, ‘arreglos de cartera’ y por lo tanto *pueden ser objeto de modificaciones en los plazos*” (subrayo) (fl. 6, cit.).

“Prórrogas que, en el evento de poderse identificar la obligación de pago del saldo del precio a que alude la promesa de compraventa, con la referida por los oficios y certificados mencionados, habría que aceptarlas en ella, pues estos últimos documentos inequívocamente así lo permiten ver: que el plazo se prorrogó en más de una oportunidad”.

La falta de apreciación de los oficios de 29 de septiembre de 1984 y 28 de febrero de 1985 lo sitúa el casacionista:

“Estos dos oficios, que también fueron allegados al proceso por el propio demandante, clara y paladinamente dicen que la fecha de vencimiento de la mentada acreencia de Luis Antonio Ordóñez a favor de la Caja de Crédito Agrario de Garzón, dejan ver la ostensible contraevidencia que hay en la conclusión del Tribunal, al aseverar que el promitente comprador estaba obligado a pagar el saldo del precio el 17 de mayo de 1984, según la cláusula 4ª de la promesa”.

Y por último concreta la censura:

“Los errores de apreciación probatoria que dejó demostrados condujeron al tribunal a concluir que Alejandro Ordóñez, como promitente comprador, tenía que pagar el saldo del precio de los inmuebles que prometió comprarle a su hermano Luis Antonio ‘el 17 de mayo de 1984 y, no después como así sucedió’, o sea en la fecha

acordada para otorgar la escritura pública correspondiente, lo que sí es indiscutible por estar suficientemente probado.

“Y esos yerros llevaron al *ad quem*, por contragolpe, a declarar resuelto el contrato de promesa, dando así aplicación indebida a los artículos 1546, 1602, 1608-1, 1929 y 1930 del C. Civil; y a dejar de aplicar los textos 1609 y concordantes, como correspondía ante el incumplimiento del promitente vendedor en su obligación de otorgar la correspondiente escritura, obligación que evidentemente no ejecutó, como también está plenamente demostrado”.

SE CONSIDERA

Como reiteradamente lo ha sostenido la Corte, la promesa de compraventa, por su naturaleza, genera simplemente la obligación de hacer el contrato prometido. Y es que una promesa de contrato no encierra sino ese alcance negocial, hasta el extremo que frente al legislador patrio es excepcional su recibo o incorporación a la vida jurídica, mediante el lleno de especiales requisitos. Sin embargo, el desarrollo de esta modalidad negocial, particularmente en las grandes ciudades, donde la propiedad de inmuebles sufre constantes alteraciones por el juego de intereses convencionales, ha hecho o imperado que la promesa, en materia de compraventa, se convierta en una clase de negocio jurídico de indiscutible utilización en el tráfico, hasta tal punto significativa que casi siempre un contrato de compraventa de inmueble está precedido de una promesa, como medio jurídico de atar a las partes en procura de la realización de aquel contrato.

El empleo frecuente del contrato de promesa de compraventa de inmuebles también ha originado que las partes no se limiten a definir los perfiles del negocio de acuerdo con las previsiones que le son propias y que emanan del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, sino que las manifestaciones de voluntad le hacen incorporar otras ordenaciones contractuales que, si bien no la desnaturalizan, la hacen compleja en su desarrollo o ejecución y que obligan a que los prometientes atiendan todas las letras del acto.

Entre los dictados negociales muchos son los que giran en relación con los elementos propios de la compraventa como son el precio y la cosa, particularmente sobre el pago del primero y la entrega de la segunda. Es decir, los contratantes convienen, la más de las veces puntos que no necesariamente desembocan en la obligación de hacer sino que anticipan compromisos o deberes, para producir los efectos sustanciales queridos por las partes, porque lo pertinente es que aquellos aspectos se concreten al momento de perfeccionarse la compraventa.

Las obligaciones que las partes establecen, como previas a la propia de hacer, adquieren una relevancia jurídica indiscutible: deben ser cumplidas por los contratantes en el orden y forma convenidos. Lo que se haga, desviándose de esos criterios o designios contractuales, tendrá la repercusión en la ejecución o inexecución del pacto, que más adelante habilitará las acciones pertinentes de resolución del contrato o su cumplimiento, pero dejando a salvo, ciertamente, las excepciones disciplinadas en el ordenamiento privado, como la de contrato no cumplido.

Pero ya, ante obligaciones previas, resulta importante que los contratantes señalen con precisión los términos de las mismas para poder, de ese modo, dejar

definida su influencia negocial, porque de no acontecer así habría que llegarse a estimar que esos deberes, en torno al precio y a la cosa, han de satisfacerse al momento de perfeccionarse el contrato prometido, o sea la compraventa puesto que ha de entenderse que todo contrato debe cumplir una función práctica y efectiva como es la de satisfacer los designios negociales, porque absurdo sería que se realice una promesa, con el lleno de los requisitos legales, y no se pueda cumplir so pretexto que se dejaron de manera sin indicar los puntos pertinentes a las prestaciones que son de contenido intrínseco en la compraventa; es decir, como todo contrato tiene una razón de ser, una justificación, que se mide por el interés mismo de las partes, el ordenamiento jurídico debe procurar que la fuerza vinculante se extienda con el criterio de hacerlo viable y posible.

Además, pues, cuando se está frente a una promesa, como la que es materia de demanda de resolución en el caso que ocupa la atención de la Corte, se debe saber que, si la cláusula de pago del precio, no obstante la determinación hecha de este elemento esencial de la compraventa, no colma la indicación precisa del plazo en que debe pagarse, o se somete a condición, ha de admitirse que su satisfacción se extienda al momento de perfeccionarse la compraventa, esto es, al del otorgamiento de la escritura pública respectiva, a falta, se repite, de una clara e inequívoca expresión de voluntad en ese sentido.

Sin embargo, el tribunal entendió que la obligación por parte del prometiende comprador de pagar el saldo del precio, mediante la satisfacción del crédito hipotecario insoluto con la Caja de Crédito Agrario, debía satisfacerse el día 17 de mayo de 1984, fecha en la que se vencía la obligación contraída por el prometiende vendedor con dicha entidad, para descartar, de esa manera, la simultaneidad propia de la promesa de compraventa, que se concreta al momento en que se debe perfeccionar el negocio prometido.

Por tanto, si se revisa el documento contentivo de la promesa de compraventa pluricitado no se puede extraer la conclusión a que llegó el *ad quem* con tanta precisión, porque en parte alguna del escrito se hace mención a ese punto. Se dice sí que el prometiende comprador se obliga a pagar la suma de \$1.110.000.00 a la Caja Agraria sucursal de Garzón "en virtud a una obligación hipotecaria adquirida por el prometiende vendedor con la entidad mencionada" pero esa expresión dista mucho de fijar ese determinado día para el pago. Se puede pensar luego que el plazo era el mismo existente para el crédito hipotecario, pero eso no puede ser materia de simple conjetura si se está frente a un momento posterior para hacer el contrato de compraventa, que es, en última, la obligación, se repite, propia e irrefutable de toda promesa de compraventa de inmueble. Menos todavía, cuando el pagaré, que contiene el crédito a favor de la Caja Agraria aparece suscrito el 17 de noviembre de 1983, mientras la promesa es del 2 de septiembre del mismo año.

A falta, pues, de un plazo definido para el pago del crédito a favor de la Caja Agraria, las partes dejaron que el término para cumplir ese compromiso, por parte del prometiende comprador, lo fuera el día para otorgar la escritura, acto que tenía que revestir particular importancia para aquel contratante porque de ese modo se extinguiría la hipoteca que pesaba sobre los lotes prometidos.

Entonces, cometió el tribunal un error evidente de hecho al estimar como fecha de pago del crédito la que no estaba pactada y que, en vez de ubicarla temporalmente de conformidad con la clase de negocio de promesa, lo llevó a encontrarla por simple inferencia que no puede ser de recibo en esta precisa materia, sobre todo cuando se está frente a una situación que le hace restar la función práctica al contrato.

Y ese yerro llevó consecuencialmente al *ad quem* a concluir que no existía simultaneidad en las prestaciones para declarar la resolución del contrato por incumplimiento del demandado, bajo el entendido que fue el que desatendió primero sus deberes negociales cuando la conclusión que surge es que el demandado, tal como se acredita con la constancia notarial, compareció a la Notaría, escogida para otorgar la escritura de compraventa de rigor, en la época acordada en el contrato.

El error evidente anotado hizo que se violaran los textos denunciados en la censura, y, consecuencialmente, por este aspecto hace que se abra paso la censura.

Más aún: los otros documentos, sobre los cuales el recurrente hace reparos, para mostrar los errores fácticos, sirven para corroborar los desaciertos del tribunal, en su contemplación objetiva, en el punto de la fecha para pagar el saldo de la prestación a cargo del demandado, como prometiente comprador.

La promesa aportada al proceso tiene fecha 3 de septiembre de 1983, y la escritura pública que tiene a la vista el sentenciador de segundo grado es de 30 de septiembre del mismo año. Además, el pagaré No. 025190 por \$1.000.000.00 y no por \$1.110.000.00 —saldo del precio—, aparece suscrito por el demandante el día 17 de noviembre de 1983, esto es, con posterioridad a la promesa, como se constata con la fotocopia de dicho título valor y con el oficio enviado por entidad acreedora. Significa, por tanto, lo anterior que la realidad que presenta el plenario, es distinta a como la vio el tribunal.

Se ha de casar, como inevitable conclusión, el fallo recurrido, para proceder la Corte, en grado de instancia, a proferir la sentencia de rigor.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

Como se encuentran reunidos todos los presupuestos procesales y no se aprecia defecto alguno en la actuación de primera instancia, es del caso concluir, con apoyo a lo dicho en el estudio del cargo que prospera, que si el demandante no cumplió con el deber de otorgar la escritura de compraventa, como lo era su obligación, no puede alegar esa circunstancia para aniquilar la promesa, puesto que se colocó en manifiesta rebeldía contractual, ya que la alegación de que el demandado había incumplido primero no tiene consistencia sustancial, tal como quedó consignado en el estudio del cargo que prospera. Con más veras, cuando el extremo pasivo acreditó haber concurrido a la notaría a suscribir la correspondiente escritura.

Pero se ha de rechazar el mutuo disenso acogido por el *a quo*, porque, en verdad, existen actos por parte del demandado que permiten advertir su voluntad de perseverar en el negocio que surge del momento mismo que asistió a la notaría de conformidad con lo estipulado y pagó parte del crédito a favor de la Caja Agraria.

En esta circunstancia no puede aplicarse el mutuo disenso tácito puesto que hay una conducta positiva de uno de los prometientes de lograr la satisfacción de sus compromisos contractuales que, como lo ha sostenido esta Corporación, sólo procede cuando existen voluntades concordantes, aunque tácita, de disolver el nexo jurídico creado con la promesa. Dijo esta Corporación sobre el particular:

“Por todo lo dicho, el mutuo disenso mantiene toda su vigencia como mecanismo para disolver un contrato que se ha incumplido por ambas partes y ante la inocultable posición de no permanecer atado al negocio; la intervención, pues, del juez se impone para declarar lo que las partes en una u otra forma han reflejado: desatar el vínculo para volver las cosas al estado que existían al momento de su celebración (Sentencia No. 146 de 16 de julio de 1985) (G.J. CLXXX, 130). Y lo anterior precedido de estas consideraciones doctrinarias: “4. Cuando se dan las circunstancias de desatención, recíprocamente imputables a ambas partes, deberá acudir al artículo 1602, en cuanto previene que un contrato puede invalidarse o, mejor, disolverse por el consentimiento mutuo; esto es, para convenir que cuando se ofrece el incumplimiento recíproco, por las conductas negativas de los contratantes, pueda alguna de ellas no permanecer vinculada a un negocio. Entonces, las prestaciones, contenido propio del contrato, deben ser atendidas en su dimensión exacta, para volver las cosas a la situación anterior. Si el mutuo disenso quedare excluido de cualquier intervención judicial, haría difícil que las prestaciones se restituyeran recíprocamente, con el mantenimiento de un negocio en que las partes han dado muestra de todo lo contrario; de no conservarlo, de deshacerlo. Así, pues, se ha de encontrar el camino para que el contrato se disuelva por los medios judiciales”.

Así mismo, con idéntico criterio se expuso en sentencia de 5 de noviembre de 1975.

“La disolución del contrato por mutuo disenso puede provenir de un consentimiento expreso o también tácito. La primera forma no requiere la intervención judicial, como quiera que la disolución se produce por el acuerdo expreso; en cambio, la segunda sí requiere decisión judicial. Esta última manera de disolverse el contrato se da ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, sólo puede considerarse y, por ende, traducirse como una manifestación clara de anotar el vínculo contractual.

“En efecto, si los contratantes al celebrar la convención lo hacen inspirados en el cumplimiento mutuo de las obligaciones nacidas de ella, la posición tozuda y recíproca de las partes de incumplir con sus obligaciones exterioriza un mutuo disenso de aniquilamiento de la relación contractual. Esto es así, porque no es propósito de la ley mantener indefinidamente atados a los contratantes cuyo comportamiento, respecto de la ejecución de las obligaciones, sólo es indicativo de disenso mutuo del contrato” (G.J. CLIX, 314).

Se evidencia que la escritura pública, que perfeccionara la promesa, no se otorgó y que sirve para establecer que el demandante desatendió su deber negocial.

También en la sentencia precitada expuso la Corte:

“10. Por otro lado, la excepción de contrato no cumplido surge, en un primer momento, como una defensa indiscutible e indiscutible en el campo de aspiración de

la ejecución plena de un negocio. De ahí que se diga que en los contratos bilaterales ninguna de las partes esté en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla o allane a cumplirlo. Sostener que el artículo 1609 hace posible que el artículo 1546 adquiera aplicación para las situaciones de incumplimiento correlativo es cuestión diferente. Una cosa es que ante la no concurrencia de la mora no se pueda reclamar más allá de lo que se obtiene de las conductas antijurídicas recíprocas y otra la de afirmar que se puede destruir el vínculo jurídico o exigir el cumplimiento, sin perjuicio, que se excluyen por razones de la misma convergente mora, puesto que el interés de la prestación, propio del acreedor, no encuentra respuesta positiva de las desatenciones mutuas. En otras palabras, no sirve el artículo 1609 de argumento para disciplinar la resolución de un contrato que es incumplido por las partes, puesto que, como ya se dijo y con apoyo en el artículo 1546, sólo se confiere al contratante frente al incumplidor, salvo en aquellos casos de contratos con obligaciones no simultáneas, en los que se establecen un orden de ejecución de prestaciones para cumplirse en los términos convenidos, en cuya fuente el que contrae un previo compromiso y no lo atiende concede al otro la oportunidad para imponer la resolución, si lo prefiere o defenderse ante las pretensiones de aquél, con los instrumentos concedidos en el artículo 1609 o exigir el cumplimiento del contrato. Y tiene que ser así si se entiende que cuando se crea un vínculo jurídico es para comprometer prestaciones y para que se obtengan las satisfacciones patrimoniales, de acuerdo con la voluntad expresada".

Y había sostenido esta Corporación en sentencia de 10 de mayo de 1977:

"8. Ahora bien, como al ejecutarse el contrato se puede dar el caso de que ambas partes resulten niveladas o colocadas en la misma posición jurídica de incumplidas, la acción de resolución en tal evento no nace para ninguna de ellas a la vida jurídica, porque en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos (art. 1609 del Código Civil). Por consiguiente, el contratante que exige la resolución de un negocio jurídico bilateral debe demostrar que ha cumplido con las obligaciones que le incumben o que ha estado dispuesto a hacerlo. Por su parte, el contratante a quien se demanda en resolución, según la forma como se hayan empezado a ejecutar las obligaciones recíprocas, puede oponer la excepción de incumplimiento de contrato.

"9. Empero, para determinar si mutuamente han incumplido las partes, y si por ende se configura la excepción de non adimpleti contractus, hay que precisar si en la convención se indicó el orden como debían ejecutarse. En este evento, la excepción se abre paso en la medida en que el excepcionante no esté obligado a ejecutar el primer término sus obligaciones, de acuerdo con lo estipulado en el contrato o con la naturaleza del mismo".

Infiérese de lo dicho que la sentencia del juzgado ha de revocarse para, en su lugar, hacer próspera la *exceptio non adimpleti contractus*.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Civil–, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1° CASAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el 5 de noviembre de 1987, en el proceso ordinario de Luis Antonio Ordóñez Vanegas contra Alejandro Ordóñez Vanegas, y en sede de instancia REVOCA la sentencia de fecha 9 de mayo de 1987, proferida por el Juzgado Unico Civil del Circuito de Garzón (Huila), y, en su lugar, declarar probada la excepción de contrato no cumplido propuesta por la parte demandada.

Como consecuencia de lo anterior DENEGAR LAS PRETENSIONES de la parte actora.

2° Dejar sin efectos los actos procesales que se hayan realizado para el cumplimiento de la sentencia del tribunal, para lo cual se procederá por el juzgado de primera instancia, a las restituciones y demás medidas a que hubiere lugar.

3° Costas en las instancias a cargo del demandante.

4° Sin costas en casación.

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

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

Luis H. Mera Benavides
Secretario (E.)

REVISION/CADUCIDAD

En el recurso de revisión fundado en la causal 6ª el límite del plazo para interponerlo es el último día “de los dos años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia”, y no de la notificación del auto admisorio de la demanda contentiva del mencionado recurso. No es aplicable el artículo 90 del C. de P. C. que regula hipótesis bien diferentes.

F.F. artículo 381 del C. de P.C.

REVISION/MANIOBRA FRAUDULENTA/FRAUDE PROCESAL

Puede alegar esta causal no solamente la parte perjudicada sino también el tercero que por la censurable conducta de las partes sufre perjuicio con la sentencia. Factores que estructuran esta causal de revisión. Es uno de los medios para reprimir el fraude procesal. Qué se entiende por maniobra fraudulenta. Puede ser obra de una de las partes o de ambas.

F.F. artículo 380-6 del C. de P.C.

Igual sentido: S. del 26 de enero de 1982 CLXV, 36.

S. del 9 de junio de 1943 LX, 534.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, D. E., diecinueve (19) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Aura Ligia Ramírez Ramírez contra la sentencia de 9 de diciembre de 1985, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso

de pertenencia adelantado por Cayetano Vainilla contra José Caita, Liboria Caita Landecho, Carlota Landecho y Javier Alberto Caita.

ANTECEDENTES

I. Por demanda presentada el 12 de enero de 1988, solicitó la mencionada Aura Ligia que con audiencia de Cayetano Vainilla, Carlos Caita Amaya, Javier Alberto Caita Landecho, Liboria Caita Landecho, los herederos indeterminados de José Caita, Carlota Landecho y Luis Felipe Caita Amaya, así como las demás personas indeterminadas “se invalide la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 9 de diciembre de 1985, y deniegue la pretensión de pertenencia deprecada por Cayetano Vainilla”.

II. La recurrente Aura Ligia fundamenta su pretensión de revisión en los hechos que a continuación se compendian:

a) Desde hace más de tres lustros, Aura Ligia Ramírez ha poseído, de manera pública y pacífica dos predios ubicados en la zona anexa de Suba, antigua vereda de “Tuna”, hoy prácticamente urbanos, y delimitados como se indica en la demanda en el hecho primero.

b) Aconteció que en el año de 1974 la citada Aura Ligia le entregó a Cayetano Vainilla los referidos predios “en arrendamiento... para la explotación agropecuaria”, acto que se hizo constar por escrito, documento que fue “extraviado por el mismo arrendatario...”, pues logró que la arrendadora se lo facilitara con el propósito de conseguir un crédito en la Caja de Crédito Agrario”.

c) Así las cosas, el 1º de junio de 1978, los contratantes Aura Ligia y Cayetano “documentaron el nuevo contrato de arrendamiento, sobre los mismos predios, por un término de dos años y un canon de seis mil quinientos pesos (\$6.500.00) anuales”. Y en el desarrollo de este contrato, Cayetano Vainilla le dirigió a la arrendadora Aura Ligia Ramírez dos comunicaciones, de 9 de junio de 1980 y 4 de junio de 1981, “en las que le anexaba los respectivos títulos de consignación de los cánones, pues para esas fechas ya mediaban desavenencias entre los contratantes, toda vez que la segunda había empezado a exigirle al primero la restitución de los predios por conclusión del término previsto”.

d) El 3 de mayo de 1984 Cayetano Vainilla solicitó ante el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá la declaratoria de pertenencia de los dos predios que tenía en arrendamiento, afirmando que los venía poseyendo desde el 15 de diciembre de 1963, “cuando nunca ocurrió tal hecho” y al efecto citó como demandados a José, Liboria, Javier Caita y Carlota Landecho, habiendo concurrido a este proceso fraudulento Carlos y Luis Felipe Caita Amaya, confirmando que son “familiares legítimos del demandado José Caita”.

e) El Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá le puso fin a la primera instancia con sentencia de 4 de junio de 1985, la que resultó serle favorable al demandante Cayetano Vainilla, “descontando la franja que ocupa el señor Rafael Jaramillo”.

f) Tramitada la consulta en el Tribunal, éste le puso fin al segundo grado de jurisdicción con fallo confirmatorio del proferido por el *a quo* de 9 de diciembre de 1985, que quedó ejecutoriado el 24 de enero de 1986.

g) Mientras se desarrollaba el anterior proceso, Aura Ligia Ramírez inició en el Juzgado Primero Civil Municipal de Suba un proceso de lanzamiento contra Cayetano Vainilla, en el que se ordenó el lanzamiento por sentencia de 30 de junio de 1987, que al ser apelada, la segunda instancia se está actualmente surtiendo ante el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá”.

h) Que invoca, como causal de revisión, la sexta, porque “según surge de la relación de hechos que antecede, la recurrente Ramírez Ramírez fue ajena al proceso que originó la sentencia impugnada. Igualmente, la pertenencia concluida se montó sobre una mostruosa maniobra fraudulenta del actor, quien mutó el carácter de simple tenedor de los dos lotes, por el de auténtico poseedor. Con base en semejante patraña y los amañados testimonios que la robustecieron, se indujo en error a la jurisdicción, para conseguir una decisión absolutamente inicua, que inequívocamente ‘...tiende a frustrar la ley o los derechos que de ella se derivan...’ (G.J. LX, pág. 533), como lo ha repetido la Corporación en múltiples ocasiones.

“Esa sentencia de especialísimas consecuencias, como son los efectos *erga omnes* que le asigna el numeral 11 del artículo 413 del C. de P. C., le reporta un inmediato detrimento a la recurrente, pues que la despoja de la explotación del predio que venía ejerciendo y le impide incoar posteriormente el respectivo proceso de pertenencia.

“De manera, pues, que son evidentes los dos extremos de la causal sexta de revisión, ya que, de un lado, es patente la maniobra fraudulenta de quien fuera el actor de la pertenencia y, de otro, el grave perjuicio ocasionado a la hoy recurrente, poseedora legítima de tantos años de los lotes objeto de la usucapión, conseguida bajo el influjo de la más terrible y ominosa farsa urdida”.

III. El curador *ad litem* de los emplazados respondió con oposición a las súplicas de la demanda y con la formulación de la excepción que denominó “todo hecho que impida la prosperidad del derecho pretendido por el demandante recurrente, o que conduzca a declararlo extinguido si alguna vez existió”.

IV. Por su parte, Cayetano Vainilla también se opuso a la demanda en el sentido de negar parte de los hechos, de aceptar el séptimo, octavo, noveno y undécimo y de aclarar otros, en los términos siguientes:

“*Al tercero.* Es cierto que se firmó un documento, pero ese hecho no implica la validez del contrato, que está afectado de nulidades relativas y absolutas. De otra parte, tal como se informó al responder el hecho primero, los linderos de los inmuebles del arrendamiento son diferentes de los de propiedad de mi poderdante, según sentencia en proceso de pertenencia.

“*Al cuarto.* Es cierto que Cayetano Vainilla firmó las comunicaciones referidas. Empero, si se tiene en cuenta que mi poderdante es obrero, sin mayor cultura, se advertirá fácilmente que el texto de esas comunicaciones fue redactado no por el remitente sino por la destinataria. Esas cartas tenían desde su época la connotación de

colocar el supuesto arrendatario en condición aparentemente difícil y contraria a la moral. Las maniobras dolosas fueron ejecutadas, en frío, por la arrendadora y no por el supuesto arrendatario. De otra parte, si se tiene en cuenta el precio del arrendamiento, \$541.66 mensuales, es fácil colegir que el contrato no era real sino simulado, para despojar a Cayetano Vainilla de lo que venía poseyendo.

"Al quinto. Es cierto en cuanto a la presentación de la demanda. No lo es en cuanto a la supuesta mala fe y menos en cuanto a que la posesión invocada fue inexistente. Debo hacer referencia a que el apoderado judicial de entonces inició la pertenencia sin tener conocimiento de los contratos de arrendamiento. Cuando se enteró de ellos, en virtud de la demanda de lanzamiento, propuso, como yo lo hago ahora, la nulidad de los contratos como excepción.

"Al sexto. Es cierto en cuanto a los hechos allí narrados, no lo es en cuanto a los calificativos que al proceso da la recurrente.

"Al décimo. Es cierto en cuanto a la sentencia de primera instancia. Pero no lo dice la recurrente que tal sentencia fue revocada por el funcionario de segunda instancia".

Este demandado culminó formulando las excepciones que denominó de "rescisión y nulidad" y "carencia de legitimación en la causa de la revisionista".

V. El mismo Cayetano Vainilla, en escrito separado propone la excepción de caducidad, con apoyo en los hechos siguientes:

a) La sentencia de segunda instancia aquí impugnada, se ejecutorió el 14 de enero de 1986 y la demanda contentiva del recurso de revisión se presentó el 12 de enero de 1988, o sea, que en principio se interrumpió oportunamente el término de caducidad.

b) Empero, por no haber dado la recurrente cumplimiento a las cargas procesales correspondientes a la notificación del auto admisorio de la demanda de revisión, tal interrupción no puede considerarse como oportunamente surtida según la ley.

c) "En efecto, repartida la demanda, el 3 de febrero se dispuso el otorgamiento de la caución que ordena la Ley. El 17 del mismo mes, es decir con una demora de 14 días, se allegó al expediente una póliza, que obviamente no fue expedida por la Compañía de Seguros para este proceso, pues la presentada por la revisionista tiene fecha de febrero de 1987, es decir, fue expedida un año antes de haberse presentado la demanda. Necesariamente tal póliza se refería a otro proceso, que no a éste".

d) "El 3 de marzo se dictó auto aceptando la caución, providencia que es ilegal porque obviamente, como se explicó en el hecho precedente, corresponde a un proceso iniciado el año próximo pasado. Aceptada en forma ilegal la caución se ordenó el envío del expediente contentivo de la providencia revisada. El 7 de ese mes se libró el respectivo despacho y el 5 de mayo se recibió en la Secretaría de la Corte".

e) "El 18 de mayo de este año se dictó auto admisorio de la demanda y se ordenó correr traslado de la misma a los demandados.

“Todos los demandados distintos a mi poderdante fueron emplazados, pues en la demanda se dijo ignorar sus domicilios”.

f) “La demandante no sufragó oportunamente las expensas necesarias para la notificación personal. No habiéndose realizado ésta dentro de los diez días siguientes, tampoco se solicitó el emplazamiento.

“Según el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, una vez admitida la demanda se considerará interrumpida la prescripción, o en este caso la caducidad, siempre que el demandante dentro de los cinco días siguientes a la admisión sufrague las expensas necesarias para su notificación, y si ella no se logra en el término de diez días, se efectúen las diligencias para emplazar al demandado para nombrarle curador *ad litem*. Así, pues, de no obrar el demandante dentro de los rigurosos términos que prevé la Ley, la interrupción solo se entiende realizada en la fecha de la notificación personal.

“Cuando el demandado fue notificado, el primero del mes que corre, ya habían transcurrido 43 días desde la admisión de la demanda y más de dos años y medio desde la ejecutoria de la sentencia revisada. En esa fecha la acción de revisión estaba caducada.

“La evidencia de las actuaciones procesales a que se ha hecho alusión y la claridad y rigor del artículo 90 del ordenamiento procesal no admiten conclusión distinta de la ya discurrida. Cualquier razonamiento diferente implica desconocer la verdad del proceso y las consecuencias jurídico-procesales que atribuye la Ley a la actitud omisiva del demandante. Que la acción incoada en esta demanda está afectada de caducidad es una realidad que no puede desconocerse. Respetuosamente solicito a la Corte que en este sentido se pronuncie una vez llegada la oportunidad de decidir en el fondo el presente proceso, sin perjuicio de que se revoque por ilegal el auto que aceptó la caución a todas luces extemporánea y, de contera, el auto admisorio de la demanda”.

VI. Por estar agotado el trámite del recurso extraordinario de revisión, procede la Corte a decidirlo, con respaldo en las consideraciones que seguidamente se sientan.

CONSIDERACIONES

1. En el orden lógico y como quiera que el demandado y opositor al recurso de revisión Cayetano Vainilla, dentro de los medios exceptivos, ha formulado el de caducidad, debe la Corte ocuparse prioritariamente de este punto, respecto del cual es preciso sentar las apreciaciones siguientes:

a) *La sentencia ejecutoriada en principio es intangible o inmutable, y tal postulado tiene su razón de ser en la presunción de legalidad y de acierto que ampara al fallo en firme y, por ende, de estar regido por el principio de la cosa juzgada. Empero, como no todas las sentencias resultan ser ciertamente justas sino, por el contrario, algunas son inicuas, para preparar semejante agravio, se ha establecido como correctivo jurídico el recurso extraordinario de revisión, que al decir de Manresa, citado por un procesalista nacional, es el “remedio extraordinario que concede la ley para que se rescinda y deje sin efecto una sentencia firme, ganada injustamente, a fin de que se vuelva a abrir el juicio y se falle con arreglo a la justicia”.*

b) Respecto de este medio de impugnación, la ley ha regulado la oportunidad para hacerlo valer, puesto que según la causal que se alegue, le señala un término específico para formularlo. En efecto, establece el artículo 381-3 del Código de Procedimiento Civil que "el recurso podrá interponerse dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia, cuando se invoque alguna de las causales consagradas en los numerales 1, 6, 8 y 9 del artículo precedente". Y agrega: "Cuando se alegue la causal prevista en el numeral 7° del mencionado artículo, los dos años comenzarán a correr desde el día en que la parte perjudicada con la sentencia o su representante haya tenido conocimiento de ella, con límite máximo de cinco años". Por último, culmina la norma expresando que "en los casos contemplados en los numerales 2°, 3°, 4° y 5° del mismo artículo, podrá interponerse el recurso dentro de los seis meses siguientes a la terminación del proceso penal, siempre que ello ocurra en los tres años posteriores a la ejecutoria de la sentencia cuya revisión se pide. En caso contrario, deberá interponerse antes del vencimiento de dicho término, pero se suspenderá la sentencia de revisión hasta cuando se produzca la ejecutoria del fallo penal y se presente la copia respectiva. Esta suspensión no podrá exceder de dos años".

c) Según lo pone de presente la norma antes transcrita, en lo tocante con la causal sexta de revisión, el recurso debe formularse, para que aparezca como oportuno, dentro de los dos años siguientes al día en que quedó ejecutoriada la sentencia que se impugna en revisión.

Por tanto, si la parte o el tercero agraviado con la sentencia proferida en el proceso inicial se desentiende del término que le concede la ley para atacarla en revisión, por cuanto lo formula con posterioridad a la extinción del plazo legal, la ley, para precaver una controversia planteada extemporáneamente y, por ende, afectada de caducidad, predica que, en tal evento, se inadmita la demanda contentiva del recurso de revisión, autorizando también al opositor, si la demanda ha sido admitida, para alegar tal circunstancia como excepción, cuya resolución en este último punto se encuentra diferida al fallo con el cual se ultime el recurso (art. 383 del C. de P.C.).

f) No ofrece duda que cuando se trata de un término perentorio, que la ley señala para el ejercicio de una facultad o derecho, como el indicado para formular el recurso extraordinario de revisión, vencido el plazo sin que el interesado interponga el mencionado recurso se produce, por ministerio de la ley, la caducidad del derecho o formularlo. La doctrina de la Corte ha sostenido que la caducidad "está ligada con el concepto de plazo extintivo en sus especies de perentorio e improrrogable; el que, vencido, la produce sin necesidad de actividad alguna ni del juez ni de la parte contraria. De ahí que pueda afirmarse que hay caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley para su ejercicio" (C.C. de 19 de noviembre de 1976).

Empero, si el plazo fijado por la ley solo indica el límite de tiempo dentro del cual puede una persona ejercer oportunamente un derecho o formular un recurso, si así actúa, o sea, si reclama el derecho o interpone el recurso dentro del término preestablecido, como lo ha hecho dentro de la temporalidad concedida, no puede menos que concluirse que se ha ajustado a cabalidad al precepto que instituye el plazo perentorio.

Así las cosas, en tratándose del recurso extraordinario de revisión, fundado en la causal sexta, el límite del plazo para interponerlo es el último día "de los dos años

siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia", y no de la notificación del auto admisorio de la demanda contentiva del mencionado recurso, como lo alega el opositor. Por demás, el mecanismo que contempla el artículo 90 del C. de P.C. regula hipótesis bien diferentes. De suerte que al caso de examen le repugna la aplicación del mencionado precepto y, como ciertamente el recurso de revisión se interpuso antes de expirar el término de dos años calendario, o sea, dentro de la oportunidad temporal señalada por la ley (art. 381 del C. de P.C.), no se abre paso la caducidad alegada, lo cual permite a la Corte examinar la causal alegada por la recurrente.

2. Uno de los hechos más graves contra la administración de justicia lo constituye la conducta empleada por una de las partes o por ambas, orientada a obtener un fallo que sea el resultado del fraude procesal. Por tanto, para reprimir sucesos y situaciones tan perniciosas, se consagró en el actual estatuto procedimental, como causal sexta de revisión, el "haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente" (art. 380 num. 6 del C. de P.C.).

3. La causal en mención, al igual que las que le preceden, tal como lo tiene sentado la doctrina, se apoya en graves motivos de orden ético, que incuestionablemente llevan a considerar que la sentencia, cuando es el resultado del acuerdo de las partes en perjuicio de los derechos de un tercero, o también, cuando es el producto de otra maniobra fraudulenta, es absolutamente inicua y, por ende, el fallo producido en esas condiciones debe ser aniquilado, porque ciertamente le repugna a la moral y a la verdad real.

4. Ahora bien, por ser de tanta gravedad la colusión o el fraude procesal, se ha sostenido por la doctrina de la Corte, al precisar los alcances de la causal sexta de revisión, que puede alegarla no solamente la parte perjudicada sino también el tercero que por la censurable conducta de las partes sufre perjuicios con la sentencia producto de la colusión o del engaño procesal, así este comportamiento no haya sido objeto de investigación penal.

5. Tal como quedó concebida en el ordenamiento procedimental la causal sexta de revisión, fácil es advertir que ella se estructura mediante la concurrencia de estos dos factores: 1°) Que haya "existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia" que se impugna en el recurso extraordinario de revisión; y, 2°) que la colusión o el fraude procesal le hayan causado perjuicio al recurrente.

6. Al ocuparse la Corte del primero de los presupuestos antes enunciados y concretamente, en lo atinente a lo que debe entenderse por maniobra fraudulenta, ha sostenido lo siguiente: "Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, fraudulento significa 'engañoso, falaz'. Uniendo a este término el de maniobra, puede aceptarse que tal expresión viene a significar todo proyecto o asechanza oculta, engañosa y falaz que va dirigida ordinariamente a mal fin. Y así resulta que el legislador colombiano consagró este motivo de revisión como uno de los medios o maneras de reprimir el fraude procesal, cuando éste es la causa determinante de una sentencia inicua. Concretamente el alcance de esta causal de revisión, ha dicho la Corte: 'El fraude es una maquinación engañosa para causar perjuicios a terceros, y

tiende a frustrar la ley o los derechos que de ella se derivan. Está formado por un elemento antecedente, que es el engaño como medio de llegar al fraude, que es el fin u objeto a que da base el engaño. Engaño o fraude no son sinónimos, puesto que el primero es solo la falta de verdad en lo que se dice, se cree o se piensa. Lo que sucede es que en el fraude el concepto de engaño va unido, como atributo que le pertenece por esencia" (G.J. LV, 533; CLXV, 36).

7. *La maniobra fraudulenta en el debate litigioso puede ser realizado bien por las partes, ora por una de ellas, y no requiere que dicho proceder haya sido objeto de investigación penal. Esto último es explicable, porque con ello se procura que la víctima de tan censurable conducta quede en condiciones más ágiles o expeditas de poder defenderse. Y por ser el engaño procesal tan grave y lesivo de la administración de justicia, igualmente es explicable que la ley le haya señalado al Juez, como uno de sus deberes, el de prevenir y sancionar "los actos contrarios a la dignidad de la justicia, a la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal (art. 37 num. 3 del C. de P.C.). En pos de este criterio, o sea, de impedir el engaño procesal, la legislación faculta al Juez para que de oficio, en cualquiera de las instancias y tan pronto advierta en el proceso la ocurrencia de hechos constitutivos de colusión o de fraude procesal, disponga el llamamiento de la persona o personas que puedan resultar perjudicadas, pues sobre el particular dispone el artículo 58 del C. de Procedimiento Civil que "en cualquiera de las instancias, siempre que el Juez advierta colusión o fraude en el proceso, ordenará la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas, para que hagan valer sus derechos, y con tal fin suspenderá los trámites hasta por treinta días. Esta intervención se sujetará a lo dispuesto en los incisos cuarto y quinto del artículo 52". Haya sido o no citado el tercero por el Juez, si la sentencia lo perjudica, bien puede acudir al recurso extraordinario de revisión.*

8. *Ahora bien, según se dijo atrás, para que la causal sexta de revisión se configure no es suficiente la sola ocurrencia del fraude procesal, puesto que también requiere que semejante proceder le haya causado perjuicio al recurrente, lo cual se traduce en que si el fallo no le infiere daño al impugnante en revisión, éste no tiene interés, o sea, que aquí se sigue el postulado general consistente en que sin perjuicio no hay interés.*

9. *El engaño procesal o, más exactamente, "la maniobra fraudulenta", como ya quedó suficientemente explicado, no requiere necesariamente que sea obra de ambas partes, puesto bien puede ser realizada por una de ellas, o sea, ora por el demandante, bien por el demandado, pues así lo tiene sentado la Corte en varias decisiones y a efecto pueden verse las sentencias de 18 de febrero de 1974 (CXLVIII, págs. 47 y 48) y 15 de septiembre de 1982 (XLXV, pág. 190). En efecto, la última de las citadas expresa que el "engaño procesal, las maniobras fraudulentas, pueden ser, pues, obra de una sola de las partes, o de ambas".*

10. *Al confrontar las consideraciones expuestas con los hechos y las pruebas incorporadas, resulta de ello lo siguiente:*

a) *Según la recurrente en revisión, "la pertenencia concluida se montó sobre una mostruosa maniobra fraudulenta del actor", como quiera que a pesar de que en*

el año de 1974 le entregó en arrendamiento a Cayetano Vainilla los predios materia del proceso de usucapión iniciado por éste, según lo pone de presente el documento contentivo del contrato de tenencia, los títulos de consignación de los cánones y las comunicaciones cruzadas entre arrendadora y arrendatario, el demandado en el recurso solicitó ante el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá, mediante demanda presentada el 3 de mayo de 1984, que se le declarase dueño de los inmuebles, por haberlos adquirido por prescripción, afirmando que los venía poseyendo desde el 15 de diciembre de 1963, “cuando nunca ocurrió tal hecho y citó como demandados a los señores José Caita, Liboria Caita, Javier Alberto Caita y Carlota Landecho. A ese fraudulento proceso de pertenencia concurrieron los señores Carlos y Luis Felipe Caita Amaya”, sin que se hubiera demandado a la recurrente, que “desde hace más de tres lustros, en forma pública, quieta y pacífica ha poseído” los dos predios. “Con base en semejante patraña y los amañados testimonios que la robustecieron, se indujo en error a la jurisdicción, para conseguir una decisión absolutamente inicua, que inequívocamente “tiende a frustrar la ley o los derechos que de ella se derivan” o sea, que son evidentes los presupuestos de la causal, porque “es patente la maniobra fraudulenta de quien fuera actor de la pertenencia y, de otro, el grave perjuicio ocasionado a la hoy recurrente, poseedora legítima de tantos años de los lotes objeto de la usucapión, conseguida bajo el influjo de la más terrible y ominosa farsa urdida”.

b) En la demanda contentiva de la pretensión de usucapión, ciertamente el demandante Cayetano Vainilla, le afirmó al Juez y, por ende, al Tribunal, que ha venido poseyendo materialmente los dos predios “desde el 15 de diciembre de 1963”, de manera “continua e ininterrumpida”, o sea, que su posesión “excede de los veinte años”.

c) Con la prueba documental que obra, se pone de presente que entre el prescribiente Cayetano Vainilla y la aquí recurrente en revisión, se celebró un contrato de arrendamiento en 1978 sobre los predios que fueron objeto del proceso de usucapión, en que figura como arrendatario el mencionado Cayetano Vainilla. También se exterioriza con prueba documental, que el citado Cayetano, en su calidad de arrendatario y en desarrollo del contrato, consignó a favor de Aura Ligia Ramírez el 7 de junio de 1980 y el 3 de julio de 1981, en el Banco Popular, según los títulos números 910208 y 993916, cada uno por la suma de seis mil quinientos pesos (\$6.500.00), los cánones correspondientes del 1º de junio de 1980 al 1º de junio de 1982, cuyos montos, según lo exteriorizan los mismos documentos de depósito, fueron recibidos por la beneficiaria y arrendadora Aura Ligia Ramírez.

d) Sobre la calidad de arrendatario de Cayetano Vainilla y de arrendadora de Aura Ligia Ramírez, fuera de la prueba documental antes referida, se encuentra corroborada con otra de índole testimonial, fundamentalmente con la declaración de Romelia García Andrade, quien refiere, por haberlo percibido, el cobro de la renta del arrendamiento que le hacía la arrendadora Ramírez al arrendatario Vainilla y los pagos y abonos que éste le hacía a aquella.

f) De suerte que según los elementos de convicción, se tiene que el prescribiente Cayetano Vainilla, en el mes de junio de 1982, era un arrendatario de los predios,

que escasos dos años después, pide la declaratoria de usucapión extraordinaria, afirmando haberlos poseído por un lapso superior a veinte (20) años.

g) Así las cosas, el prescribiente Cayetano Vainilla, subestimando la lealtad procesal y estructurando una demanda de pertenencia, ocultando hechos, como su calidad de tenedor de los predios, por lo menos, en junio de 1982 y, por ende, afirmando otros, a sabiendas de estar reñidos con la verdad, con semejante conducta logró una sentencia inicua.

11. Viene de lo dicho, que el recurso extraordinario de revisión debe prosperar, porque aparece acreditado el engaño procesal y el perjuicio a la aquí recurrente, que con el fallo impugnado la despoja de su calidad de arrendadora y poseedora. De suerte que debe invalidarse la sentencia recurrida y pronunciarse en su lugar la que en derecho corresponde (art. 384 del C. de P.C.), puesto que las otras excepciones logradas no gozan de respaldo legal ni probatorio.

12. Al ser tenedor Cayetano Vainilla en junio de 1982 de los predios que luego pidió en demanda que presentó el 3 de marzo de 1984 que se le declarase dueño por haberlos adquirido por prescripción extraordinaria, es fácil colegir que de ninguna manera ha poseído el tiempo requerido por la ley (artículo 2512 y ss. del C.C.), para adquirir el dominio por ese modo originario y, por ende, la decisión a tomar no debió ser estimatorio sino desestimatorio de la pretensión de pertenencia. Como así no se hizo, se hará enseguida al dictarse la sentencia de reemplazo.

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. NIÉGASE las excepciones propuestas por los demandados.

Segundo. DECLÁRASE fundada la causal sexta de revisión propuesta por Aura Ligia Ramírez en este recurso extraordinario de revisión.

Tercero. Como consecuencia de lo anterior, invalidase la sentencia de 9 de diciembre de 1985; dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso de pertenencia adelantado por Cayetano Vainilla contra José Caita, Carlota Landecho, Liboria Caita Landecho, Javier Alberto Caita Landecho y personas indeterminadas.

Cuarto. REVÓCASE el fallo de la primera instancia dictado por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá el 4 de junio de 1985 y, en su lugar, deniega la pretensión de prescripción adquisitiva extraordinaria formulada por Cayetano Vainilla.

Quinta. CONDÉNASE al mencionado Cayetano Vainilla al pago de las costas de primera instancia. No hay lugar a costas en la segunda instancia, ni en el recurso extraordinario.

Sexto. CANCELESE el registro de las sentencias de primera y segunda instancia. Líbrese el Despacho con los insertos del caso.

Séptimo. CANCELESE el registro de la demanda. Líbrese el Despacho con los insertos del caso.

Octavo. DECRETASE la cancelación de la caución prestada por la revisionista Aura Ligia Ramírez. Háganse las comunicaciones pertinentes.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el proceso de pertenencia al despacho de origen.

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

Luis H. Mera Benavides
Secretario

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Norma sustancial

El artículo 6° de la Ley 45 de 1936 no es sustancial sino meramente definitorio.

VIOLACION DIRECTA

El error en este caso no se refiere a la apreciación de la prueba del hecho, sino a la operación racional que consiste en sacar del hecho que se tiene como probado las consecuencias jurídicas que de él se desprenden.

F.F. artículo 368-1 del C. de P. C.

Igual sentido: LXXVIII, 26.

PATERNIDAD NATURAL. POSESION NOTORIA

Con respaldo en la más acendrada justicia se permite la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, para hacer posible la declaración judicial de una relación de filiación ya existente *in natura* y desconocida por quien tiene el deber de confesarla. Libertad restringida en esta materia.

Amplio análisis de la posesión notoria.

F. F. art.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D.E., junio veintinueve (29) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 19 de octubre de 1987, proferida por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Bucaramanga, para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario adelantado por Enrique Méndez Lagos contra los representantes de la sucesión Enrique Telésforo Méndez Figueroa.

I. EL LITIGIO

1. Mediante escrito presentado con fecha 6 de agosto de 1982, ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de la ciudad de Bucaramanga Enrique Méndez Lagos, mayor de edad y residenciado en la localidad de Duitama (Boyacá), entabló demanda contra los representantes de la sucesión de Enrique Telésforo Méndez Figueroa, calidad ésta con la que designó a quienes fueron reconocidos como asignatarios en la sucesión testada de este último, Eduardo Méndez Bohórquez, Irma Méndez de Quiroga, Nelly Méndez Bohórquez, Jairo Méndez Bohórquez, Gladys Méndez de Herrera y Pablo Antonio Méndez Sáenz, solicitando que en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

Primero. Que el demandante es hijo natural de Enrique Telésforo Méndez Figueroa, fallecido éste en la ciudad de Bucaramanga, donde tuvo su último domicilio y el asiento principal de sus negocios, el día 20 de diciembre de 1981.

Segundo. Que en consecuencia el demandante es titular de derechos herenciales en los haberes de Enrique Telésforo Méndez Figueroa y, en cuanto tal, tiene derecho a intervenir en el proceso de sucesión correspondiente para que se le reconozca esa calidad y se le adjudique su cuota hereditaria en la porción legal respectiva.

Tercero. Que como resultado de las dos declaraciones precedentes, se disponga la reforma del testamento que, mediante escritura pública 2602 de 18 de diciembre de 1981 autorizada por el Notario 4º del Circuito de Bucaramanga, y debidamente registrada, otorgó el causante Enrique Telésforo Méndez Figueroa, declarándose que en su condición de legitimario tiene el actor, Enrique Méndez Lagos, los derechos y prerrogativas que la ley le reconoce "... no obstante lo dispuesto en el testamento...".

Cuarto. Que se le ordene al partidor en la mortuoria temperar su trabajo a la sentencia que decreta la reforma del testamento, según el pedimento inmediatamente anterior.

Quinto. Que en el registro del estado civil del demandante Enrique Méndez Lagos se hagan las anotaciones pertinentes, para lo cual se dispondrá librar las comunicaciones del caso al notario único de Santa Rosa de Viterbo.

Los hechos en que se funda la *causa petendi* bien pueden sintetizarse en la siguiente forma:

Mientras permaneció en el Municipio de Santa Rosa de Viterbo prestando sus servicios como miembro de la Policía Nacional, Enrique Telésforo Méndez Figueroa sostuvo relaciones sexuales, aproximadamente por el mes de marzo de 1931, con Eudora Lagos y fruto de tales relaciones fue un niño bautizado con el nombre de Enrique Méndez Lagos, nacido el 4 de junio de 1931. Siendo menor de edad, el demandante siempre estuvo al lado de su madre y ya mayor, "... habiendo tenido conocimiento de la existencia de su padre...", se dio a la tarea de buscarlo, encon-

trándolo hace más de treinta años en la ciudad de Bucaramanga: "... desde ese entonces y hasta la fecha de su fallecimiento, su padre Enrique Telésforo Méndez Figueroa empezó a tratarlo como hijo y en esa calidad lo presentaba a sus amigos y relacionados...", perdurando esta posesión notoria del estado de hijo natural hasta la muerte del citado señor y de allí que le asiste al actor el derecho a reclamar el título correspondiente de acuerdo con el numeral 6° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968. En fin, acerca de este particular agrega la demanda que durante todo ese tiempo, superior a treinta años, "... Enrique Telésforo Méndez Figueroa le dio a Enrique Méndez Lagos el trato de hijo a la vez que el señor Enrique Méndez Lagos le decía al primero papá, lo cual ocurría en forma pública ante relacionados, amigos y familiares...".

Dentro del mismo capítulo, luego de recapitular algunos de los aspectos más importantes de la memoria testamentaria de Enrique Telésforo Méndez Figueroa y habiendo individualizado los que eran bienes propios del testador al momento de su muerte, registra el libelo los siguientes hechos adicionales: a) En el acta de origen eclesiástico, levantada para hacer constar el nacimiento del demandante, se calificó erróneamente la filiación respecto del presunto padre, habida cuenta que aparece Enrique Méndez Lagos como hijo legítimo de Enrique Telésforo Méndez y Eudora Lagos; b) En su testamento Enrique Telésforo Méndez Figueroa desconoció la calidad que invoca en su favor el demandante, distribuyendo todas sus pertenencias entre cuatro de sus hijos—Eduardo, Irma, Nelly y Jairo habidos de su unión con Lola Bohórquez, y legitimados por el posterior matrimonio contraído por el causante con esta última en enero de 1965—, y un legatario—Pablo Antonio Méndez Sáenz—, siendo de advertir que el testador hizo explícita su voluntad de mejorar "... aun en el evento de reforma de este testamento dentro del proceso de sucesión correspondiente...", la legítima rigurosa de sus cuatro hijos instituidos como herederos; c) En vida y de común acuerdo con su esposa Lola Bohórquez, Enrique Telésforo Méndez disolvió la sociedad conyugal formada por el hecho del matrimonio y se efectuó la liquidación de gananciales, acuerdo contenido en la escritura pública 2601 de 17 de diciembre de 1981 otorgada ante la Notaría 4ª del Circulo Notarial de Bucaramanga e inscrita en el registro inmobiliario de esa misma ciudad;

d) Por último, ante el mismo Juzgado 3° Civil del Circuito de Bucaramanga, con fecha 30 de enero de 1982 fue abierta y radicada la sucesión testada de Enrique Telésforo Méndez Figueroa, actuación dentro de la cual fueron admitidos a intervenir los demandados, vale decir los cuatro asignatarios señalados en el testamento, una hija extramatrimonial reconocida de nombre Gladys Inés Méndez de Herrera y el legatario.

2. Creado el lazo de instancia, actuando por intermedio de apoderados, especialmente constituidos para el efecto, contestaron la demanda por separado Nelly Méndez Bohórquez e Irma Méndez de Quiroga, por una parte, y Gladys Inés Méndez de Herrera por otro lado, las dos primeras oponiéndose rotundamente al reconocimiento de las pretensiones del actor y la última para limitarse a responder los hechos, guardando silencio acerca del mérito de la acción de reclamación de estado incoada pero admitiendo que por espacio de diez años o más tuvo al demandante por su hermano, invocando para ello el trato que les dio el padre común Enrique Telésforo Méndez Figueroa.

3. Con producción de pruebas, a instancia de ambas partes (cuadernos 2 y 3 del expediente), el primer grado del juicio culminó con la sentencia de fecha veintitrés (23) de abril de 1985 por cuya virtud, después de brindarle a las partes la oportunidad de argumentar finalmente sobre los motivos de prueba resultantes de los distintos medios demostrativos allegados, el juez del conocimiento declaró que el demandante es hijo natural de Enrique Telésforo Méndez Figueroa, con todos los derechos patrimoniales y de otro orden anexos a dicho estado civil; decretó la reforma del testamento otorgado por este último; ordenó los asientos de rigor en el registro del estado civil y le impuso a la parte demandada la obligación de pagar las costas causadas.

Por apelación interpuesta por las demandadas opositoras se tramitó la segunda instancia del proceso la que finalizó mediante fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, providencia ésta mediante la cual se revoca la sentencia apelada y en su lugar son denegadas todas las pretensiones objeto de la demanda, condenándose al actor a pagar las costas causadas en las dos instancias.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA EN CASACIÓN

1. Después de encontrar satisfechos los presupuestos del proceso y advertir que no se observa en la actuación defecto alguno que pueda afectar la validez de la relación así conformada, el tribunal comienza el estudio del caso litigado indicando que su origen radica en el ejercicio de una acción de reclamación judicial de filiación extramatrimonial por haber mediado posesión notoria del demandante en el estado de hijo natural de Enrique Telésforo Méndez Figueroa, habida cuenta que, no obstante alguna referencia tangencial en el escrito de demanda a las relaciones sexuales ocurridas entre el pretense padre y la madre del actor en el año de 1931, para el sentenciador es lo cierto que "... la causal concreta invocada para solicitar la declaración de paternidad extramatrimonial no es otra que la contenida en el numeral 6° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968..." pues "... ni siquiera se intentó probar la causal de relaciones sexuales en el plenario..."

2. Con este punto de partida y haciendo eco de conocidos derroteros conceptuales que la doctrina jurisprudencial ha señalado sobre este particular, recuerda el tribunal que no puede considerarse existente la posesión notoria del estado de hijo natural sino a través de un conjunto de hechos decisivos que, en cuanto atribuibles al padre y no a parientes o deudos, demuestren la voluntad tácita, pero indefectiblemente clara e inequívoca, de reconocer al hijo; en este orden de ideas pasa a ocuparse en seguida de "... examinar los elementos de juicio aportados con miras a demostrar la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial, posesión que se afirma iniciada hace más de treinta años y culminada al fallecer el presunto padre el 20 de diciembre de 1981 en Bucaramanga...", aludiendo en especial a pruebas de orden documental (acta de bautismo del actor), a las declaraciones de parte rendidas por varios de los demandados -Gladys Inés Méndez de Herrera, Eduardo Méndez Bohórquez, Irma Méndez de Quiroga, Nelly Méndez Bohórquez y Jairo Méndez Bohórquez- y al testimonio de los terceros Lola Bohórquez V. de Méndez, Gerardo Castro Moreno, Telmo Lozada Gutiérrez, César Cadena, Rosmira Rolón de Rodríguez, Flor de María Angarita Herrera, Hernando Suárez Quintero, Jorge Martín Mejía Gómez,

José del Carmen Rueda y Olivo Manosalva Díaz, respaldándose todo el análisis en cuidadosas transcripciones de las piezas procesales conducentes.

3. Avanzando en sus consideraciones y después de evocar el texto del artículo 6º de la Ley 45 de 1936, sostiene la Corporación sentenciadora que este precepto es el que determina "... con sentido taxativo..." cuál es el tema probatorio en asuntos de la estirpe del presente y, de acuerdo con esta norma, el tratamiento del que en ella se habla "... no consiste única 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...", luego en vista de los resultados que arroja el conjunto de la evidencia disponible para acreditar la posesión notoria del estado civil de hijo natural invocada por el demandante, a juicio del *ad quem* no son ellos suficientes para constituir la pluralidad de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable, esto por cuanto "... ciertamente un conjunto de testimonios dicen que Enrique Telésforo Méndez Figueroa y Enrique Méndez Lagos se calificaban como padre e hijo, y por razón de ello afirman que en verdad así fue, que éste era hijo de aquél. Empero, no relatan hecho alguno verdaderamente constitutivo del tratamiento que da origen a la posesión notoria de estado, como que por ninguna parte se habla de circunstancias indicativas de que al (sic) padre presunto atendió a la educación, a la subsistencia o al establecimiento de quien reclama la declaración correspondiente...". Finalmente y para mayor abundamiento en razones que lo condujeron a revocar la providencia apelada, vuelve el tribunal sobre las declaraciones de parte y los testimonios que refirieron algunas actitudes del causante Enrique Telésforo Méndez Figueroa, en el sentido de haberle facilitado dinero al actor, de permitirle ocasionalmente el uso de un automotor de su propiedad, de concederle hospedaje gratuito en establecimientos hoteleros de los que era dueño en la ciudad de Bucaramanga y de haberse alojado en casa del citado demandante cuando estuvo de paso por la localidad de Duitama, apuntando que no se trata de circunstancias con aptitud suficiente para revelar de modo inequívoco un auténtico reconocimiento de la filiación y por eso, en gracia de estas apreciaciones, termina expresando que "... no encuentra entonces la Sala que al caso concurren los elementos necesarios para dar por sentada la existencia de posesión notoria de estado de hijo extramatrimonial (...) con relación al presunto padre. Ellos son, según se ha dicho, el trato, la fama y el tiempo, irrefragablemente demostrados por un conjunto de testimonios. En autos se carece de prueba que acredite el tratamiento específico que la legislación demanda como necesario para sustentar la fama, pues son circunstancias precisas las que nutren el manantial de esa reputación, al tenor de lo previsto en normas ya precisadas..."

III. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Como quedó dicho antes, la parte demandante recurrió en casación y con respaldo en la primera de las causales señaladas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, formula contra la sentencia de segundo grado tres cargos.

Primer cargo

Consiste en la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 4º-numeral 6º-de la Ley 45 de 1936, 6º-numeral 6º-de la Ley 75 de 1968 y 399 del Código Civil, así como también por interpretación errónea del artículo 6º

de la Ley 45 de 1936, ello en razón de haber estimado el tribunal "... que los elementos educación, subsistencia y establecimiento deberían darse de manera concurrente y absoluta, independientemente del momento de la vida en que se proporcionó el trato y de las condiciones socioeconómicas del actor..." lo que condujo a la revocatoria del fallo de primera instancia y "... a la negación de las pretensiones demandadas...".

Así, pues, luego de transcribir algunos párrafos de la sentencia en cuestión, sustenta el recurrente su tesis diciendo que en dicho proveimiento "... el tribunal (...) interpretó erróneamente las normas antes citadas, incurriendo en violación, al establecer como presupuesto indispensable de la posesión notoria que el padre presunto hubiera atendido a la educación, subsistencia y establecimiento del demandante, en concurrencia y de manera absoluta...", argumentación ésta que líneas adelante hace explícita con las siguientes palabras: "... La interpretación exegetica que hace el tribunal riñe con el espíritu mismo de la ley, pues obvio es entender que dichos actos de proporcionar educación, subsistencia y establecimiento no pueden tomarse de manera absoluta y concurrente en la acepción estricta de los vocablos sino que deben analizarse según la época, edad y estado económico en que el presunto hijo se halle cuando el trato se presenta (...). Así las cosas, si la investigación se promueve por quien es ya una persona adulta, organizada económicamente con medios para subsistir y quien no está en condiciones de reclamar alimentos congruos ni necesarios, mal puede, como lo ha hecho el tribunal, exigirse concurrencia en términos absolutos, dichos presupuestos de educación, subsistencia y establecimiento en concurrencia para la prosperidad de la declaratoria de filiación extramatrimonial. Lo procedente interpretando el verdadero espíritu de la ley es ajustar esos elementos a la etapa de la vida del presunto hijo cuando el trato se produjo. Esto porque resulta obvio que no se hubiere proporcionado educación al hijo ya mayor de estado civil casado ni subsistencia a quien tiene medios, ni establecimiento a quien ya lo está..." y remata alegando que "... en la interpretación que se ha aludido..." se consagró algo contrario al genuino sentido y alcance de la ley, "... esto es que la persona educada, ya establecida económicamente y con medios de subsistencia, no puede investigar su paternidad...", siendo lo atinado, a juicio del recurrente que cita en apoyo de su punto de vista varios pasajes de doctrina jurisprudencial, que dentro de las condiciones especiales que cada caso pueda ostentar se aprecien los elementos que en supuestos de esta índole configuran la posesión de estado, concluyendo que es imperioso admitir "... que así como para el niño de cinco años no se precisa el estudio o establecimiento, por simple sustracción de materia, para el mayor de treinta años, casado y ya establecido, tampoco pueden exigirse los dichos elementos de trato, de manera literal y absoluta, sino que ese establecimiento debe analizarse en las únicas formas que puede presentar: como la ayuda económica, el apoyo moral y financiero; ser recibido en su hogar, en sus propiedades, para brindarle hospedaje permanente tanto al presunto hijo, como a sus descendientes, lo que efectivamente ocurrió en el caso a estudio...".

SE CONSIDERA

Aun cuando en algunos apartes del capítulo pertinente no se expresó el recurrente con toda la claridad que hubiera sido de esperarse, alcanza a entender la Corte que en el primer cargo sostiene la demanda de casación, en síntesis, que la violación

de la ley sustancial, allí predicada, el concepto de vicio de fondo del que adolece el juicio jurisdiccional impugnado, consiste en la falta de aplicación de las normas de jerarquía legal (artículo 4º numeral 6º de la Ley 45 de 1936 y 6º numeral 6º de la Ley 75 de 1968 en concordancia con el artículo 399 del C. C.), señaladas en la censura como las que atribuyen a quien acredita encontrarse en posesión del estado de hijo extramatrimonial de una persona que no lo ha reconocido formalmente, el derecho a reclamar y obtener la imputación judicial de la paternidad, advirtiéndose que la aludida infracción por falta de aplicación de los preceptos acabados de citar proviene, en último análisis, *de haberse interpretado erróneamente el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, norma ésta, advierte la Corte, que no es sustancial sino meramente definitiva y por tanto irrelevante en la composición del cargo*, yerro que en este caso condujo a que el tribunal, por no atenerse al que en opinión del censor es el genuino alcance de dicha disposición, le haya negado la significación jurídica de circunstancias constitutivas de la posesión de estado de hijo natural a hechos que sí tienen ese carácter. *Pues bien, decir que se interpretó determinada disposición dándole un alcance diferente al que le da el legislador y agrega que, en razón de ello, se dejaron de aplicar otras normas de derecho sustancial, es tanto como situar la tesis impugnativa en el campo de los errores juris in iudicandó "... y por lo mismo aceptar como supuesto necesario que no existe discrepancia con el sentenciador en lo que a la cuestión de hecho respecta, lo cual, por lo demás, corresponde a la posición natural en que se ha de ubicar siempre el censor que ataca en casación por violación directa de la ley sustancial..."* (G.J. T. CXXIV, pág. 276), esto último por cuanto, según se ha reiterado tantas veces por la doctrina jurisprudencial, *"... la violación directa de la ley sustancial implica, pues, por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; y que por consiguiente no exista reparo que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba..."* (G.J. T. CXLVI, págs. 60 y 61); por eso, *"... el error del tribunal no se refiere a la apreciación de la prueba del hecho, sino a la operación racional que consiste en sacar del hecho que se tienen como probado las consecuencias jurídicas que de él se desprenden (...) caso éste en el que se viola la norma sustantiva no como consecuencia de una mala apreciación de las pruebas, sino directa e inmediatamente, es decir, por defecto en la apreciación jurídica del hecho, sea por no aplicarle el precepto legal dentro del cual está comprendido o previsto; sea por aplicarle una norma que no le es aplicable porque en ella no está comprendido el hecho de que se trata; sea por entender mal el sentido de esa norma y, con esa errónea interpretación, aplicarla al hecho..."* (G.J. T. LXXVIII, págs. 26 y 27).

Entendida la estructura del primer cargo, de acuerdo con los conceptos que se dejan apuntados en sus lineamientos básicos, las siguientes consideraciones de la Corte acerca de los argumentos de fondo en los que viene sustentado, conducen a concluir, como en seguida se verá, que carece de fundamento y debe ser desestimado;

a) *Como es bien sabido, luego de un arduo proceso evolutivo en este campo y siguiendo muy de cerca el modelo de la ley francesa de 1912, en nuestro país la Ley 45 de 1936 aceptó y reglamentó "... con respaldo de la más acendrada justicia y de las más sanas nociones morales..." la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial,*

entendiéndose por tal la facultad concedida a aquellas personas, en ciertos casos y bajo precisas condiciones, de acudir a los tribunales para aportar las pruebas de su filiación, a fin de que sean declaradas e impuestas a los padres las consecuencias legales que una relación familiar de esta naturaleza lleva consigo.

*Entonces, el régimen legal se endereza a encontrar la certidumbre de la filiación y, en cuanto al padre, por medios que puedan reemplazar satisfactoria y razonablemente la presunción *paeter is est quem nuptiae demonstrant*..." (G.J., Tomos LXVIII, numeral 2144 y LXXXIX, números 2203 a 2205), lo que, en síntesis, que no es el propósito del legislador patrocinar a ciegas atribuciones precipitadas de paternidad, sino hacer posible la declaración judicial de una relación de filiación ya existente in natura y desconocida por quien tiene el deber de confesarla, imponiéndose así el respeto a dicha relación y sancionándola para que surta la plenitud de sus efectos, pero siempre dentro de un contorno circunscrito y limitado "... como quiera que el artículo 4° de la Ley 45 de 1936 —hoy modificado por el artículo 6° de la Ley 75 de 1968, se agrega— en forma taxativa señaló cuáles son los antecedentes sobre los cuales hay lugar a proferir tal declaración; este límite opera sobre el elemento de hecho (causa petendi) de la acción declarativa, el cual ha de referirse necesariamente y en forma exclusiva a los casos u ocurrencias previstos por el legislador; por esto el dicho límite tiene ante todo incidencia sobre el material probatorio cuyo tratamiento por parte de la justicia ha de atemperarse a la sistematización restrictiva de que el legislador se valió para configurar la acción enderezada a obtener la declaración, como un poder jurídico hasta cierto punto excepcional y, en todo caso, estrictamente regulado..." (Sentencia de 17 de febrero de 1947, publicado en la G. J. número 2057, página 289);*

b) Así las cosas, acogiendo el ordenamiento positivo nacional el sistema de libertad restringida en punto de la investigación judicial de la paternidad natural, es admisible la acción en aquellos casos en que la ley entendió como factible una prueba convincente acerca de la paternidad encubierta, dando por supuesto, desde luego, que la evidencia directa es prácticamente imposible de obtener y que resultaría injusto rechazar la pretensión del hijo con semejante excusa, cuando media una confesión inequívoca del padre —vale decir— en el evento de actitudes suyas que implican un reconocimiento y frente a las cuales los tribunales no pueden menos que confirmar lo así manifestado por el pretense padre, bien sea a través de un escrito de autoría indubitada a él atribuido o por fuerza de los hechos que constituyen la posesión de estado, o cuando se configuran presunciones o indicios graves, catalogados y descritos limitativamente por la ley.

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

—En primer lugar, al igual que en materia matrimonial o de filiación legítima, el concepto de "... posesión..." aplicable al estado civil y en particular al que emerge de la filiación extramatrimonial, denota, por definición, una situación muy peculiar resultante de hechos concluyentes en punto de crear una apariencia jurídica que, en cuanto tal, sirve para establecer la realidad de la que ella se ofrece como reflejo; de aquí que se diga en nuestro medio, de acuerdo con el texto del artículo 6° de la Ley 45 de 1936, que la posesión de estado en estos casos consiste en el concepto público en el que es tenido un

hijo con relación a su padre natural, cuando esta especie de fama pública se ha formado en razón a actos directos de este último que legalmente pueden tenerse como demostrativos de un verdadero reconocimiento, o lo que a esto equivale, basada aquélla en comportamientos que, sustituyendo las sabidas solemnidades de un reconocimiento formal de la filiación, signifiquen exclusiva e inequívocamente, ante terceros, que los vínculos de hecho existentes entre el presunto padre y el reputado hijo fueron iniciados y continuados por el primero en mérito del nexo paterno-filial que los une, haciéndose así ostensible, sin ambigüedades, una conducta que no pueda explicarse sino por la condición de padre que respecto del hijo tenga quien la ha practicado.

La Corte ha puntualizado en repetidas ocasiones, que una vez acreditada en los términos legales requeridos la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial, es sin duda el evento "...que deja más satisfecha la conciencia del fallador y más plena de convicción su mente, porque para que esta posesión de estado se ofrezca, menester es que el padre haya dejado una profunda huella del reconocimiento de su paternidad, huella que, además, debe ser pública y no privada, prolongada en el tiempo y no fugaz, continua al menos por un quinquenio y constituida por un comportamiento realizado en presencia de deudos y amigos o del vecindario en general, con tal intensidad, reiteración y de manera tan inequívoca que los vecinos, allegados o amigos hayan reputado al hijo como tal, a virtud del mencionado comportamiento del presunto padre..." (G. J. T. CLXXII, páginas 161 a 170).

Resumiendo, el cimiento fáctico de la posesión de estado no puede ser sino un reconocimiento hecho público, evidenciado en un trato normativamente caracterizado que, de ser desconocido por su autor o por quienes hicieron sus veces después de fallecido, necesita de prueba positiva cuyo sentido, en consonancia con lo dicho, no podrá ser otro que el de virtualizar ese reconocimiento dentro del esquema trazado por la ley para el efecto; únicamente así puede la posesión del estado de hijo devenir en soporte de la presunción de paternidad natural establecida por el numeral 6° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968.

—En segundo lugar, dado el significado intrínseco de la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial, como causal para pedir la declaración judicial de ese estado, se trata de una materia sometida a un régimen restrictivo de características excepcionales, provenientes ellas de un grupo de disposiciones (artículo 6° de la Ley 45 de 1936 en armonía con el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, el artículo 398 y el artículo 399, estos últimos del Código Civil) que, a la vez y en su conjunto, son categórica expresión de un designio legislativo que también la doctrina jurisprudencial se ha ocupado de subrayar con suficiente claridad; "...por tratarse de cuestiones a las cuales está vinculado el orden público, como son todas las relativas al estado civil y a la familia, al darle el legislador a la posesión de estado civil el carácter de medio para establecer el respectivo estado, no podía hacerlo sin adoptar medidas precautelativas tendientes a evitar hasta el máximo cualquier posible abuso del sistema. Con ese fin, y teniendo en cuenta que la posesión de estado civil está integrada por hechos y que obviamente aquélla no puede darse por existente sino mediante la prueba de tales hechos, el legislador no dejó al libre arbitrio del juez y de los interesados la determinación de los hechos constitutivos de esa posesión, ni quiso tampoco que la demostración de ellos quedara sujeta a las normas comunes sobre pruebas. Por el contrario, se

preocupó de un lado por señalar el rango o categoría de los hechos que para él podían configurar la posesión de estado, eligiendo los más significativos y protuberantes de los que dentro del respectivo estado civil podían producirse, disponiendo a la vez que la posesión representada por esos hechos debía tener una duración mínima determinada; y de otro, esto es en cuanto a la prueba de esos hechos, por sentar mandatos especiales relativos a la singular fuerza de convicción de que ella debía estar dotada..." (G. J. T. CXXIV, página 278).

Pues bien, así es como después de sentar el legislador en el numeral 6° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968 —antes numeral 5° del artículo 4° de la Ley 45 de 1936— que la prueba de la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial da lugar a que sea declarada la filiación paterna respectiva, se sigue de aquel conjunto de disposiciones: que para dar por establecida esa situación posesoria debe demostrarse, por una parte, el tratamiento —o tractatus según el lenguaje de la antigua doctrina— que el presunto padre le hubiere dado al hijo, considerándolo como tal, a lo menos durante el término continuo de cinco años, y de otro lado la fama o reputación que, con base en ese trato, tenga el hijo de serlo respecto de determinada persona, en calidad de habido fuera de matrimonio; y que el trato y la fama, útiles para estos propósitos, no pueden sino asentarse en el hecho de que el pretendido progenitor proveyó, o haya proveído, a uno cualquiera de tres objetivos en beneficio del hijo: a su subsistencia, a su educación o a su establecimiento. En otras palabras, son éstos los elementos que integran la noción legal que se viene analizando y los únicos de donde puede inferirse el disfrute, en cuanto con el hijo reclamante toca, de los derechos y prerrogativas de orden afectivo, ético, jurídico y social que a la filiación son consustanciales, y el ejercicio, por lo que al padre respecta, de las funciones propias de la paternidad, disfrute y ejercicios éstos que en tanto continuados en el tiempo, inequívocos y públicos constituyen la posesión notoria del estado civil en cuestión; síguese de ello, entonces, "...que cualesquiera otras manifestaciones distintas, admisibles como indicativas de vinculaciones familiares entre tales sujetos, pueden servir para corroborar el tratamiento jurídico contemplado por la ley para el efecto expresado, pero jamás lo suplen..." (G. J. T. LXXVIII, número 2146, página 599) y semejante criterio contra lo que pudiera creerse a primera vista, no es cosecha de caprichosas interpretaciones, pues al decir de la misma sentencia acabada de citar, "... este rigor interpretativo se explica por tratarse de cuestión tan delicada y atañadera al orden público interno como lo es el estado civil de las personas. Y debe ser aún más estricto cuando se trata de la filiación natural, porque entonces no existe la presunción legal que ampara a los hijos legítimos pater is est quem nuptiae demonstrant..." , apreciación ésta que posteriormente, en fallo de casación evocado ya en estas consideraciones (G. J. T. LXXXIX, página 517), llevó a la Corte a explicar que "... la amplitud en la interpretación del régimen normativo sobre reconocimiento por la justicia de la paternidad nunca permitirá desvanecer o en modo alguno desintegrar los elementos inseparables —trato y fama— que deben concurrir, el uno como consecuencia del otro, en la ejecución sucesiva de los hechos posesorios de estado durante todo el lapso (...) previsto por la ley. Son sin duda alguna los hechos posesorios específicamente determinados en la norma como provenientes del padre en cuanto a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo, los que permiten inferir en forma irrefragable a deudos, o a amigos o al vecindario del domicilio en general el estado civil que se impetra, por virtud de la repetición continuada en el tiempo mínimo (...) de aquellos mismos hechos que ha debido cumplir el presunto padre..." .

c) Así las cosas, si de conformidad con los principios recapitulados en el aparte anterior, se examina la sentencia acusada y la motivación que la sustenta, no es difícil advertir que la Corporación falladora en modo alguno se apartó de las nociones consagradas en el artículo 6° de la Ley 45 de 1936, ni infringió por falta de aplicación las normas sustanciales citadas por el recurrente en su demanda. Antes por el contrario, se atuvo con exactitud a las reglas de la jurisprudencia al declarar que, conforme a aquella disposición, para que haya posesión notoria del estado de hijo natural se requiere la cumplida prueba de los hechos que, como integrantes esenciales de tal concepto, allí se relacionan; al dejar sentado, igualmente, que para ese fin no es aceptable que en sustitución de dichos elementos constitutivos esenciales, se aleguen otros no contemplados por el precepto aludido, por más significativos que sean, dejando a salvo, desde luego y en forma por demás explícita, el valor corroborante que estos últimos pudieran llegar a adquirir; y en fin, al sostener como argumento decisorio cardinal en la providencia impugnada, que no basta, en procura de alcanzar los cometidos en referencia, la simple ayuda a una persona aun cuando vaya acompañada del mayor afecto por parte de quien la dispensa, si al propio tiempo no aparece claro, inequívoco, a través de actitudes que no se presten a interpretaciones ambiguas, que ese afecto no puede corresponder sino a las relaciones de padre a hijo, más aún cuando el tantas veces mencionado artículo 6° de la Ley 45 de 1936 no tuvo en cuenta, entre los hechos posesorios por él determinados, que el pretendido progenitor hubiere presentado al hijo como tal entre deudos y amigos.

No prospera, entonces, el cargo.

Segundo cargo

Versa sobre el quebranto indirecto de la ley sustancial por "... errores de derechos (sic)..." cometidos en la apreciación de las pruebas, señalándose como infringidos los artículos 4° numeral 6° y 6° de "... la Ley de 1936...", el artículo 399 del C. C. y los artículos 248 y 250 del C. de P. C. —todos éstos por falta de aplicación— y el artículo 6° de la Ley 75 de 1968 por interpretación errónea.

Repitiendo a la letra y en gran parte cuanto dijo para sustentar el primer cargo e insistiendo en que para llegar a la decisión revocatoria cuya legalidad se discute "... consideró el tribunal que la ley sustancial requiere como presupuesto indispensable que el trato se traduzca en proporcionar educación, subsistencia y establecimiento, independientemente de que ello fuese posible o no en términos absolutos o relativos...", sostiene el recurrente que, como consecuencia "... del anterior error de derecho en la interpretación de la norma citada..." —vale decir, del artículo 6° de la Ley 45 de 1936— se desatendió la prueba testimonial resultante de las declaraciones de Gerardo Castro Moreno, Telmo Lozada Gutiérrez, José del Carmen Rueda, Flor María Angarita, Rosmira Rolón V. de Rodríguez, Hernando Suárez y Jorge Martín Mejía Gómez. así como también fue desoído el dicho de las demandadas Irma Méndez de Quiroga y Gladys Inés Méndez de Herrera, imputación que su autor explica en los siguientes términos: "... De haber entendido en debida forma el *ad quem* el alcance del artículo 6° de la Ley 45 de 1936, habría admitido que, cuando los citados testigos deponen cómo el presunto padre prestó dinero al demandante, para sus negocios, sin exigir especiales garantías, se ofreció como garante de sus obligaciones, lo aconsejó y asesoró en sus negocios, lo hospedó durante muchos años en el

Hotel Anauco de su propiedad, sin cobrar ningún emolumento, hospedó durante varios años al hijo del demandante de nombre Hernando, proveyendo a su habitación y alimento sin cobrar suma alguna, para permitir su asistencia a la Universidad, lo que en realidad hacía era prestar ayuda material y moral para el establecimiento del demandante. Pero como no entendió la norma en su verdadero alcance, hizo caso omiso de tales manifestaciones sobre posesión notoria, con lo cual se violó el citado artículo 4º numeral 6º de la Ley 45 de 1936, el artículo 6º de la Ley 75 de 1968 y el artículo 399 del C. C....”; sentada esta base, prosigue la demanda, con los testimonios enumerados debió tenerse por demostrado que Enrique Telésforo Méndez Figueroa sí trató como hijo suyo al demandante, trato que se tradujo en “... ayuda y asesoría económica...” y ante este hecho adquieren toda su fuerza “... los motivos corroborantes...” de los que habló el tribunal, dando cuenta de ellos las declaraciones testimoniales de Telmo Lozada Gutiérrez, Jorge Martín Mejía Gómez, Olivo Manosalva Díaz, Flor María Angarita y José del Carmen Rueda, así como también lo expuesto por la demandada Gladys Inés Méndez de Herrera quien dijo conocer al actor siendo ya un hombre mayor por habérselo presentado “... como su hijo mayor...” el padre común Enrique Telésforo Méndez Figueroa. En fin, el capítulo termina con el siguiente resumen de la tesis impugnativa planteada: “... En conclusión, la indebida interpretación que el honorable tribunal hizo del artículo 6º de la Ley 45 de 1936, llevó al mismo a desestimar la prueba testimonial y con ello a violar las normas citadas en este cargo, lo que se tradujo en la revocatoria del fallo de instancia y en desestimar las pretensiones del actor...”.

Tercer cargo

Mediante este último cargo el recurrente acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria de los artículos 4º numeral 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, 6º numeral 6º y 10 de la Ley 75 de 1968, 399 del C. C., 95, 176, 187 y 228 del C. de P. C., todos por falta de aplicación, y el artículo 6º de la Ley 45 de 1936 por interpretación errónea, indicando como causa de tales infracciones el yerro de hecho por preterición, ostensible y trascendente, en que habría incurrido el *ad quem* por falta de apreciación de pruebas, unas de origen testimonial y otras derivadas de indicios que pasaron inadvertidos.

Empieza la censura expresando que el pronunciamiento combatido, al considerar que no existe en los autos prueba de la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial dejó de estimar las que señalan “... la existencia de hechos que son presupuesto de dicha posesión...”, aludiendo en particular a fragmentos de las declaraciones de los testigos Gerardo Castro Moreno, Telmo Lozada Gutiérrez, José del Carmen Rueda, Flor María Angarita, Rosmira Rolón de Rodríguez, Hernando Suárez Quintero y Jorge Martín Mejía, así como también a los interrogatorios que absolviéron las demandadas Irma Méndez de Quiroga y Gladys Inés Méndez de Herrera, habida consideración que, en opinión del recurrente “... los distintos testimonios dan cuenta clara de hechos como que el presuntó padre prestó ayuda económica al demandante, a más de que le dio durante varios años hospedaje gratuito a él y a un hijo suyo, con lo cual se tiene que lo sostenido por el *ad quem* en el sentido de que no existe prueba de la mentada posesión, sólo revela que el mismo desestimó sin análisis de fondo los testimonios que fueron recepcionados en el juicio...”.

agregando que la conducta procesal observada por la parte demandada –falta de oposición de los sucesores de Enrique Telésforo Méndez Figueroa que fueron llamados a la causa, excepción hecha de Nelly Méndez Bohórquez e Irma Méndez de Quiroga–, amerita inferencias indiciarias que no hizo el sentenciador, todo lo cual condujo a que se hubieren descartado igualmente los testimonios que dan cuenta de hechos corroborantes de la posesión de estado alegada.

SE CONSIDERA

Por lo que respecta a los cargos formulados por el cauce indicado en la segunda parte del numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, tampoco están llamados a recibir despacho favorable.

El distinguido como segundo (2º) en la demanda adolece de notorias fallas técnicas que no permiten considerar el mérito de la acusación, a saber:

a) En primer lugar, no obstante lo dicho en su encabezamiento y a pesar de que se le atribuyen al fallo errores de derecho en la apreciación del acervo probatorio recogido, toda la estructura de la tesis impugnativa se hizo descansar en la errónea interpretación del artículo 6º de la Ley 45 de 1936 que condujo al tribunal sentenciador, según lo plantea el recurrente, a infringir por falta de aplicación el numeral 6º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y el artículo 6º *ibidem*; es decir, se denuncia el artículo 6º de la Ley 75 de 1968 por interpretación errónea, pero el desarrollo por este concepto se monta sobre el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, el que, se acusa, al mismo tiempo, por falta de aplicación. Y este montaje crítico no se compadece con la técnica de casación. Además, si ha de entenderse con la que es doctrina jurisprudencial reiterada que, en concepto de interpretación errónea, resulta quebrantada la ley sustancial cuando el juzgador, al aplicarla al caso especial del que está conociendo, equivocadamente le imprime un significado diverso al que le dio el legislador y así la hace actuar en la controversia, sin mayor dificultad se comprende que así como no puede presentarse falta de aplicación de un precepto mal interpretado, "... mal puede haber interpretación equivocada de una disposición que no se aplica..." (G. J. T. XCI, página 36) y, en consecuencia, el capítulo de la censura en estudio deviene contradictorio, pues es evidente que, dado el contenido absolutorio de la sentencia, el tribunal no encontró fundamento para hacer operar el numeral 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, luego no pudo transgredirlo por omisión atribuyéndole un sentido discordante con que es el genuino alcance de dicha norma;

b) La segunda observación que cumple dejar apuntada es que, también por fuerza de criterios muchas veces repetidos por la Corte, no consulta las exigencias técnicas del recurso extraordinario de casación y es imposible la calificación jurídica de su mérito, una acusación cimentada sobre la base de sostener, invocando desaciertos o errores en la apreciación de la prueba, que la ley ha sido infringida por errónea interpretación "... pues como quiera que tal sentido de violación implica conformidad entre el impugnante y el juzgador respecto de la apreciación de la cuestión de hecho y por tanto, de los medios de convicción, se ha sostenido repetidamente por la jurisprudencia que el quebranto por interpretación errónea sólo puede presentarse

por la vía directa y nunca por la indirecta, tal como lo plantea aquí el casacionista...” (G. J. T. CLXXX, página 123);

c) Si al verificar la crítica de la prueba de la posesión de estado el tribunal se formó un criterio distinto al del juez de primera instancia, dentro de la autonomía reconocida al *ad quem* esa apreciación no puede ser destruida en casación sino mediante la demostración consciente del error de derecho en que, al decir del censor, se incurrió en la valoración de los elementos de convicción aducidos al proceso, ello por cuanto mientras ese yerro no aparezca acreditado la Corte no puede separarse de aquella apreciación, y se ha entendido (cfr. G.J. T. CXV, página 117) que no queda satisfecho cabalmente este requerimiento cuando, a pesar de citarse algunos preceptos de disciplina probatoria como lo son los artículos 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil, así como también el artículo 399 del C. C., nada dice el recurrente acerca del concepto concreto de la violación de tales preceptos y guarda silencio sobre la manera cómo esa violación de la ley reguladora de la prueba, ha incidido en el quebrantamiento final, por falta de aplicación o por aplicación indebida, de normas sustanciales;

d) El recurrente enrostra yerro de *jure* a los testimonios pero toda la crítica la construye sobre supuestos fácticos y eso no es posible en casación. Si se aduce error de derecho el cargo debe desarrollarse de manera armónica, con fundamento en esa modalidad de equivocación y no desplazarse a la otra clase de error.

Ahora bien, por lo que toca con el tercero y último cargo, ha repetido muchas veces la Corte que cuando la tesis impugnativa consiste en alegar errónea apreciación probatoria, para alcanzar un resultado exitoso no es suficiente con sugerir un nuevo examen crítico de los motivos de prueba que surgen de los medios aportados al debate; es indispensable que el tribunal de instancia haya incurrido en error de derecho o en error manifiesto de hecho, que así se alegue y demuestre por el recurrente, que éste señale con acierto y de manera precisa la prueba pretermitida o erróneamente apreciada, que el yerro así acontecido incida en el contenido decisorio de la sentencia hasta el punto en que de no haber mediado tal equivocación el sentido del proveimiento hubiera sido distinto y, por último, que por este camino se haya violado una norma de derecho sustancial por falta de aplicación o por aplicación indebida.

Significa lo anterior, en pocas palabras, que “... la libertad del juzgador de instancia en su función de inquirir a través del proceso por la prueba de los hechos constitutivos de la acción, no tiene otra valía que la evidencia que produzcan las pruebas aducidas, la casación no puede penetrar en este campo exclusivo del criterio del fallador, sino cuando éste incurre en negación de la verdad pregonada en los autos, por pasar inadvertida una prueba que existe, o creer que figura una prueba que no existe; o por negar o atribuir a una prueba el valor que la atribuyen o le niegan los textos legales que consagran los medios de prueba. Pero fuera de estos eventos la casación respeta la autonomía del sentenciador en el ámbito de las pruebas...” (G. J. T. LXXVIII, número 2147, página 885), luego una decisión estimatoria del recurso por este aspecto supone, como condición primera, que del estudio crítico de los elementos probatorios indicados por el censor, se concluya sin ambages, que los soportes fácticos de la resolución judicial son fruto de errores de hecho evidentes.

Por eso también ha dicho esta Corporación:

“No es posible infirmar una sentencia en casación enfrentando el recurrente su particular criterio al que sentó el tribunal sobre las pruebas, así el casacionista haga una crítica más aguda y mejor de los medios de convicción, como quiera que el recurso extraordinario no puede convertirse en medio expedito para ensayar, sin limitaciones, un análisis de la prueba y, por ende, una revisión general de la controversia planteada, puesto que no es una tercera instancia, sino un recurso eminentemente formalista... Por consiguiente, la acusación global de una prueba testimonial que tuvo en cuenta el tribunal, fundada en el aserto, igualmente global, de que es más atendible otra prueba de la misma especie, sin demostrar el recurrente el yerro en que incurrió el *ad quem*, el ataque en esas condiciones no se abre paso” (Sentencia de 31 de julio de 1985).

Sin embargo, de tan conocidas y perentorias exigencias, en el cargo tercero la demanda se reduce a pregonar que, por haber desfigurado lo que a juicio del recurrente debió tenerse como genuino alcance del artículo 6° de la Ley 45 de 1936, el tribunal pasó por alto hechos indicativos de la posesión notoria del estado civil alegado, en particular aquéllos en que se puso de manifiesto lo que aquél llamó “... la ayuda económica y la asesoría financiera, que el actor acreditó haber recibido del presunto padre o que Enrique Telésforo Méndez Figueroa le hubiese llamado ‘hijo’, y no apreció tampoco su gravedad, precisión y concurrencia en punto de demostrar la existencia de un virtual reconocimiento de paternidad. Pero lo cierto es que si los elementos probatorios, a los que la censura se refiere, no formaron convicción en el ánimo de la Corporación sentenciadora, que como es sabido goza de discreta autonomía en la apreciación de los testimonios, no aparece por parte alguna que su apreciación obedeciera al desconocimiento objetivo de alguna prueba que forzosamente y con toda exactitud ponga en evidencia lo contrario, o muestre rasgos protuberantes de arbitrariedad, de suerte que el error ostensible de hecho denunciado tiene que ser descartado.

De otra parte, si el tribunal no encontró probada por medio de los testimonios la posesión notoria de hijo extramatrimonial, no se puede sobre los mismos encontrar hechos indicadores que infieran esa calidad, y mucho menos por la falta de oposición de algunos de los sucesores de Enrique Telésforo Méndez Figueroa, puesto que, como se ha dicho, el sentenciador de segundo grado no encontró acreditados los supuestos de la posesión notoria en los que se apoyó el demandante.

No prosperan, pues, los cargos.

DECISIÓN

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 19 de octubre de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario adelantado por Enrique Méndez Lagos contra los sucesores de Enrique Telésforo Méndez Figueroa.

Costas en casación a cargo del recurrente. Tásense.

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

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

Luis H. Mera Benavides
Secretario

ACCION REIVINDICATORIA. COMUNIDAD

Noción de 'comunidad. Presupone el fraccionamiento del derecho. La recomposición de la unidad aritmética no supone que también se rehaga la unidad del derecho. La cuota en sí misma y en relación con el objeto. Como el comunero no puede reivindicar para sí sino la cuota de que no está en posesión tratándose del bien común la acción debe ejercitarla para la comunidad.

F.F. artículo 949 del C. Civil.

Igual sentido: S. 16 de septiembre de 1959 XCI, 525.

S. 27 febrero 1968 CXXIV, 16.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

Bogotá, D.E., treinta (30) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Despacha la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que data del veintiuno (21) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987), proferida dentro del proceso ordinario que para la sucesión de José Domingo Garcés Naranjo, instaurara Pedro P. Garcés Tamayo, en frente del señor Flavio Roldán Martínez.

ANTECEDENTES

Al Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín, le correspondió por reparto asumir el conocimiento de la demanda que, a nombre de la sucesión de José Garcés N., presentó Pedro P. Garcés T., tendiente a obtener que Flavio Roldán M., a quien señaló como demandado, le restituyera a aquélla, un inmueble que hace parte de un predio situado en la ciudad de Medellín, en la fracción América, paraje de "Otrabanda", alindado éste como se indica en el hecho primero, y el que es objeto de la reivindicación en los términos que se expresan en el numeral 6°, todo de conformidad con los hechos que a continuación se sintetizan:

José Domingo Garcés adquirió el predio de mayor extensión, según las escrituras públicas Nos. 484 del 9 de febrero de 1927, 2411 del 12 de junio de 1929, y 2426 del 13 de junio de 1929, todas de la Notaría 2ª de Medellín. Dentro de dicho predio Flavio Roldán M. ocupa un lote que, a su vez, se divide en dos porciones; sobre una de ellas paga arrendamiento a los herederos de José Domingo Garcés, pero sobre otra, la identificada en el hecho 6º, ejerce una posesión material que dice el mismo Roldán en interrogatorio extraprocesal que hubo de absolver, le compró a Alberto Mejía quien la tenía desde 8 o 9 años atrás.

José Domingo Garcés N. ejerció sobre todos sus inmuebles actos de señor y dueño, mas como perdiera el uso de la razón, mucha gente se aprovechó para invadir los lotes que tenía en el sector de Naranjal, habiendo sido indispensable, entonces, entablar una serie de procesos reivindicatorios en los Juzgados Civiles de Medellín.

La persona contra la cual se dirige la demanda, en todo caso ocupa el inmueble desde hace menos de veinte (20) años, y toda mejora que haya hecho ha sido contra la voluntad de sus dueños, fuera de que es poseedora de mala fe y, en cuanto tal, está obligada a restituírle los frutos a la sucesión por el tiempo que ha durado su ocupación, los que se estiman a razón de \$50.000 mensuales.

Notificado el demandado del auto admisorio de la demanda anterior, le dio respuesta oponiéndose a la pretensión reivindicatoria. A ese propósito, de unos hechos dijo atenerse a lo que resultara probado en el proceso. Y en relación con otros dijo que él poseía un lote cuyos linderos cita, desde hace más de veinte años, de manera quieta, pacífica y sin clandestinidad, posesión que adquirió por medio de un documento privado suscrito ante testigos, de manos del señor Alberto Mejía, el 5 de junio de 1964; el vendedor de la posesión la ejercitaba desde ocho años atrás, pues habitaba el inmueble con su familia.

Propuso, así mismo, la excepción de prescripción adquisitiva del dominio, apoyada, básicamente, en que ha poseído el inmueble por más de veinte años.

Diligenciada la primera instancia, el Juzgado del conocimiento le puso fin con decisión desestimatoria de la pretensión. Recurrída en apelación por el demandante, el Tribunal la confirmó por medio de la sentencia que es objeto del presente recurso extraordinario.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras relatar los antecedentes del caso y compendiar las razones aducidas por la parte demandante para impugnar la sentencia de primera instancia, el *ad quem* se refiere a la titularidad del dominio de dicha parte, así: La escritura No. 484 del 9 de febrero de 1927 de la Notaría 2ª de Medellín, por medio de la cual Elisa Jaramillo vende a José Domingo Garcés N. un derecho proindiviso de \$1.140.09 5/12 en relación con un avalúo de \$12.700.00 en una finca situada en la fracción América del municipio de Medellín, cuyos linderos transcribe.

La escritura pública número 2411 del 12 de junio de 1929, también de la Notaría 2ª de Medellín, por medio de la cual Virginia Naranjo vende a José Domingo Garcés un derecho de \$1.140.09 5/12 en relación con un avalúo de \$12.700.00 dado

al inmueble ya mencionado. Además, la vendedora transfirió los derechos hereditarios que pudieran corresponderle en la sucesión de su hermano José Antonio Naranjo.

La escritura No. 2426 del 13 de junio de 1929, de la Notaría ya mencionada, por medio de la cual Virginia Naranjo vende a José Domingo Garcés los derechos hereditarios que a Delfina y Pedro Gaviria le pudieran corresponder en la sucesión de Antonio Naranjo, derechos que la enajenante dice haber comprado a Delfina Gaviria.

Señala luego el Tribunal que “la narrativa no alude a una sentencia que las pruebas piden y que el folio de matrícula inmobiliaria 001-012-6479, que transcribe los linderos de las escrituras dichas y que registra las mismas y solamente esas, anota como registrada en el año de 1977 emanada del Juzgado Once en lo civil del circuito de Medellín bajo la siguiente especificación: ‘Confirmación de derecho real de dominio’...”.

Comentando este fallo dice que él se produjo con ocasión de una demanda de reconvencción contentiva de una pretensión reivindicatoria hecha valer en frente de Carlos Enrique Orozco quien había pedido una declaración judicial de pertenencia. Expone que este proceso se adelanta en contra de un tercero y que lo allí decidido le es inoponible en éste. Que tal sentencia no es susceptible de registro. Que los títulos que en esa oportunidad se esgrimieron fueron las mismas tres escrituras ya mencionadas “y las cuales están y estaban muy lejos de demostrar el dominio de José Domingo Garcés como que apenas acreditan su derecho cuotativo de dos doceavas aproximadamente...”.

A vuelta de mencionar la adjudicación cumplida en la sucesión de Antonio Naranjo, que la demanda no cita, y de examinar lo ocurrido en los inventarios y partición de la sucesión de José Domingo Garcés, acerca del inmueble del que hace parte el que es materia de este litigio, concluye diciendo que la cuota parte que se ha acreditado en cabeza de José Domingo Garcés en relación con el inmueble mayor, “no se conforma siquiera por las dos doceavas del bien raíz”. Que “si solamente se es dueño de un derecho cuotativo sobre un bien raíz no puede pretenderse para sí la totalidad de ese bien...”. Que ese defecto es una falta de legitimación en la causa que conduce a “un pronunciamiento formal”. Que sin embargo la Corte, “si bien confiere a la decisión unos efectos apenas formales porque no entra a decidir de fondo la pretensión y solamente busca que no se repita un pedimento en la misma manera, pronuncia decisión de fondo”. Y que en acatamiento de esta interpretación de la ley es por lo que confirma la decisión del Juzgado.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Dos cargos, ambos con apoyo en la causal primera del artículo 368 del C. de P. C., plantea la parte recurrente en casación en contra de la sentencia acabada de resumir. La Corte los despachará conjuntamente.

Primer cargo

Por la vía directa, en él se le atribuye a la sentencia la falta de aplicación del inciso 3º del artículo 305 del C. de P. C., y la de los artículos 949 y 946 —qué aquí se

relacionan íntimamente—, 947, 950, 952, 961, 962, 963, 964, 966, 967 y 968 del C. C.

Al desarrollar el cargo, empieza el recurrente por señalar que comporta un grave contrasentido que cuando el propio legislador ha dispuesto que “si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último”, no se puede aplicar ese principio tan equitativo “al caso en que demandándose la restitución de todo un inmueble... sólo pruebe el reivindicante dominio sobre cuotas que no suman el ciento por ciento”. El contrasentido lo halla en que no obstante haberse probado el dominio, no sobre todas las cuotas que completan la unidad, sino sobre parte inferior, el fallador tenga que abstenerse de ordenar la restitución del derecho de cuota plenamente probado, no obstante lo que establece el inciso 3º del artículo 305, citado.

Tras definir la *plus petitio*, y anotar que así como la Corte ha aceptado que cuando el reivindicante de toda una finca sólo prueba dominio en parte singular de ella, tiene derecho a la restitución de la parcela, dice que aspira a que cuando pretendida toda una finca, adquirida por la suma de varios derechos *pro indiviso*, el demandante sólo prueba tener derechos cuotativos en ella, se defina que tiene derecho a la restitución de su cuota, según la norma ya citada.

Con el propósito de patentizar la injusticia que, en su sentir, se cometería de no producirse la rectificación doctrinaria por la que propugna, el recurrente pone como ejemplo el caso en que el demandante prueba que es dueño de las noventa y nueve centésimas (99/100) del predio; dice que si entonces no tuviera derecho a que se condene al demandado a restituírle esa cuota parte, ¿tendrá que perder “no sólo el derecho de centésima parte, cuyo dominio no demostró, sino también el de las noventa y nueve centésimas restantes...?”

Ulteriormente argumenta que “cuando se demanda el todo, en el fondo es lo mismo que si se demandara el total de las cuotas que lo integran”, aserto éste que trata de explicar valiéndose del ejemplo que había puesto en el aparte anterior, para rematar así este paso del cargo:

“...es evidente que quien se crea dueño de todo, ya porque lo haya adquirido por un solo acto o contrato, o por la suma de las adquisiciones de los distintos derechos *pro indiviso* que completan la unidad, como ocurre en la especie de esta litis, no demandará, al promover la reivindicación o acción de dominio, que el demandado sea condenado a restituírle a *cada uno* de los distintos derechos cuotativos que adquirió y que completan la unidad, sino que pedirá la restitución de todo el predio... no obstante haber adquirido sobre él solamente derechos de cuota que sumados le dan título legítimo sobre todo el inmueble”.

Con esos fundamentos, explica lo ocurrido en el presente caso, y dice que el fallo debió reconocer que José Domingo Garcés, cuyo dominio sobre tres derechos de cuota está acreditado, tiene derecho a la restitución de esa cuota.

Tras insistir en sus apreciaciones, expresa que “cuando se reivindica un inmueble, ya en su totalidad, ya en una cuota determinada del mismo, el objeto pretendido es, en el primer caso, todo el fundo y, en el segundo, la respectiva cuota *pro indiviso*

sobre el mismo, sin exagerar la lógica jurídica y sin maltratar la equidad debe aceptarse que en uno y otro caso el objeto es el mismo: la recuperación del derecho que se tiene sobre ese bien raíz, derecho que en la primera hipótesis equivale al ciento por ciento de la cuota sobre él y que, en la segunda, es solamente de cuota, por tratarse de un derecho *pro indiviso*". Que "del mismo modo, cuando se reivindica un inmueble y sólo se demuestra dominio sobre parte de él, no puede decirse que ha variado el objeto de la demanda, pues la porción está comprendida en el todo...".

Torna sobre la doctrina de la Corte concerniente a la prueba del dominio en una porción menor que la demandada en reivindicación, y solicita, otra vez, que se amplíe a casos como el presente. Manifiesta que el Tribunal violó, por inaplicación, las normas antes citadas, por lo que su sentencia merece ser casada para que la Corte, en sede de instancia, revoque la del Juzgado y, en su lugar, decrete la reivindicación de la cuota sobre la que se probó el dominio de la parte actora.

Segundo cargo

Por la vía indirecta se le imputa en él a la sentencia la inaplicación de los artículos 305, inciso 3º, del C. de P. C., y 949, 946, 947, 950, 952, 961, 962, 963, 964, 966, 967 y 968 del C. C., a causa de evidente error de hecho en la apreciación de los títulos del reivindicante y de lo expresado en el hecho segundo de la demanda.

Con el propósito de sustentarlo, el recurrente, después de reiterar la tesis expuesta en el cargo anterior acerca del alcance que le compete al inciso 3º del artículo 305 del C. de P. C., dice que el Tribunal no advirtió que en el hecho segundo de la demanda, "al relatarse el modo de adquisición del inmueble poseído por Flavio Roldán, indicando los distintos títulos por los que José Domingo Garcés adquirió derechos cuotativos en la finca mayor, ninguno de los cuales se refiere a porciones singulares del fundo, sino todos a meros derechos en *pro indiviso* en el mismo, ello necesariamente implicaba, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 305, inciso 3º, del C. de P. C., que si no se podía demostrar el dominio total sobre el inmueble reivindicado, la acción debía prosperar relativamente a los derechos *pro indiviso* que se probara tener en la sucesión de José Domingo Garcés".

Del mismo modo, añade, hubo también evidente error de hecho en la apreciación de las escrituras públicas que cita, al cercenarles su real contenido, ya que no obstante que ellas son prueba de que José Domingo Garcés tiene sobre la finca raíz de la que hace parte el inmueble pretendido en reivindicación, una cuota que es indiscutiblemente superior a dos doceavas partes —lo que demuestra—, el Tribunal afirmó que "esa cuota no se conforma siquiera por las dos doceavas del bien raíz".

Concluye observando que si en este pleito se configura una variante de la *plus petitio*, está probado el dominio de la sucesión de José Domingo Garcés sobre tres derechos, para no quebrantar las normas ya citadas, se debe casar la sentencia del Tribunal y, revocando la del Juzgado, declarar que el demandado Flavio Roldán debe restituir la cuota *pro indiviso* a la sucesión de José Domingo Garcés.

SE CONSIDERA

Aun cuando un sector de la doctrina y algunas legislaciones foráneas le asignan al vocablo una significación mucho más amplia, en el Código Civil colombiano el

término comunidad se emplea para significar el fenómeno resultante del fraccionamiento de la titularidad del derecho de propiedad (o de otro derecho real) que estaba en cabeza de una sola persona, entre dos o más sujetos. Ese fraccionamiento del derecho da lugar, en ocasiones, a una comunidad singular, y en otras a una de carácter universal, según que el objeto sobre que recaiga el derecho seccionado sea singular, o, por el contrario, verse sobre una universalidad”.

Como quiera que en esta materia el mencionado ordenamiento, al igual que el de muchos otros países, se inspira en los principios que en torno al punto se establecieron por el derecho romano, es característico de la comunidad el que el fraccionamiento de la titularidad se traduzca en la formación de cuotas para los distintos sujetos en quienes el derecho se haya venido a radicar.

La cuota de cada uno de los sujetos se representa por medio de un número quebrado que, al sumarse con los restantes, viene a conformar la unidad aritmética. Mas por lo que luego se verá, y en contra de lo sostenido por el recurrente, esta recomposición de la unidad aritmética no supone que también se rehaga la unidad del derecho. Esta, para decirlo de una vez, sólo se reintegra en la medida en que desaparezcan las cuotas representativas de la división de la titularidad del derecho.

Desde el punto de vista jurídico, la cuota constituye la expresión del derecho de dominio adscrito al respectivo copartícipe. En cuanto tal, se la puede examinar en dos posiciones: Una, atinente a la cuota en sí misma. Con relación a este punto es necesario observar que a pesar de que se ha dicho que la cuota sólo es contemplable en un plano abstracto o ideal, o sea, como “el símbolo de la participación en un derecho”, no es preterible que su titular la pueda enajenar, gravar o reivindicar; es decir, ejercer sobre ella ciertos actos característicos del dominio, como si fuera el objeto exclusivo de éste. Mas esta exclusividad es apenas aparente, o por lo menos parcial, porque tampoco se puede silenciar que no cabe desligar la cuota del objeto común del derecho. De todas maneras, lo que ahora interesa subrayar es que cada cuota, en sí misma considerada, es individual, lo que, recta vía, conduce a decir que es diferente a las demás. Pero, y esto es lo más importante, entre ella y la unidad del derecho no es posible establecer una comparación destinada a saber si es menor que ésta, porque la unidad quedó aniquilada cuando se fragmentó la titularidad del derecho y se formó la comunidad.

La otra posición en la que es analizable la cuota es la siguiente: al trazarla sobre el objeto, lo primero que se advierte es que ella no refleja que el parcionero vea las facultades inherentes a su derecho, reducidas en sus confines objetivos (a un cierto y determinado sector del objeto), mas que las conserve intactas desde el punto de vista de las atribuciones propias de las mismas. Al hilvanarse sobre todo el objeto y sobre cada una de sus partes, su cuota se entreteje con las de los otros comuneros, de una forma tal que el ejercicio del derecho se reconduce en un sentido diferente al que en otras circunstancias le compete, pues tiene que ser desplegado de modo que no perjudique o entorpezca el uso de los demás comuneros, quienes correspondientemente han de sujetarse a idéntica pauta, con todas las consecuencias que advienen de semejante interrelación: de hecho, cada comunero puede constreñir a los otros al pago de las expensas necesarias para la conservación de la cosa. Ninguno de los comuneros puede, de manera unilateral, variar la destinación de la cosa. Y, por sobre todo, las voluntades de los comuneros, singularmente consideradas, no expiden ningún influjo idóneo

en lo tocante con la administración y explotación de la cosa común, imposibilidad de la que, ineludiblemente, surge la necesidad de aceptar la existencia de una cierta voluntad colectiva, así se la conciba como la más elemental o embrionaria, pero que, de todos modos, desempeña el papel de una especie de órgano de gestión de la comunidad.

Todo lo anterior permite concluir que la división del derecho de propiedad en cuotas lleva en sí una modificación de los atributos inherentes a ese derecho cuando su titular es único. Esa modificación no es cuantitativa como lo pretende el recurrente, sino cualitativa, pues, según ha quedado demostrado, de un lado, jurídicamente no es admisible sostener que la cuota de dominio es menor que la unidad en éste, porque la unidad deja de ser perceptible desde el instante mismo en el que emerge la comunidad; y del otro, los comportamientos de los cotitulares con respecto al objeto común presentan unas restricciones —recíprocas— que no existen cuando el titular del derecho es único. A riesgo de caer en reiteración, es oportuno anotar que esas restricciones no son simplemente accidentales, sino que pertenecen a la propia esencia de la comunidad, pues su finalización depende de la extinción de la comunidad.

Corroborar el anterior planteamiento el observar que “la suma de todos los atributos inherentes a cada uno de los condueños no recompone el derecho de un dueño único del mismo objeto” (Lacruz Berdejo, J. L., *Manual de Derecho Civil*, p. 443).

Cuando la jurisprudencia de la Corte ha admitido que, si habiéndose demandado la reivindicación de un predio, se ha comprobado luego que únicamente se es dueño de una porción menor pero singularizada del mismo, la pretensión está llamada a abrirse paso, ello ha sido porque ha juzgado que, ahí sí, se da una nítida aplicación de lo que prescribe el inciso 3° del artículo 305 del C. de P. C. En efecto, en esta hipótesis la cuestión queda circunscrita a observar que se trata de una reducción puramente cuantitativa del objeto del derecho puesto que, como es palmar, el reivindicante mantiene inalterado el contenido del mismo.

Desde la perspectiva de la normatividad, no es igual afirmar que se es dueño exclusivo de un bien pero demostrar que apenas se tiene el derecho sobre una parte individualizada del objeto, que pretenderse propietario único y luego comprobar que se es titular de un derecho de cuota. Lo primero se gobierna por las reglas propias del derecho de dominio. Y si bien estas reglas son indispensables para lo segundo, no son, en cambio, suficientes pues, como nadie se atrevería a negarlo, se las debe articular con las de la comunidad.

Aproximando el punto de vista sobre el que se viene discurriendo a las reglas pertinentes a la reivindicación, se ve cómo la primera hipótesis se ajusta, sin más, al artículo 946 del C. C. En cambio, la segunda tiene inevitablemente que contar, también, con el artículo 949 *ibidem*.

Cabría, incluso, añadir que la diferencia de la que se habla se capta, con exactitud, en el hecho de haber sido el propio Código el que se ocupara, de un modo particular y concreto, de establecer la reivindicación de cuota en cosa singular, lo que a las claras indica que ha sido el mismo legislador el que ha juzgado que tal postulado no encajaba dentro de las normas generales sobre la materia.

Por todo lo anterior es por lo que la jurisprudencia de la Corte se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“Como en el caso en estudio el actor es dueño de un derecho correspondiente a la mitad del inmueble objeto de la demanda, con base en él no puede demandar para sí la reivindicación de todo el predio, como cuerpo cierto, pues si sólo es titular de un derecho, la acción que le corresponde ejercer no es la consagrada en el artículo 946 del Código Civil, sino la del artículo 949 ibidem, referente a la reivindicación de cuota determinada proindiviso de cosa singular.

“No siendo el actor dueño de todo el predio sino de una parte indivisa —ha dicho la Corte— su acción no podía ser la consagrada en el artículo 946 del Código Civil sino la establecida en el 949 de la misma obra, ya que el comunero no puede reivindicar para sí sino la cuota de que no está en posesión, y al hacerlo debe determinarla y singularizar el bien sobre el cual está radicado.

“Como es bien sabido, el comunero posee el bien común en su nombre y también en el de los condueños y por lo mismo la acción de dominio que le corresponde debe ejercitarla para la comunidad” (t. XCI, p. 528).

“Si no prospera en este evento la acción reivindicatoria de cuerpo cierto consagrada en el artículo 946 del Código Civil, que fue la ejercida en la demanda, ello no quiere decir que el actor no pueda incoar la consagrada en el artículo 949 de la misma obra” (Cas. civ. feb. 27/68).

Así, pues, cuando el Tribunal desestimó la pretensión reivindicatoria de la sucesión demandante, no violó ninguna de las normas que en el cargo primero denuncia el recurrente.

En lo que se refiere a los errores de hecho que le adjudica en el segundo cargo, no existen. Por lo pronto, no podía el *ad quem* interpretar la demanda como ahora lo propone el recurrente porque lo evidente es que en ella su autor, de principio a fin, está diciendo que la sucesión de José Domingo Garcés N. era la propietaria exclusiva del fundo de donde se halla el lote objeto de la reivindicación. Y si bien en el hecho segundo se alude a los títulos que, justamente, le sirvieron al Tribunal para acreditar la condición de comunero, ellos, allí, no se presentan bajo esta condición. Por lo demás, al Tribunal no le era dable reorientar el sentido de la demanda con apoyo en que los títulos que en ella se aducen no demuestran propiedad exclusiva sino derecho de cuota parte, cabalmente, semejante paso lo hubiera conducido a la transgresión del artículo 305 del C. de P. C.

En cuanto a que el Tribunal hubiera errado en el cálculo de la proporción que realmente le corresponde a la cuota de la sucesión de Garcés Naranjo, sin embargo de que ese error es evidente, ninguna trascendencia tiene porque aún habiendo establecido el *quantum* en su medida exacta, no por tal motivo tenía que variar la decisión tomada.

Lógicamente, la no existencia de los errores que a la sentencia se le atribuyen en el segundo cargo, acarrea que no se transgredieron las normas legales invocadas, máxime si se toma nota de lo discurrido con anterioridad.

En conclusión, los cargos no están llamados a prosperar.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 21 de abril de 1987, dentro del proceso ordinario que para la sucesión de José Domingo Garcés Naranjo instauró Pedro Garcés Tamayo contra Flavio Roldán Martínez.

Costas a cargo de la parte recurrente. Tásense.

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

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

Luis H. Mera Benavides
Secretario

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
RELATORIA SALA DE CASACION CIVIL
INDICE ALFABETICO PRIMER SEMESTRE 1989

A

Acción reivindicatoria, 206
 Actividad peligrosa, 143
 Adopción, 36

B

Buena fe, 61

C

Caducidad,
 Casación
 inconsonancia, 119
 proposición jurídica completa, declaración
 de nulidad absoluta, 55
 proposición jurídica completa, deslinde y
 amojonamiento, 91
 proposición jurídica completa, llamamiento
 en garantía, 143
 violación directa, 190
 violación indirecta, 119
 violación ley sustancial, dictamen pericial,
 143
 violación ley sustancial, norma sustancial,
 190
 Competencia, Sala de Decisión, 84
 Contestación de la demanda, 61
 Cosa juzgada, estado civil, 101

CH

Cheque fiscal, 29

D

Declaración de pertenencia, 66
 Demanda, contra heredero, 16

E

Estado civil, 16, 36, 101
 Excepción de contrato no cumplido, 163

F

Filiación natural (ver. paternidad natural), 190
 Fraude procesal, 179

H

Heredero, prueba, 16
 Hijo menor, cuidado personal, 45

I

Impedimento, 84
 Intereses, 143

L

Litis consorcio necesario, integración, 44

M

Mutuo disenso tácito, 162

N

Nulidad procesal
 adopción, 36
 impedimento, 84
 prueba de oficio, 91

P

Paternidad natural, posesión notoria, 190
 Posesión
 inscrita y material, 66

intervención del título, 66
Prejudicialidad, 162
Promesa de Compraventa, 162
Prueba de oficio, 91

R

Responsabilidad extracontractual, actividad peligrosa, 143
Revisión
caducidad, 179

maniobra fraudulenta, 179
Revisión sentencia Juez de Menores, 7

S

Sala de Decisión, competencia, 84
Separación de cuerpos, hijo menor, 25
Simulación, legitimación, 44
Sociedad de hecho, entre herederos, 119

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RELATORIA SALA DE CASACION CIVIL

INDICE CRONOLOGICO DE PROVIDENCIAS PARA PUBLICAR PRIMER SEMESTRE DE 1989

	Pág.
REVISION SENTENCIA JUEZ DE MENORES. Se reitera que en este proceso tiene autonomía como parte el menor asistido por su representante, frente al curador especial que le debe designar el Juez de Menores, cuya intervención es forzosa. S-008 del 89-01-30. NO CASA. Tribunal Superior de San Gil. Eliécer Cuadrado Tovar contra Claudia Sneiden Ardila. Magistrado Ponente: doctor <i>Pedro Lafont Pianetta</i> . En igual sentido S-8 de julio/75; S-17 de octubre/77; S-27 de marzo/84. F.F.: artículo 95 Ley 83 de 1946.....	7
ESTADO CIVIL. HEREDERO. DEMANDA. En los procesos contra herederos, para la demostración de la legitimación pasiva no se requiere la prueba del estado civil de los demandados, sino la de heredero o cónyuge con interés sucesoral o social y la copia auténtica del auto de reconocimiento pertinente expedida en el proceso sucesorio es suficiente para demostrar tales calidades. S-024 del 89-02-07. NO CASA. Tribunal Superior de Bucaramanga. Belén Serrano Toscano de Serpa contra herederos de Juan de Dios Serrano Gómez. Magistrado Ponente: doctor <i>Pedro Lafont Pianetta</i> . F.F.: artículo 10 Ley 75 de 1968. Artículo 81 inciso 2° del C. de P.C.	16
SEPARACION DE CUERPOS. HIJO MENOR. Cuando se produce la separación, medie o no divorcio, el Juez no puede olvidar estos dos principios cardinales: la separación no exime a los padres, aun privados de la patria potestad, de sus obligaciones para con los hijos. En relación con el cuidado personal se deben tener en cuenta las circunstancias que más convengan al menor, que prevalecen sobre las de los padres y sobre la causal de separación demostrada. S-031 del 89-02-13. CONFIRMA. Tribunal Superior de Manizales. Germán Buitrago Alfonso contra Alice Díaz Rodríguez. Magistrado Ponente: doctor <i>José Alejandro Bonivento Fernández</i> . En igual sentido: S-029-12.02.88-1. F.F.: artículo 423 del C. Civil (art. 27 Ley 1ª de 1976).....	25
CHEQUE FISCAL. Estos cheques no son negociables. Sólo hay pago regular cuando haya descargo del cheque en favor de la cuenta de la entidad pública beneficiaria. Responsabilidad extracontractual por su pago irregular. Legitimación activa. S-042 del 89-02-22. NO CASA. Tribunal Superior de Barranquilla. Grasas y Aceites Vegetales S.A. "Gracetales" contra Banco Cafetero. Sucursal Barranquilla. Magistrado Ponente: doctor <i>Pedro Lafont Pianetta</i> . F.F.: Ley 1ª de 1980.....	29
ADOPCION. ESTADO CIVIL. NULIDAD SUSTANCIAL. Tiene interés jurídico para demandar la nulidad absoluta del acta de registro civil de adopción aquél que ha celebrado promesa de venta de derechos herenciales con quien aduce la calidad de hijo adoptivo. S-050 del 89-03-09. CASA. Tribunal Superior de Manizales. Iván de Jesús Rotavista	

Quintero contra Alvaro León Bolívar Trejos. Magistrado Ponente: doctor José Alejandro Bonivento Fernández. F.F.: artículo 104-5 y 102 del Decreto 1260 de 1970 y artículo 1741 C.C.

36

SIMULACION. LEGITIMACION EN LA CAUSA. El secuestre como acreedor de los honorarios causados y debidos —desde el perfeccionamiento del secuestro— se encuentra legitimado para demandar los negocios simulados celebrados por su deudor que dificulten o imposibiliten la satisfacción de la acreencia. S-059 del 89-03-14. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Eberto Garavito Rodríguez contra Inversiones Industriales El Cometa e Inversiones y Construcciones La Cabrera Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido Sent. julio 15/83, XLI, 459. F.F.: artículos 1766 C. Civil; 683 y 388-1 del C. de P. C.

44

LITIS CONSORCIO NECESARIO. Integración. La facultad de integrarlo le corresponde únicamente al juez de primera instancia y le precluye cuando dicta su sentencia. S-059 del 89-03-14. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Eberto Garavito Rodríguez contra Inversiones Industriales El Cometa e Inversiones y Construcciones La Cabrera Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 83-2 del C. de P.C. .

44

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Declaración de nulidad absoluta. Cuando la cuestión litigiosa versa sobre una pretensión de declaración de nulidad absoluta de un contrato, tienen que denunciarse como quebrantados los artículos 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936, y si además comprende la nulidad formal de la escritura pública, debe citarse el 99 del Decreto 960 de 1970. S-070 del 89-03-28. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Víctor Hugo Macías y Susana Barragán de Macías contra Campo Elías Moreno y Blanca Malaver de Moreno. Magistrado Ponente: doctor Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: Sent. septiembre 28/72 CXLI, 181; S-076-26-06-86-4; S-198-26.05.87-1. F.F.: artículo 374-3 del C. de P.C.

55

CONTESTACION DE LA DEMANDA. BUENA FE. Por “contestación de la demanda” se entiende el fenómeno de la *litis contestatio*. La buena fe en principio es una cuestión de hecho; excepcionalmente deviene de una cuestión jurídica. S-072 del 89-03-28. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Santiago Huertas Amaya contra Pablo Manuel Morales Ramírez y Peregrina Hernández de Morales. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. S-3 de junio/54, LXXVII, 772; Sent. julio 4/71 CXXXIV, 62. Sent. 12 diciembre 1979, CLIX, 347. S. 7 julio 1983, CLXXII, 147. F.F.: artículos 964 y 966 del C. Civil. Artículo 768 C. Civil.

61

POSESION. Intervención del título. Por el mero transcurso del tiempo la tenencia no se muda en posesión. Quien ha reconocido dominio ajeno no puede, frente a su titular, trocarse en poseedor sino desde el momento preciso cuando de manera pública, abierta y franca le niega el derecho y simultáneamente ejecuta verdaderos e inequívocos actos posesorios a nombre propio y con absoluto rechazo del propietario del bien. S-118 del 89-04-18. NO CASA. Tribunal Superior de San Gil. Blanca Méndez de Rivera contra Sinfioriano Martínez y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Sentencias de 28 de marzo/57 LXXI, 501; 22 de agosto/57 LXXXVI, 14; 23 de junio/58 LXXXVIII, 203; 7 de diciembre/67 XXIX, 352; 17 de octubre de 1973. F.F.: artículos 777 y 780 del C. Civil.

66

POSESION. A partir del fallo de la Corte del 27 de abril de 1955 perdió toda importancia y vigencia la querella doctrinal de admitir la existencia de dos posesiones, la inscrita y la material, pues sólo ésta tiene contenido y alcance posesorios. S-118 del 89-04-18. NO CASA.

Pág.

Tribunal Superior de San Gil. Blanca Méndez de Rivera contra Sinforiano Martínez y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor <i>Alberto Ospina Botero</i> . Igual sentido: LXXX, 97. F.F.: artículo 762 del C. Civil	66
DECLARACION DE PERTENENCIA. Exigencias para el buen suceso de toda pretensión extraordinaria. S-118 del 89-04-18. NO CASA. Tribunal Superior de San Gil. Blanca Méndez de Rivera contra Sinforiano Martínez y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor <i>Alberto Ospina Botero</i> . F.F.: artículo 413 del C. de P.C.	66
POSESION. Intervención del título. Por el mero transcurso del tiempo la tenencia no se muda en posesión. Quien ha reconocido dominio ajeno no puede, frente a su titular, trocarse en poseedor sino desde el momento preciso cuando de manera pública, abierta y franca le niega el derecho y simultáneamente ejecuta verdaderos e inequívocos actos posesorios a nombre propio y con absoluto rechazo del propietario del bien. S-118 del 89-04-18. NO CASA. Tribunal Superior de San Gil. Blanca Méndez de Rivera contra Sinforiano Martínez y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor <i>Alberto Ospina Botero</i> . Igual sentido: S. 28 marzo 1957, LXXI, 501. S. 22 agosto de 1957, LXXXVI, 14, S. 23 junio 1958, LXXXVIII, 203. S. 7 diciembre 1967, XXIX, 352. S. 17 octubre 1973. F.F.: artículos 777 y 780 del C. Civil	66
COMPETENCIA. SALA DE DECISION. NULIDAD PROCESAL. IMPEDIMENTO. Se incurre en causal de nulidad por falta de competencia cuando en la Sala de Decisión del Tribunal Superior interviene un magistrado cuya recusación o impedimento se había aceptado. S-124 del 89-04-19. CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Victoriano Laconcha Abecia contra Jaime Arturo Pineda Huertas y Eugenia Betancourt de Pineda. Magistrado Ponente: doctor <i>Pedro Lafont Pianetta</i> . F.F.: artículos 152-2 y 29 del C. de P.C. artículo 7° del Decreto 1265 de 1970	84
PRUEBA DE OFICIO. NULIDAD PROCESAL. Efectos de la omisión del término probatorio antes de fallar y de las irregularidades que se pueden cometer. Legitimación para alegar la nulidad. S-136 del 89-04-26. NO CASA. Tribunal Superior de Sta. Rosa de Viterbo. Rosa Amelia Balaguera de García contra Félix Balaguera Vega. Magistrado Ponente: doctor <i>Pedro Lafont Pianetta</i> . F.F.: artículos 108 y 152-6 del C. de P.C.	91
PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Deslinde y amojonamiento. Si se incoala la acción de pertenencia por parte del opositor como poseedor exclusivo prescribiente deben citarse entre otros los artículos 465-1 y 413-1; del C. de P.C. y el artículo 1° de la Ley 50 de 1936. S-136 del 89-04-26. NO CASA. Tribunal Superior de Sta. Rosa de Viterbo. Rosa Amelia Balaguera de García contra Félix Balaguera Vega. Magistrado Ponente: doctor <i>Pedro Lafont Pianetta</i> . F.F.: artículo 374 del C. de P.C.	91
COSA JUZGADA. ESTADO CIVIL. La cosa juzgada mira a la certidumbre de las relaciones jurídicas y a la inmutabilidad de la sentencia. Límites objetivos y subjetivos. Qué debe entenderse por “nuevo proceso” o “segundo proceso”, extensión de los efectos de la cosa juzgada en procesos en que se ventilen cuestiones relativas al estado civil de las personas. S-150 del 89-05-02. NO CASA. Tribunal Superior de Pereira. Marco Tulio Orozco contra Marco Tulio Cadavid J. Magistrado Ponente: doctor <i>Héctor Marín Naranjo</i> . Igual sentido: S. del 24 de abril de 1984. F.F.: artículos 332 del C.P.C. y 406 del C. Civil	101
CASACION. INCONSONANCIA. Cuando de incongruencia negativa se trata, para que se configure se requiere que se haya dejado de resolver una cuestión esencial, por olvido o inadvertencia; no ocurre cuando hay pronunciamiento expreso en el sentido de que una determinada cuestión litigada no debe o no puede ser objeto de resolución, pues esto implica	

- una verdadera decisión. En guarda del postulado de la congruencia las decisiones expresas no son siempre necesarias, si ellas van necesariamente implícitas en otras que sí se expresan. S-183 del 89-05-23. NO CASA. Tribunal Superior de Pasto. Georgina Viveros Bolaños y otros contra Olga Marina Viveros Astudillo y otros. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F.F.: artículo 368-2 del C. de P.C. 119
- SOCIEDAD DE HECHO.** Entre herederos. Amplio estudio de las sociedades de hecho. Modalidades en las que suelen presentarse y que se deben tener en cuenta para efectos de la prueba de su existencia. Noción de los llamados hechos asociantes. La sociedad que surge de los hechos debe reunir en su integridad los elementos esenciales de las sociedades regulares, con excepción de las formalidades que fueren prescritas por la ley. Exigencias que deben demostrarse para colegir el consentimiento implícito. Para que la simple comunidad existente entre herederos se transforme en sociedad se requiere que éstos adopten la decisión de explotar en común los bienes heredados, que tengan la voluntad de asociarse. S-183 del 89-05-23. NO CASA. Tribunal Superior de Pasto. Georgina Viveros Bolaños y otros contra Olga Marina Viveros Astudillo y otros. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. Igual sentido: Sent. 30 de noviembre 1935 XLII Nos. 1901 y 1902, 479; XCIX Nos. 2256 a 2259 pág. 70; LXXVIII No. 2145 pág. 254; Sent. 19 de diciembre 1925 XXXII, 205, G.J. Nos. 2002, pág. 306. F.F.: artículo 2083 del C. Civil. 119
- VIOLACION INDIRECTA.** No permite sacar nuevas conclusiones empíricas distintas de aquéllas a que llegó el Tribunal. Sólo se presenta el error de hecho manifiesto o evidente cuando la única apreciación acertada sea la sustitutiva que se propone, una vez acreditada la falta. Es indispensable que la cuestión de hecho no sea dudosa. S-183 del 89-05-23. NO CASA. Tribunal Superior de Pasto. Georgina Viveros Bolaños y otros contra Olga Marina Viveros Astudillo y otros. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F.F.: artículo 368-1 del C. de P. C. 119
- RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.** Actividad peligrosa. Se funda en el artículo 2356 del Código Civil que presume la culpa, y esa presunción de culpabilidad afecta no solo al autor del daño, sino también al empleador, al dueño de las cosas causantes del daño y a la empresa a la que pueda estar afiliado el bien. Estudio de este último aspecto. S-189 del 89-05-26. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Concepción Romero Pabón contra Unión Comercial de Transportes S.A. y otros. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 2356 del C. Civil y Decreto 1393 de 1970. 143
- VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Dictamen pericial. Mientras no esté demostrado que el sentenciador vió el dictamen pericial de manera distinta a como aparece producido, incurriendo en su apreciación en arbitrariedad manifiesta, el juicio que sobre él mismo haya podido formarse goza de la presunción de acierto y debe ser respetado. S-189 del 89-05-26. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Concepción Romero Pabón contra Unión Comercial de Transportes S.A. y otros. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Civil, 88. F.F.: artículo 368-1 del C. de P. C. 143
- INTERESES.** Se interpreta la sentencia recurrida en el sentido de que la condena al pago de intereses sobre el monto de la indemnización, es exigible a partir de la ejecutoria de dicho fallo. S-189 del 89-05-26. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Concepción Romero Pabón contra Unión Comercial de Transportes S.A. y otros. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 334 del C. de P. C. 143
- PROPOSICION JURIDICA COMPLETA.** Llamamiento en garantía. Deben citarse como violados los artículos 56 y 57 del C. de P. C. y el 1079 del Código de Comercio. S-189 del

Pág.

89-05-26. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Concepción Romero Pabón contra Unión Comercial de Transportes S.A. y otros. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 374-3 del C. de P.C. 143

PREJUDICIALIDAD. Es una forma de suspensión del proceso que requiere decreto del juez y produce efectos a partir de la ejecutoria del auto que la decreta. S-198 del 89-06-07. CASA EL FALLO DEL TRIBUNAL Y REVOCA EL DEL JUZGADO. Tribunal Superior de Neiva. Luis Antonio Ordóñez Vanegas contra Alejandro Ordóñez Vanegas. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. Igual sentido: Sent. del 11 de septiembre de 1975. CLI, 229. F.F.: artículo 170-1 del C. de P.C. 162

PROMESA DE COMPRAVENTA. Por su naturaleza sólo genera la obligación de hacer el contrato. Pero con frecuencia las partes incorporan otras ordenaciones contractuales, en cuanto al pago del precio y a la entrega del bien, aspectos que deberían concretarse al momento de perfeccionarse la compraventa. Esas obligaciones previas a la propia de hacer deben ser cumplidas por los contratantes en el orden y forma convenidos, siempre que estén señalados con precisión los términos de las mismas. De no ser así habrá que llegarse a estimar que esos deberes, en torno al precio y a la cosa, han de satisfacerse al momento de perfeccionarse el contrato prometido. S-198 del 89-06-07. CASA EL FALLO DEL TRIBUNAL Y REVOCA EL DEL JUZGADO. Tribunal Superior de Neiva. Luis Antonio Ordóñez Vanegas contra Alejandro Ordóñez Vanegas. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F.F.: artículo 89 de la Ley 153 de 1887 162

MUTUO DISENSO TACITO. Mantiene vigencia como mecanismo para disolver un contrato que se ha incumplido por ambas partes y ante la inocultable posición de no permanecer atados al negocio por la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes en sus obligaciones contractuales. Debe mirarse si en la convención se indicó el orden en que debían éstas ejecutarse. S-198 del 89-06-07. CASA EL FALLO DEL TRIBUNAL Y REVOCA EL DEL JUZGADO. Tribunal Superior de Neiva. Luis Antonio Ordóñez Vanegas contra Alejandro Ordóñez Vanegas. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. Igual sentido: Sent. del 5 de noviembre de 1979. CLIX, 314; S-146-16.07.85-1 CLXXX, 130. F.F.: artículo 1602 del C. Civil 162

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO. Prospera esta excepción cuando en la convención se indicó el orden en que debían cumplirse las obligaciones, si el excepcionante demuestra que no estaba obligado a ejecutar en primer término sus obligaciones. S-198 del 89-06-07. CASA EL FALLO DEL TRIBUNAL Y REVOCA EL DEL JUZGADO. Tribunal Superior de Neiva. Luis Antonio Ordóñez Vanegas contra Alejandro Ordóñez Vanegas. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F.F.: artículo 1546 del C. Civil.. 163

REVISION. CADUCIDAD. En el recurso de revisión fundado en la causal 6ª el límite del plazo para interponerlo es el último día "de los dos años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia", y no de la notificación del auto admisorio de la demanda contentiva del mencionado recurso. No es aplicable el artículo 90 del C. de P. C. que regula hipótesis bien diferentes. S-217 del 89-06-19. NIÉGANSE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS. Tribunal Superior de Bogotá. Cayetano Vainilla contra José Caita, Liboria Caita Landecho y otros. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 381 del C. de P.C.... 00

REVISION. MANIOBRA FRAUDULENTE. FRAUDE PROCESAL. Puede alegar esta causal no solamente la parte perjudicada, sino también el tercero que por la censurable conducta de las partes sufre perjuicio con la sentencia. Factores que estructuran esta causal de revisión. Es uno de los medios para reprimir el fraude procesal. Que se entiende por

Pág.

maniobra fraudulenta. Pueden ser obra de una de las partes o de ambas. S-217 del 89-06-19. NIÉGANSE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS. Tribunal Superior de Bogotá. Cayetano Vainilla contra José Caita, Liboria Caita Landecho y otros. Magistrado Ponente: doctor <i>Alberto Ospina Botero</i> . Sent. del 26 de enero de 1982. CLXV, 36; Sent. del 9 de junio de 1943 LX, 534. F.F.: artículo 380-6 del C. de P.C.	179
VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Norma sustancial. El artículo 6° de la Ley 45 de 1936 no es sustancial sino meramente definitorio. S-235 del 89-06-29. NO CASA. Tribunal Superior de Bucaramanga - Enrique Méndez Lagos contra Representantes de la Sucesión de Enrique Telésforo Méndez Figueroa. Magistrado Ponente: doctor <i>José Alejandro Bonivento Fernández</i>	190
VIOLACION DIRECTA. El error en este caso no se refiere a la apreciación de la prueba del hecho, sino a la operación racional que consiste en sacar del hecho que se tiene como probado las consecuencias jurídicas que de él se desprenden. S-235 del 89-06-29. NO CASA. Tribunal Superior de Bucaramanga - Enrique Méndez Lagos contra Representantes de la Sucesión de Enrique Telésforo Méndez Figueroa. Magistrado Ponente: doctor <i>José Alejandro Bonivento Fernández Igual sentido: LXXVIII, 26. F.F.: artículo 368-1 del C. de P. C.</i>	190
PATERNIDAD NATURAL. POSESION NOTORIA. Con respaldo en la más acendrada justicia se permite la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, para hacer posible la declaración judicial de una relación de filiación ya existente <i>in natura</i> y desconocida por quien tiene el deber de confesarla. Libertad restringida en esta materia. Amplio análisis de la posesión notoria. S-235 del 89-06-29. NO CASA. Tribunal Superior de Bucaramanga - Enrique Méndez Lagos contra Representantes de la Sucesión de Enrique Telésforo Méndez Figueroa. Magistrado Ponente: doctor <i>José Alejandro Bonivento Fernández</i>	190
ACCION REIVINDICATORIA. COMUNIDAD. NOCION DE COMUNIDAD. Presupone el fraccionamiento del derecho. La recomposición de la unidad aritmética no supone que también se rehaga la unidad del derecho. La cuota en sí misma y en relación con el objeto. Como el comunero no puede reivindicar para sí sino la cuota de que no está en posesión tratándose del bien común la acción debe ejercitarla para la comunidad. S-239 del 89-06-30. NO CASA. Tribunal Superior de Medellín. Ordinario que para la sucesión de José Domingo Garcés Naranjo instaurara Pedro P. Garcés Tamayo contra Flavio Roldán Martínez. Magistrado Ponente: doctor <i>Héctor Marín Naranjo</i> . Igual sentido: Sent. septiembre 16/59 XCI, 525; Sent. febrero 27/68 CXXIV, 16. F.F.: artículo 949 del C. Civil ...	206

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
RELATORIA SALA DE CASACION CIVIL
INDICE CRONOLOGICO DE PROVIDENCIAS NO PUBLICADAS
PRIMER SEMESTRE DE 1989

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-003 del 89-01-11. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bucaramanga. Betty Rodríguez de Durán contra Luis Alberto Durán Fajardo. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F.: artículo 152-2 C. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. EMBRIAGUEZ. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges, como es apenas comprensible, impide el desarrollo normal y armónico de la vida en común propia de los cónyuges. S-001 del 89-01-11. CONFIRMA. Tribunal Superior de Manizales. Fe Vallderuten Ruiz contra José Fernando Jaramillo Garcés. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F.: artículo 154-4 C. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-002 del 89-01-11. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bucaramanga. Rosalba Carreño contra Germán Carvajal Silva. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F.: artículo 154-4 C. Civil.

DEMANDA DE CASACION. ADMISION. Cuando erradamente la Corte 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. A-001 del 89-01-17. INADMITE DEMANDA. Olga Lucía Córdoba Zuloaga contra Inversiones Lili Ltda. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. Igual sentido: LXX, 2 - CXXXVIII, 83 - CLI, 38.

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. Se confirma la sentencia materia de apelación. S-004 del 89-01-19. CONFIRMA. Tribunal Superior de Ibagué. Henry Ramírez Zabala contra Luz Amparo Díaz Mosquera. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 154-2 C. Civil.

RECURSO DE CASACION. CARGA PROCESAL. COSTAS. Al deudor de costas aprobadas se le concede el recurso de casación que interponga, pero no se oye para darle trámite a la demanda. A-001 del 89-01-19. INADMITE DEMANDA DE CASACION. Tribunal Superior de Ibagué. Miguel Angel García Ajalach contra herederos de José Miguel García Domínguez. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. A-031-20.08.85-4; A-108-13.09.88-2; A-117-12.10.88-2. F.F.: artículos 388 y 393 C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-005 del 89-01-20. CONFIRMA. Tribunal Superior de Armenia. Martha Cecilia Molina

Ramírez contra Alvaro León Pérez Franco. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 154-2 C. Civil.

PRUEBA. SEGUNDA INSTANCIA. Sólo en casos muy especiales es dable solicitar y decretar pruebas durante el trámite de la segunda instancia. A-002 del 89-01-20. CONFIRMA AUTO. Tribunal Superior de Pasto. Olga Marina Rosero de Troya contra Antonio María Troya. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 361 C. de P. C.

COSTAS (Auto No. 015A). Son una carga procesal. Una obligación que mientras no se cumpla priva al deudor de su capacidad objetiva normal de postulación. Su cumplimiento tardío no retrotrae el proceso. A-015 del 89-01-21. REVOKA AUTO. Olga Lucía Córdoba Zuloaga contra Inversiones Lili Ltda. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. Autos de: agosto 9/82; abril 20/83; marzo 29/84; enero 21/85; septiembre 17/85 CLXXX, 427. F.F.: artículos 388 y 393 del C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-014 del 89-01-30. CONFIRMA. Tribunal Superior de Medellín. Otilia Arango Tobón contra Jaime Montoya Orozco. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: artículo 154-2 C. Civil.

NOTIFICACION PERSONAL. AUDIENCIAS DE CONCILIACION. El auto que cita a los cónyuges a audiencia de conciliación en los procesos de divorcio -separación de cuerpos- no requiere notificación personal; su notificación se hace por estado. A-004 del 89-01-30. CONFIRMA AUTO. Tribunal Superior de Cartagena. Wilfrido Cuadro Hernández contra Aura Cecilia Arrieta de Cuadro. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*. F.F.: artículo 311 y 423-3 del C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-013 del 89-01-30. CONFIRMA. Tribunal Superior de Cali. José Ever Zapata López contra Shirley Peña López. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: artículo 154-2 C. Civil.

RECURSO DE CASACION. Admisión. Se reitera lo referente a la facultad de la corte para no admitir el recurso de casación que llegue en estado de deserción. A-003 del 89-01-30. NO REPONE AUTO. Tribunal Superior de Bucaramanga. Elisa y Beatriz Martínez contra cónyuge y la suces. de Luis Fco. Rodríguez P. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Este auto reproduce la doctrina de los siguientes extractos: No. 1/88 Tomo I Pág. 17 Primer Trimestre/88; No. 41/88, Tomo II Pág. 29, Segundo Trimestre/88; No. 69/88 Tomo II Pág. 99, Segundo Trimestre/88. F.F.: artículo 372 C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. Se demostró la causal de abandono con prueba testimonial y el índice en contra del demandado por no haber comparecido al proceso. S-006 del 89-01-30. CONFIRMA. Tribunal Superior de Pereira. Angela María García de Agudelo contra Javier Darío Agudelo. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 154-2 C. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-009 del 89-01-30. CONFIRMA. Tribunal Superior de Medellín. Martha Lucía Echeverry contra Antonio Restrepo Quintero. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*. F.F.: artículo 154-2 C. Civil.

PROMESA DE CONTRATO. CONDICION. La condición a la que se someta la fijación de la época de la celebración del contrato debe ser de aquéllas que una vez cumplida posea la virtualidad de concretar y precisar el momento en que debe ser perfeccionado el contrato

prometido. S-010 del 89-01-30. NO CASA. Tribunal Superior de Ibagué. Jorge Octavio Casas Aranda y otra contra Roso Horacio Cadena Cucta. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. En el mismo sentido: S-366-21-09-87-1-PP. F.F.: artículo 89 Ley 153 de 1887.

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. El incumplimiento de uno cualquiera de los deberes que impone el matrimonio, ha sido establecido por la ley como causal de separación. S-007 del 89-01-30. CONFIRMA. Tribunal Superior de Medellín. Judith Amparo Restrepo contra Naut Arcángel Santamaría. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 154-2 C. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-012 del 89-01-30. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bucaramanga. Ana Cabrera Cabrera contra Luis Eduardo Bastidas González. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: artículo 154-2 C. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-011 del 89-01-30. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. Héctor Galindo Suárez contra Dora Luz Ursuga Silva de Galindo. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: artículo 154-2 C. Civil.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Los tres conceptos de violación si bien representan formas o maneras de violación de la ley sustancial, nada tienen en común, por lo que no es dable colocarlos en el mismo plano y pretender hacerlos equivalentes respecto de un mismo precepto. S-010 del 89-01-30. NO CASA. Tribunal Superior de Ibagué. José Octavio Casas Aranda y otra contra Roso Horacio Cadena Cucta. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: S-311-06.08.87-6; S-11 de marzo/74. F.F.: artículo 374-3 C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. Se confirma la sentencia materia de apelación. S-020 del 89-01-31. CONFIRMA. Tribunal Superior de Barranquilla. Enrique Varela Sarmiento contra Alicia Rossi Trespalacios de Varela. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 154-2 C. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. Se confirma la sentencia materia de apelación. S-019 del 89-01-31. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. Elsa Victoria Martínez de Villota contra Juan Armando Villota Estrada. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 154-2 C. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. Se confirma la sentencia materia de apelación. S-021 del 89-01-31. CONFIRMA. Tribunal Superior de Armenia. Rita Chacón Cardona contra Euclides Tabares Alvarez. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 154-2 C. Civil.

DEMANDA DE CASACION. VIOLACION LEY SUSTANCIAL. El recurrente no puede ignorar ni despreciar el precepto legal que le impone determinadas formalidades, como la de indicar si el error es de hecho o de derecho y si así no lo hace releva a la Corte de examinar y resolver en el fondo el libelo. A-005 del 89-01-31. NO REPONE NUMERAL 2º DEL AUTO. Tribunal Superior de Bogotá. Seguros Andina S.A. contra Flota Mercante Grancolombiana. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: A. octubre 6/81 CLXVI, 553; S-227-21.10.86-4. F.F.: artículo 374 C. de P. C.

RECURSO DE REVISION. DEMANDA. Toda demanda presentada fuera del lugar donde se va a tramitar, para todos los efectos, sólo se considerara presentada el día de su recibo en el

despacho judicial de su destino. A-006 del 89-01-31. **DECLARA INADMISIBLE LA DEMANDA.** Tribunal Superior de Barranquilla. Abraham Minsky contra Personas Indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 84 del C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-015 del 89-01-31. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Cali. María Zeinet Velasco de Espinosa contra Fernando Espinosa. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 154-2 C. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-018 del 89-01-31. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Bogotá. Claudia Patricia Izquierdo de Cotrino contra Alberto Cotrino Angel. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 154-2 C. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-017 del 89-01-31. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Pereira. Jaime Antonio Hernández Rico contra María Rubiela Ballesteros Gómez. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 154-2 C. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-016 del 89-01-31. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Bogotá. María Nancy Ríos Castro contra Luis Alberto Mesa Henao. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 154-2 C. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. ABANDONO. El quebrantamiento de la obligación de vivir juntos es suficiente para decretar la separación de cuerpos y en punto a su caducidad ha de tenerse en cuenta que mientras el cónyuge permanezca en el abandono del hogar, no opera este fenómeno. S-022 del 89-02-01. **REVOCA SENTENCIA.** Tribunal Superior de Medellín. Teresa Cardona contra Luis Eduardo Hernández. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 154-4 C. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-023 del 89-02-06. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Cúcuta. Emma Liliana Neira Parra contra Jaime Lozano Riaño. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

MEDIDAS CAUTELARES. Oposición. El tercero que se oponga a la práctica de una diligencia de secuestro debe demostrar posesión sobre el bien, no el derecho real de dominio. A-007 del 89-02-06. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Bogotá. Myriam Valbuena de Romero contra Jorge Eliécer Romero. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: artículo 686-2 del C. de P. C.

RECURSO DE REPOSICION. Tan solo es posible recurrir en reposición el auto que decide un recurso de la misma índole cuando la segunda providencia contiene "puntos no decididos" que es lo que la doctrina califica como "nuevos" para este efecto. A-008 del 89-02-07. **RECHAZA POR IMPROCEDENTE EL RECURSO.** Seguros Comerciales Bolívar. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. En igual sentido: Auto del 9 de junio de 1988 CLXVI, 37; Auto 29 de septiembre de 1980. F.F.: artículo 348 C. de P. C.

RECURSO DE CASACION. CUANTIA. El artículo segundo de la Ley 522 de 1988 tuvo aplicación inmediata y sólo quedaron a salvo los recursos ya interpuestos con anterioridad al 23 de marzo de 1988. A-009 del 89-02-07. **DECLARA BIEN DENEGADO EL RECURSO.** Tribunal Superior de Cali. Salvador Muñoz Guevara contra José María Suárez. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 2º Decreto-ley 522 de 1988.

RECURSO DE CASACION. VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Resulta impróspero el recurso cuando el recurrente deja de apreciar una apreciación del juzgador que es suficiente para sustentar el fallo. S-025 del 89-02-07. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Gerardo Rodríguez y Mercedes Mahecha contra Adriana Velásquez Villarino y personas indet. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. En igual sentido: LXXI, 740; LXXXIII, 45; LXXV, 52; S-463-02-12.87-5. F.F.: artículo 368-1 C. Civil.

NULIDAD PROCESAL. SEGUNDA INSTANCIA. Pretermittir el término para alegar en segunda instancia (o en consulta) genera nulidad saneable, que por lo mismo se pone en conocimiento del único interesado a través de notificación personal. A-010 del 89-02-07. ORDENA NOTIFICACIÓN. Tribunal Superior de Pereira. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta* (Sala Unitaria).

DECLARACION DE PERTENENCIA. La persona que llega a este proceso por razón de los emplazamientos y por hacerlo dentro del término en que puede contestar la demanda, se le tiene como parte demandada y por ende puede ejercer todos los derechos que la ley le otorga al demandado. S-025 del 89-02-07. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Gerardo Rodríguez y Mercedes Mahecha contra Adriana Velásquez V. y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 413-9 del C. de P. C.

RECURSO DE SUPLICA. Es un recurso autónomo independiente y principal. Equivale al recurso de reposición ante el juez unico y lo sustituye ante el juez plural. No es dable interponerlo como subsidiario del de reposición. A-012 del 89-02-08. RECHAZA RECURSO INTERPUESTO POR JESÚS TOVAR. Hernán y Cecilia Tovar contra Blanca y Teresa Tovar y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. En igual sentido Auto diciembre 13/82 CLXXII, 255; A-023-15.05.85-4. F.F.: artículos 363 y 364 del C. de P. C.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. Para que pueda hablarse de este fenómeno se requiere que el asunto se encuentre en etapa de conocimiento, esto es, que no se haya dictado sentencia. Definida la competencia, por lo general permanece inalterable. A-013 del 89-02-08. ES COMPETENTE EL J. P. DE MENORES DE SINCELEJO. Juzg. Promisc. de Menores de Santa Marta. Cádida Pérez de Villalobos contra Juan Manuel Villalobos Flórez. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido Auto del 14 de septiembre de 1976; A-134-15.11.88-4. F.F.: artículo 140 del C. de P. C.

PROCESO. Interrupción. Se demostró la enfermedad grave del apoderado, por lo que se decreta la nulidad de lo actuado con posterioridad. A-011 del 89-02-08. DECLARA NULIDAD DE LO ACTUADO. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 168-1 del C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-026 del 89-02-08. CONFIRMA. Tribunal Superior de Medellín. José Rogelio Giraldo Cardona contra Senaida Magdalena Jiménez Urrea. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de apelación. S-027 del 89-02-08. CONFIRMA. Tribunal Superior de Medellín. Flavio de Jesús Vásquez Cardona contra Rosalba Galvis Betancourt. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION DE CUERPOS. MATRIMONIO. Las normas que rigen el matrimonio tienen fundamento en el derecho natural y en la conciencia íntima de los hombres. Las obligaciones que surgen no son solamente las enumeradas en la ley; son una constante solidaridad entre los casados tanto desde el punto de vista físico, como en lo moral, vale decir, la estima y

el afecto y el cónyuge que los incumpla gravemente da lugar a la separación. S-030 del 89-02-13. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. María del Pilar López Melchior contra Francisco Hernando Corredor González. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F.F.: artículos 176, 113, 154 del C. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de apelación. S-029 del 89-02-13. CONFIRMA. Tribunal Superior de Pereira. Nidia del Socorro Panesso Echeverry contra José Luis Hincapié Arango. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de apelación. S-032 del 89-02-13. CONFIRMA. Tribunal Superior de Tunja. Sara Ligia Trujillo Jiménez contra José Vicente Niño Herrera. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION DE CUERPOS. DOMICILIO CONYUGAL. La fijación del domicilio conyugal corresponde a los cónyuges de comun acuerdo, y en caso de desacuerdo debe fijarlo el juez. La obligación de cohabitación en el domicilio común no puede ser desconocida unilateralmente ni por convenios privados entre los cónyuges. S-028 del 89-02-13. REVOKA LA PROFERIDA POR EL T.S. DE PASTO. Tribunal Superior de Pasto. María Elena Chaves Zambrano contra Ernesto Gerardo Zúñiga Campo. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. En igual sentido: S-168-13.05.88-3; S-225A-11.10.85-1; S-237-27.10.87-1. F.F.: artículos 178 y 179 del C. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-033 del 89-02-13. CONFIRMA. Tribunal Superior de Cali. Ninfa Alicia Riascos de Londoño contra Lúcio Jaime Londoño Quintero. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

PATERNIDAD NATURAL. POSESION NOTORIA. Para estructurar esta causal no basta demostrar que presunto padre e hijo se dieron mutuamente el calificativo de tales. Se requieren hechos realizados por el padre en orden a procurar aquel tratamiento. S-035 del 89-02-14. NO CASA. Tribunal Superior de Ibagué. Luis Edgar Cumaco contra sucesión de Marco Antonio Ortiz Castañeda. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Sent. del 1º de abril de 1971 G.J. CXXXVIII, 217. F.F.: artículo 6º de la Ley 45 de 1936.

PROCESO DE REVISION. DECLARACION DE PERTENENCIA. La demanda de revisión debe dirigirse contra todas las personas que intervinieron en el proceso de pertenencia inclusive contra las "personas indeterminadas" y si así no se hace, se inadmite la demanda. A-014 del 89-02-14. INADMITE LA DEMANDA. Tribunal Superior de Bogotá. José Gabriel Rueda Avellaneda y Alfonso Rueda contra Campo Elías Gracia. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* (Sala Unitaria). Auto del 25 de enero de 1980. F.F.: artículo 383 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de apelación. S-036 del 89-02-14. CONFIRMA. Tribunal Superior de Medellín. Ana Eva Echeverri Muñetón contra Manuel Salvador Meneses. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-034 del 89-02-14. CONFIRMA. Tribunal Superior de Pamplona. Carmen Angustias Celis Jaimes contra Samuel Matajira Sánchez. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

VIOLACION INDIRECTA. Autonomía del juzgador en la apreciación de las pruebas. Sólo cuando incurre en trascendente y manifiesto error puede la corte modificar el fallo. S-035

del 89-02-14. NO CASA. Tribunal Superior de Ibagué. Luis Edgar Cumaco contra sucesión de Marco Antonio Ortiz Castañeda. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Sent. del 7 de mayo de 1968. F.F.: artículo 368-1 del C. de P. C.

RECURSO DE CASACION. INCONSONANCIA. SENTENCIA INHIBITORIA. Para la configuración de la causal segunda de casación es necesario que se pronuncie sentencia de merito. Por esta razón y por ser fruto de la función de oficio con que debe obrarse en esta materia las sentencias inhibitorias no son acusables eficazmente por esta causal. S-037 del 89-02-15. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Banco de Colombia contra Banco Canadero. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. En igual sentido: XC, 340; CXLI, 110. F.F.: artículo 368-2 del C. de P. C.

RECURSO DE CASACION. Errores de técnica en la formulación de los cargos impiden su estudio de fondo. S-038 del 89-02-15. NO CASA. Tribunal Superior de Medellín. Adiel Arango Arriaga contra Ruperto Perea Córdoba. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

ACUMULACION DE PROCESOS. Es procedente pedir el proceso que se pretende acumular hasta antes de que se termine la instancia lo que ocurre sólo cuando se dicta sentencia, no cuando el expediente se halla al despacho para dictarla, caso en el cual debe enviarse. S-039 del 89-02-15. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Fernando González Ante contra Sociedad Mazuera Villegas y Cía. S.A. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 151 del C. de P.C.

DEMANDA DE RECONVENCION. ACUMULACION DE PROCESOS. La providencia que rechaza la demanda de reconversión no tiene los efectos de sentencia y por tanto no impide que se promueva proceso cognitivo tendiente a que se dirima la controversia y será procedente la acumulación de los procesos. S-039 del 89-02-15. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Fernando González Ante contra Sociedad Mazuera Villegas y Cía. S.A. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 149 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de apelación. S-041 DEL 89-02-20. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. Amanda Esperanza Urrea contra Saúl Hernando Pachón Cortés. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

VIOLACION LEY INDIRECTA. Por tratarse de un proceso reconstruido y no aparecer en el las pruebas cuya apreciación se controvierte, fracasa el recurso interpuesto. S-040 del 89-02-20. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Octaviano y María Susana Herrera Gacharná contra Joaquín Montealegre Gutiérrez y otros. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION DE CUERPOS. MINISTERIO PUBLICO. La intervención del Ministerio Público en estos procesos es obligatoria cuando hay hijos menores de edad. Si no se le notifican las providencias que se dicten se incurre en nulidad. A-015 del 89-02-21. **DECLARA LA NULIDAD DE LO ACTUADO.** Tribunal Superior de Riohacha. Lisa Remédios Pinto Fonseca contra Jaime Nicolás Brito Griego. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículos 423-2 y 410 del C. de P.C.

CASACION (Auto 015A). CARGA PROCESAL (Auto 015A). La falta de aplicación de la sanción de no oír al deudor de costas, no es causal de nulidad. Ejecutoriada la providencia que da curso a la demanda de casación, la irregularidad se considera saneada y el trámite del recurso debe seguir adelante. A-015 del 89-02-21. **REVOCA AUTO.** Olga Lucía Córdoba

Zuloaga contra Inversiones Lili Ltda. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. Igual sentido: A-084-28.07.87.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de apelación. S-043 del 89-02-22. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. Hilda Marcela Talero Almanza contra Alberto Escobar Parra. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

RECURSO DE REVISION. Preclusión. Se reitera que interpuesto el recurso en forma inepta, precluye la oportunidad para proponerlo de nuevo. A-016 del 89-02-22. INADMITE DEMANDA. Tribunal Superior de Manizales. Graciela A. de Bonilla y Stella Marín Q. contra Francisco Tompson. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo* (Sala Unitaria). Igual sentido: Auto 20 de septiembre de 1974 CXLVIII, 231. F.F.: artículo 381 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-004 del 89-02-27. CONFIRMA. Tribunal Superior de Cali. Luis Argiro Guerra Vélez contra Ligia Esther Restrepo Gutiérrez. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-045 DEL 89-02-27. CONFIRMA. Tribunal Superior de Medellín. Aura del Socorro Pérez contra José Miguel Ochoa. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

TRANSACCION. LITIS CONSORTE NECESARIO. Cuando en el proceso intervengan *litis consortes* necesarios, en la transacción que se celebre deben intervenir todos ellos. A-017 del 89-02-28. NIEGA RECONOCIMIENTO DE LA TRANSACCIÓN. Pablo Emilio Salas Díaz y otros contra Jesús Heberto Salas Díaz y otros. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículos 340 y 51 de 41 C. de P.C.

RECURSO DE CASACION. RECURSO DE QUEJA. Sólo es procedente el recurso de queja cuando se deniega el de casación, no cuando se declara desierto, salvo el caso previsto en el inciso segundo del artículo 370 del C. de P. Civil. A-018 del 89-03-01. DENIEGA POR IMPROCEDENTE EL RECURSO DE QUEJA. Tribunal Superior de Bogotá. Berta Elsa Talero vda. de León contra sucesión de Carlos Alberto Talero Rodríguez. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: A-012-16.04.86-2. F.F.: artículos 370-2 y 377-3 del C. de P.C.

RECURSO DE CASACION. Interés para recurrir. El dictamen pericial debe referirse al monto económico del agravio que con la sentencia que se combate pudo haber recibido el recurrente y no a la cuantía del proceso. A-019 del 89-03-03. DEJA SIN EFECTO EL AUTO QUE DENEGÓ EL RECURSO. Tribunal Superior de Bucaramanga. Asociación Médica Sindical Colombiana "Asmedas" - Seccional Santander contra Guillermo Bowley Cubillos. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: A-074-09.07.87-6. F.F.: artículos 366 C.P.C.

LITIS CONSORCIO. RECURSO DE CASACION. Interés para recurrir nociones generales sobre litis consorcio necesario y facultativo y sus consecuencias procesales. En el supuesto de litis consorcio voluntario activo para efectos de calificar la procedibilidad del recurso de casación interpuesto por los varios demandantes, la cuantía del interés debe mirarse en relación con cada uno de ellos separadamente. A-020 del 89-03-03. DECLARA BIEN DENEGADO EL RECURSO. Tribunal Superior de Cali. Berta Mary Prado de Lemos, Emilia Prado de Ramos, Irma Esther Prado Cárdenas y Flor Alba Prado de Polanco contra Maximino Prado

Cárdenas. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F.F.: artículos 83 y 366 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Consulta. Se adiciona la sentencia consultada en el sentido de privar del ejercicio de la patria potestad al padre demandado. S-046 del 89-03-03. CONFIRMA. Tribunal Superior de Medellín. Ana Lucía Castaño Molina contra Héctor Mario Álvarez Orozco. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-047 del 89-03-03. CONFIRMA. Tribunal Superior de Manizales. Isaura Valencia de Franco contra Henry Franco Valencia. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. Legitimación. La jurisprudencia exige, para determinar la indemnización, que se indique el derecho que el actor tenía en el bien lesionado, y lo demuestre. S-048 del 89-03-03. NO CASA. Tribunal Superior de Neiva. Guillermo Vega Ospina contra Libardo Madrid M. y Construc. Ordóñez Muñoz Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 2342 del Código Civil.

CONTRATO DE SEGURO. PRESCRIPCION EXTINTIVA. La prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro se encuentra regulada en forma específica en la ley mercantil y tiene una orientación diversa de la que estatuye el Código Civil. El artículo 1081 del C. de Comercio se refiere tanto a la acción ordinaria como a la ejecutiva. S-049 del 89-03-04. NO CASA. Tribunal Superior de Manizales. Alberto Rincón Cardona contra Cia. Suramericana de Seguros S.A. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 1081 del C. de Comercio.

RECURSO DE REPOSICION. En el Tribunal Superior el recurso de reposición debe ser resuelto por la Sala de Decisión y no por el Magistrado Ponente solo. A-021 del 89-03-06. **REVOCA Y ORDENA DEVOLVER EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.** Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 348 y 349 del C. de P.C.

RECURSO DE CASACION. CARGA PROCESAL. MEDIDA CAUTELAR. Cuando la sentencia recurrida es absolutoria no hay decisión judicial que deba cumplirse y la cancelación del registro de la demanda es medida procesal que debe efectuarse solo en firme la sentencia. A-022 del 89-03-08. NO REPONE AUTO. Hernán Turbay Bernal contra Comunidad de los Hermanos Maristas de la Enseñanza. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*. Igual sentido: A-146-11.12.87-3. F.F.: artículo 371 del C. de P.C.

ACCION PUBLICIANA. JUSTO TITULO. La acción publiciana se concede exclusivamente al poseedor regular de la cosa que se halla en el caso de poder adquirirla por prescripción ordinaria. Justo título es aquél constituido conforme a la ley y susceptible de originar la posesión. Requiere: existencia real y jurídica, naturaleza traslativa o declarativa y legitimidad. S-052 del 89-03-09. NO CASA. Tribunal Superior de Ibagué. Rolf Bernstein contra Rafael Alfonso Castro Osorio. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículos 951 C. Civil y 753, 764 del C. de P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Norma sustancial. No tiene este carácter el artículo 1849 del C. Civil. S-051 del 89-03-09. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. María Alodia Morales contra Constructora Arco Iris Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

VIOLACION INDIRECTA. Una sentencia desestimatoria no puede ser violatoria de la ley por los conceptos de aplicación indebida ni por interpretación errónea. S-051 del 89-03-09. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. María Alodia Morales contra Constructora Arco Iris Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

VIOLACION INDIRECTA. Grave falla de técnica acusar unas mismas normas por aplicación indebida y por falta de aplicación, pues son conceptos de violación antagónicos y que se excluyen. S-053 del 89-03-09. NO CASA. Tribunal Superior de Manizales. José Hernán Cuartas Arango contra "Skandia" Seguros de Colombia S.A. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 388-1 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-054 del 89-03-10. CONFIRMA. Tribunal Superior de Cali. Alba Lucía Escobar Rivera contra Jorge Armando Bonilla. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

RECURSO DE QUEJA. Sobre las copias que se expidan debe constar el cumplimiento de todos los requisitos previstos por el artículo 378 C.P.C. A-024 del 89-03-10. RECHAZA RECURSO DE QUEJA POR IMPROCEDENTE. Tribunal Superior de Ibagué. María Clara Vallejo Arbeláez contra Coop. de Transportes Velotax Ltda. y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 378 del C. de P.C.

RECURSO DE CASACION. Procedencia. Se reitera que sólo procede este recurso extraordinario contra las sentencias y no contra los autos. A-024 del 89-03-10. RECHAZA POR IMPROCEDENTE EL RECURSO DE QUEJA. Tribunal Superior de Ibagué. María Clara Vallejo Arbeláez contra Coop. de Transportes Velotax Ltda. y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 366 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-055 del 89-03-10. CONFIRMA. Tribunal Superior de Cali. Carmen Delfa Garcés de Cuéllar contra Rafael Antonio Cuéllar. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de apelación. S-056 del 89-03-10. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bucaramanga. Jairo Julio Lázaro Polanco contra Donellia del Carmen Bastidas de Lázaro. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Deben atacarse todos los fundamentos o soportes de la sentencia acusada. Características y distinciones entre el yerro de facto y el de valoración. Proposición jurídica completa. Vía directa e indirecta. S-057 del 89-03-13. NO CASA. Tribunal Superior de Ibagué. María Cristina de la Pava Carrera contra Juan José Arbeláez Jiménez y Clínica Minerva. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículos 368-1; 374-3 del C. de P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. El Tribunal Superior no incurrió en los errores que le endilga el recurrente. S-058 del 89-03-13. NO CASA. Tribunal Superior de Medellín. Matilde Consuelo Herrera Salazar contra heredera de María Dalila Sierra Tobón. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SIMULACION. LEGITIMACION EN LA CAUSA. Según la jurisprudencia, el cónyuge está legitimado para impugnar los actos dispositivos ejecutados por el otro consorte (simulación - lesión enorme) pero debe probar no sólo su calidad de cónyuge, sino además, el interés jurídico que le asiste, esto es que el bien sea social y que la sociedad conyugal se haya disuelto o esté en vía de disolución. S-060 del 89-03-14. NO CASA. Tribunal Superior de

Bogotá. Jesús Antonio Benavides contra Ana Lucía Grajales de Benavides y otra. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Sent. octubre 4/82, CLXV, 217

RECURSO DE QUEJA. Como no se suministró lo necesario para la expedición de las copias se declara improcedente el recurso de queja. A-025 del 89-03-27. DECLARA IMPROCEDENTE EL RECURSO DE QUEJA. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de apelación. S-061 del 89-03-27. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. Héctor Julio Pulido Orjuela contra Ana Priscila Garzón. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

VIOLACION DIRECTA. El concepto de interpretación errónea procede cuando se enjuician normas sustanciales por la vía directa únicamente. S-069 del 89-03-27. NO CASA. Tribunal Superior de Bucaramanga. Oscar Julio Reyes Avellaneda contra Horacio Moreno Camacho. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. Igual sentido: Sent. 25 de mayo de 1976 CLII, 181. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

RECURSO DE CASACION. Procedencia. PROCESO ORDINARIO. Procede la casación contra sentencias dictadas en procesos ordinarios de mayor cuantía, no contra las que se dictan en procesos abreviados como lo es el señalado para sanear el dominio de pequeños fundos rurales. A-026 del 89-03-27. ESTIMA BIEN DENEGADO EL RECURSO. Tribunal Superior de Barranquilla. Juan Bautista Miranda Acosta contra Personas Indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F.: artículo 396; 366-1 del C. de P.C. y Decreto 508 de 1974.

SEPARACION DE CUERPOS. ALIMENTOS. En los procesos de separación de cuerpos sólo se puede hacer condena en concreto a prestar alimentos solamente si están acreditados los ingresos de los cónyuges y la condena en favor de uno de los cónyuges, no es automática. S-066 del 89-03-27. CONFIRMA EN PARTE (Revoca numerales 4º y 5º). Tribunal Superior de Ibagué. Alfa Dunia Huertas de Gómez contra Camilo Gómez García. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 423 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de apelación. S-065 del 89-03-27. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. Ana Orosia Amézquita de Castiblanco contra Carlos Eduardo Castiblanco Castro. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-064 del 89-03-27. CONFIRMA. Tribunal Superior de Medellín. Rosario Zuluaga Zuluaga contra Ramón Antonio Álvarez Gil. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

TESTIMONIO. DE OIDAS. La fuerza demostrativa de las declaraciones depende de si el testigo explica razonablemente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que presencié personalmente los hechos narrados. Si expresa haberlos oído de otra persona o de una de las partes, tienen escaso poder de convicción o ninguno. S-068 del 89-03-27. CONFIRMA. Tribunal Superior de Pasto. Olga Marina Rosero Gálvez contra Antonio María Troya. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 228-2 del C. de P. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-067 del 89-03-27. CONFIRMA. Tribunal Superior de Ibagué. Olga Cecilia Ríos Gutiérrez contra José Amílkar Arenas. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

CONTRATO DE TRANSPORTE. VIOLACION LEY SUSTANCIAL. PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Obligaciones y negocios mercantiles. El transporte público de personas es de stirpe mercantil al igual que los contratos de vinculación. Cuando al decidir un litigio de esta índole se ha recurrido a normas del estatuto civil, en la acusación por la causal primera de casación debe citarse como violado el artículo 822 del Código de Comercio S-062 del 89-03-27. **NO CASA.** Tribunal Superior de Medellín. Jorge Iván Osorio Casas contra Coop. de Bombas de Gasolina del Sindicato de Choferes de Antioquia Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*. F.F.: artículos 991 C. de Co. y 374-3 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma sentencia materia de consulta. S-053 del 89-03-27. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Rito Mendivelso Cely contra Aurelia Pedroza. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

RECURSO DE APELACION. NULIDAD PROCESAL. SENTENCIA INHIBITORIA. No se pretermite la primera instancia cuando el superior revoca la sentencia inhibitoria del *a quo* y procede el de dictar sentencia de fondo. S-062 del 89-03-27. **NO CASA.** Tribunal Superior de Medellín. Jorge Iván Osorio Casas contra Coop. de Bombas de Gasolina del Sindicato de Choferes de Antioquia Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*. F.F.: artículos 152-3; 357 del C. de P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Vía directa: debe acoger las apreciaciones probatorias del fallador. Vía indirecta: error de hecho y de derecho, no se pueden alegar simultáneamente respecto de una misma prueba. S-071 del 89-03-28. **NO CASA.** Tribunal Superior de Medellín. Nueva sociedad ordinaria de Minas Nelly Mar contra Oscar Vélez Salazar, Ramiro Arturo, Rigoberto y José Manuel Correa Arroyave y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Norma sustancial. No lo es el artículo 673 del Código Civil. S-074 del 89-03-28. **NO CASA.** Tribunal Superior de Bucaramanga. Jaime Ochoa Amaya e Isabel Ochoa de Rojas contra sucesores de Elvia Ochoa Sanabria. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo. S-073 del 89-03-28. **NO CASA.** Tribunal Superior de Villavicencio. Florentino Bermúdez León contra Ana Julia Rodríguez de Bermúdez. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 374 del C. de P.C.

RECURSO DE REVISION. Procedencia. Sólo procede contra las sentencias dictadas por quienes ejercen administración de justicia en el campo civil y en relación con asuntos que no están atribuidos a otras jurisdicciones. A-027 del 89-03-28. **DECLARA INADMISIBLE EL RECURSO INTERPUESTO.** Tribunal Superior de Bogotá. Josué Rogerio Guevara Pérez. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*. (Sala Unitaria). F.F.: artículos 7º, 12, 379 del C. de P.C.

RECURSO DE CASACION. CARGA PROCESAL. Al recurrente deudor de honorarios del secuestre que intervino en el proceso, no se le oye para sustentar la casación. A-028 del 89-03-28. **INADMITE DEMANDA DE CASACION.** Tribunal Superior de Pereira. Mario de Jesús Galeano Ramírez y otros contra María del Carmen Marín de Galeano y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma sentencia materia de consulta. S-077 del 89-03-29. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Bucaramanga. Gloria Tulia Sierra Trujillo contra Hermes Santamaría Sierra. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma sentencia materia de consulta. S-076 del 89-03-29. CONFIRMA. Tribunal Superior de Pereira. Luz Dary Correa de Jaramillo contra Luis Carlos Jaramillo Cano. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se adiciona la sentencia consultada en el sentido de que la patria potestad en adelante será ejercida únicamente por el padre. S-078 del 89-03-29. CONFIRMA Y ADICIONA. Tribunal Superior de Bogotá. José Uriel Porras Pérez contra Irma Puerta Daza de Porras. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

RECURSO DE SUPLICA. Procede contra los autos interlocutorios proferidos por el Magistrado Ponente en el trámite de la segunda o única instancia o durante el trámite de la apelación de un auto, que por su naturaleza serían apelables, mientras que el de reposición es viable contra los autos interlocutorios dictados por la Sala de Casación Civil de la Corte. A-029 del 89-03-29. RECHAZA LA SÚPLICA POR IMPROCEDENTE. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 363 y 348 del C. de P.C.

DEMANDA DE CASACION. Se inadmite cuando en la acusación por la causal primera no se indica si el error endilgado al Tribunal es de hecho o de derecho. A-031 del 89-03-29. INADMITE DEMANDA DE CASACIÓN. Tribunal Superior de Pasto. Armando José Larraniaga contra Ever Espinosa Pérez. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 368-1 y 375 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma sentencia materia de consulta. S-075 del 89-03-29. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. Luis Honorio León Silva contra María Eulalia Urrego Cárdenas. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

TERMINOS JUDICIALES. Son perentorios e improrrogables. No se interrumpen por la enfermedad grave del progenitor de una de las partes. A-030 del 89-03-29. DECLARA BIEN DENEGADO EL RECURSO. Tribunal Superior de Cali. Jorge José Torres Sarria contra Ana Cardina Orcue. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 118 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma sentencia materia de consulta. S-082 del 89-03-30. CONFIRMA. Tribunal Superior de Manizales. María Isabel Alvarez de Jaramillo contra Rodrigo Jaramillo Marín. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma sentencia materia de consulta. S-081 del 89-03-30. CONFIRMA. Tribunal Superior de Medellín. Lucía Restrepo Restrepo contra Teodulio Toro Patiño. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma sentencia materia de consulta. S-079 del 89-03-30. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. Leila Barón de Rodríguez contra Carlos Vicente Rodríguez Sosa. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. El Tribunal no incurrió en los errores que le atribuye el recurrente. S-080 del 89-03-30. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Alberto Pauwels Rodríguez contra Pablo Vidal Rincón Bobadilla. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma sentencia materia de consulta. S-085 del 89-03-31. CONFIRMA. Tribunal Superior de Cali. Carlos Julio Gómez contra María Fanny Naranjo de Gómez. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

NULIDAD PROCESAL. EMPLAZAMIENTO INDEBIDO. El artículo 318 del C. de P. C. exige que la certificación auténtica de la publicación del edicto por medio de la radio debe

se expedida por el administrador de la emisora, so pena de incurrirse en nulidad del emplazamiento. A-033 del 89-03-31. DECLARA LA NULIDAD DE LO ACTUADO.. Ester Escobar Gómez contra Carlos Arturo Ramírez Villegas. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. (Sala Unitaria). F.F.: artículo 318 del C. de P.C.

RECURSO DE REVISION. PERJUICIO MORAL SUBJETIVO. La condena al pago de perjuicios que se hace *in genere*. Cobia solamente los daños materiales que efectivamente aparezcan demostrados en el expediente, quedando únicamente pendiente su liquidación. Los perjuicios morales no se encuentran incluidos en la condena *in genere*, por tanto se requiere que en el trámite del recurso de revisión se aleguen y acrediten con el fin de que en la sentencia de manera especial se haga la condena correspondiente y se fije su monto de acuerdo con el *arbitrium iudicium*. A-032 del 89-03-31. DENIÉGASE SOLICITUD DE LIQUIDACIÓN PERJUICIOS. Tribunal Superior de Ibagué. Aurora Marina Betancur y otro contra Herminia Gómez de Serrano y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículos 384-2; 308 del C. de P.C. y 2341 C. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma sentencia materia de consulta. S-084 del 89-03-31. CONFIRMA. Tribunal Superior de Manizales. Oscar Alberto Colonia Gutiérrez contra Guadalupe del Socorro Peña A. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma sentencia materia de consulta. S-083 del 89-03-31. CONFIRMA. Tribunal Superior de Cali. Luz Mary Herrera Rios contra José Horacio Zapata Arias. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

PROCESO. Interrupción. No se probó la condición de grave de la enfermedad aducida por el apoderado de la recurrente como causal de nulidad. A-023 del 89-03-89. DENIÉGASE DECLARATORIA DE NULIDAD PROPUESTA. Tribunal Superior de Bogotá. Alejandro Mancipe contra Alicia Sandoval de Castellanos y demás herederos de Guillermo de J. Sandoval Sierra. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F.: artículo 168-2 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma sentencia materia de consulta. S-094 del 89-04-04. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bucaramanga. Alfonso Rodríguez Vanegas contra María Ludy Jaimes. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo. S-095 del 89-04-04. NO CASA. Tribunal Superior de Ibagué. Yussep Nafi, Roberto Riascos y Zoila Cruz de Riascos contra Flota La Libertad y Molinos San Luis Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Norma sustancial. Para el buen suceso del recurso se hace necesario señalar concretamente la disposición o disposiciones que el recurrente cree violadas; es impropio acusar la sentencia por violación de toda una ley, así tenga sólo dos o tres artículos. S-093 del 89-04-04. NO CASA. Tribunal Superior de Armenia. Hernán Gallego Arbeláez y otros contra Gabriel Alberto Marín Ceballos. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido 18 de noviembre de 1961 XCVII, 156; 17 de marzo/70 y 16 de agosto de 1977. F.F.: artículo 374 del C. de P.C.

RECURSO DE CASACION. INCONSONANCIA. No se da la causal de inconsonancia cuando la parte resolutive no se refiere expresamente a las excepciones propuestas, pero en la parte motiva se refiere a ellas en forma implícita o explícita. S-093 del 89-04-04. NO CASA. Tribunal Superior de Armenia. Hernán Gallego Arbeláez, Juan Gustavo Mendoza Poveda

y César Augusto Patiño Gómez contra Gabriel Alberto Marín Ceballos. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Sent. 24 de abril de 1974. F.F.: artículos 368-2 del C. de P.C.

NULIDAD PROCESAL. EMPLAZAMIENTO INDEBIDO. En los trámites del artículo 318 del C. de P. C. se debe allegar al proceso el ejemplar completo donde se publicó el edicto y no una parte o sección de él, so pena de incurrirse en nulidad. A-034 del 89-04-04. **DECLARA LA NULIDAD DE LO ACTUADO.** Tribunal Superior de María Aurora Gómez Loaiza contra Fernando Arboleda Zapata. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (Sala Unitaria). Igual sentido: A-029-21-04-87-1. F.F.: artículo 318 del C. de P.C.

RECURSO DE CASACION. INCONSONANCIA. La causal de inconsonancia goza de autonomía y autoridad propia. No autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo. S-096 del 89-04-04. **NO CASA.** Tribunal Superior de Barranquilla. María Margarita Herrera Ospina contra Pedro Herrera Hernández. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: LXXVIII, 882; XCII, 965; CXLII, 196. F.F.: artículo 368-2 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-097 del 89-04-04. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Cali. María Gloria Peláez contra José Germán Restrepo Franco. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-086 del 89-04-04. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Pereira. Benjamín Ernesto Holguín Patiño contra Virginia Arboleda Arévalo. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SOCIEDAD CONYUGAL. SEPARACION DE CUERPOS. La disolución de la sociedad conyugal se opera por ministerio de la ley cuando se decreta la separación de cuerpos. S-088 del 89-04-04. **CONFIRMA NUM. 1º, 2º, 4º Y 5º Y REVOKA EL NUM. 3º.** Tribunal Superior de Bogotá. Yolanda Triana Vásquez contra Félix Sarmiento Beltrán. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 1820 Num. 2º del C. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-089 del 89-04-04. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Bucaramanga. Olga Esperanza Puentes contra Jaime Palacio Solano. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. CADUCIDAD. Si el cónyuge reincide en la comisión de los hechos que constituyen las faltas o persiste en ellos, la demanda puede fundarse en esos nuevos sucesos, así comporten faltas idénticas a las cometidas en el pasado o de las que tuvo conocimiento hace más de un año. S-087 del 89-04-04. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Cali. Marlene Moreno Góngora contra Israel Estupiñán Suárez. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: S-162-30.08.86-6. F.F.: artículo 6º Ley 1ª de 1976.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-092 del 89-04-04. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Pereira. Beatriz Cardona Hincapié contra Néstor Arenas Henao. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-091 del 89-04-04. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Cali. Hernando Alvarez Naranjo contra Luz Marina Sepúlveda González. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-090 del 89-04-04. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. Jorge Eliécer Reyes Rodríguez contra Margarita Roa Mahecha. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Ataque aislado medios de prueba. No prospera el cargo cuando el ataque se refiere a una o algunas de las pruebas, si las demás constituyen soporte suficiente de la decisión. S-098 del 89-04-06. NO CASA. Tribunal Superior de Villavicencio. Manuel Salvador Bueno y Carmen Caballero de Bueno contra Oliverio Vásquez y Nohemí Cardozo de Vásquez. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-099 del 89-04-06. CONFIRMA. Tribunal Superior de Pereira. Luz Isabel Velasco Olarte contra William Jiménez. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. El Tribunal no incurrió en los errores de interpretación que le atribuye el recurrente. S-100 del 89-04-06. NO CASA. Tribunal Superior de Medellín. Marco Tulio Isaza contra Edgar de Jesús Isaza Bastidas. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

MEDIO NUEVO. Lo constituye en casación toda crítica a una prueba documental que no se haya alegado en las instancias. S-108 del 89-04-07. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Antonia Santos vda. de Forero contra "Sociedad de Inversiones Vásquez Arciniegas Limitada", "Sodivar Ltda.". Magistrado Ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

NULIDAD PROCESAL. DISTINTO PROCEDIMIENTO. No se puede confundir esta causal de nulidad que se da cuando se sigue todo un procedimiento distinto con las irregularidades o vicios en la actuación dentro del procedimiento que corresponde. S-109 del 89-04-07. NO CASA. Tribunal Superior de Barranquilla. Proceso de sucesión testada del señor Roberto Puyana Valderrama contra ... Magistrado Ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo* F.F.: artículo 152-4 del C. de P.C.

NULIDAD PROCESAL. RECURSO DE CASACION. No deben confundirse las causales de nulidad de los numerales 7º y 8º del artículo 152 del C. de P. C. la primera ocurre cuando la notificación de la demanda no se hace a quien tiene la representación del demandado y sólo es alegable por el perjudicado. Y la segunda cuando no se practica en legal forma la notificación. En casación si el recurrente se equivoca en la determinación precisa de la causal de nulidad, no se abre paso el recurso. S-108 del 89-04-07. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Antonia Santos vda. de Forero contra "Sociedad de Inversiones Vásquez Arciniegas Limitada", "Sodivar Ltda.". Magistrado Ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*. F.F.: artículo 368-5 y 152-7 y 8 del C. de P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Errores de técnica en la interposición de los cargos impiden su estudio de fondo. S-107 del 89-04-07. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Juana Claudina y Pedro Barrault Girardín como herederos de Jorge Barrault contra José y Manuel Antonio Quiroga. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

DEMANDA DE CASACION. Para que se pueda dar traslado de ella a la parte opositora debe colmar exactamente las exigencias legales del artículo 374-3 del C. de P. C. en tratándose de la causal primera de casación. A-035 del 89-04-07. INADMITE DEMANDA Y DECLARA DESIERTO EL RECURSO. Tribunal Superior de Cali. Sigifredo Fajardo Varela contra Guillermina, María Teresa, Eléazar, Diego León y Henry Miguel Fajardo Escobar. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Ley en el tiempo. Si el litigio versa sobre la aplicación en el tiempo de una norma, debe citarse como violado el artículo 37 de la Ley 153 de 1887. S-109 del 89-04-07. NO CASA. Tribunal Superior de Barranquilla. Proceso de sucesión testada de Roberto Puyana Valderrama contra ... Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo* F.F.: artículo 674 del C. de P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Errores de técnica en la interposición de los cargos impiden su estudio de fondo. S-101 del 89-04-07. NO CASA. Tribunal Superior de Bucaramanga. Víctor Julio Uribe Pinto y María H. Flórez de Uribe contra Henry Diego Suárez Cortés. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo. S-103 del 89-04-07. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Ignacio Pachón Ríos contra Herederos de Proceso Pachón Rodríguez. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. El Tribunal no incurrió en los errores de interpretación que le atribuye el recurrente. S-104 del 89-04-07. NO CASA. Tribunal Superior de Riohacha. Andrés Rafael Cuesta Márquez contra Banco de Bogotá Sucursal Maicao. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. MEDIO NUEVO. Los argumentos mixtos, esto es, jurídicos y de hecho no se admiten en casación. S-102 del 89-04-07. NO CASA. Tribunal Superior de Pereira. Samuel Marín Andrade contra Daniel Marín Betancourth y otros como herederos de Samuel Marín Betancourth (q.e.p.d.). Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. Igual sentido: G.J. XLI Bis, 208. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

DEMANDA. Interpretación. Se deben analizar en conjunto la demanda, los anexos y la relación jurídica que se pretende hacer efectiva, pero sin alterar las pretensiones. S-106 del 89-04-07. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Rosa María Quintero de Rincón y Manuel Vicente Rincón Quintero, herederos de Alirio Lino Rincón Suta contra María Urberry Velásquez Rosas y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

RECURSO DE CASACION. INCONSONANCIA. No se da la inconsonancia cuando se resuelven las pretensiones o las excepciones en forma genérica, como cuando se dice "negar las pretensiones de la demanda", "no están probadas las excepciones propuestas". S-106 del 89-04-07. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Rosa María Quintero de Rincón y Manuel Vicente Rincón Quintero, herederos de Alirio Lino Rincón Suta contra María Urberry Velásquez Rosas y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 368-2 del C. de P.C.

NULIDAD PROCESAL. DISTINTO PROCEDIMIENTO. Para que se configure esta causal de nulidad es preciso que el procedimiento distinto del que legalmente corresponda lo sea para todas las pretensiones de la demanda, pues basta que una de ellas se ajuste al trámite dado para que no se dé este defecto procesal. S-105 del 89-04-07. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Jorge Bernal Cortés contra Campo Elías Barrera Cubides. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 152-4 del C. de P.C.

ACCION REIVINDICATORIA. Excluye por completo el que entre propietario y poseedor exista un vínculo contractual. S-110 del 89-04-10. NO CASA. Tribunal Superior de Medellín. Luis Eduardo Campo Bolívar y Dolly Girón de Campo contra Heriberto Arango Londoño. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: artículo 946 del C. Civil.

- DACION EN PAGO. No está regulada en el Código Civil. Es más ajustada a esta institución, la denominación romana de *datio in solutum*. S-110 del 89-04-10. NO CASA. Tribunal Superior de Medellín. Luis Eduardo Campo Bolívar y Dolly Girón de Campo contra Heriberto Arango Londoño. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.
- COSA JUZGADA. Triple identidad que se requiere para su configuración. S-110 del 89-04-10. NO CASA. Tribunal Superior de Medellín. Luis Eduardo Campo Bolívar y Dolly Girón de Campo contra Heriberto Arango Londoño. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.
- SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-111 del 89-04-11. CONFIRMA. Tribunal Superior de Medellín. Gloria Lucía Arango Álvarez contra Luis Alberto Corrales Quintero. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.
- SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-112 del 89-04-11. CONFIRMA. Tribunal Superior de Cali. Jairo Alberto Acuña González contra Luz Dary Ruiz Serna. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.
- INCIDENTE. NULIDAD PROCESAL. Principios que rigen la interposición de incidentes. En relación con el de nulidad procesal cuando hay alguna discusión sobre la existencia de circunstancias en que la ley autoriza rechazarlo de plano, ha de interpretarse en beneficio del derecho de defensa, tramitándolo. A-036 del 89-04-12. NO REPONE AUTO. Tribunal Superior de Bogotá. ... contra Blanca Olga González. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta* (Sala Unitaria). F.F.: artículo 137-4 del C. de P.C.
- RECURSO DE QUEJA. Contra la providencia que decide el recurso de queja no procede recurso alguno. A-037 del 89-04-13. RECHAZA POR IMPROCEDENTE EL RECURSO DE REPOSICIÓN. Tribunal Superior de Cali. Jorge José Torres Sarria contra Ana Cardina de Urcue. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 29 del C. de P.C.
- SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-113 del 89-04-13. CONFIRMA. Tribunal Superior de Barranquilla. Yamile Chedraui Martínez contra Roberto Rafael Iglesias Cabrera. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.
- SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-115 del 89-04-13. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. Yolanda Ramírez de Ríos contra Antonio José Ríos Mendoza. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.
- SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-114 del 89-04-13. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. Eva Varela de Martelo contra Augusto César Martelo Roa. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.
- SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-116 del 89-04-14. CONFIRMA. Tribunal Superior de Neiva. Gladys Céspedes Cruz contra Fabio Euclides Alzate Gómez. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.....
- SENTENCIA. ADICION. NO SE ADMITE RECURSO ALGUNO CONTRA EL AUTO QUE DENIEGA LA ADICIÓN DE LA SENTENCIA. A-038 del 89-04-17. RECHAZA POR IMPROCEDENTE EL RECURSO DE REPOSICIÓN. Tribunal Superior de ... Guillermo de Mendoza de la Torre contra Invico. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 311-1 del C. de P.C.
- ALIMENTOS. CONYUGE. Encontrándose en trámite proceso de alimentos, en el proceso de separación de cuerpos nada se debe resolver al respecto. S-117 del 89-04-17. CONFIRMA.

Tribunal Superior de Cartagena. Carlos de Horta Ramírez contra Leonor Arrieta Luna. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

RESCISION POR LESION ENORME. La pretensión principal del demandante se concreta en que se declare rescindido el contrato. Las opciones que consagra el artículo 1948 del Código Civil son a favor del demandado y no son condenas. S-119 del 89-04-19. NO CASA. Tribunal Superior de Ibagué. Rosa Helena Leyes de Navarro contra Miguel Antonio Guevara Tijaro. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. Igual sentido: S-192-20-08-85-5 CLXXX, 322. F.F.: artículo 1948 del C. Civil.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Corrección monetaria. Debe citarse como violado el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 que permite la aplicación y vigencia de los principios generales del derecho entre ellos el de la equidad. S-119 del 89-04-19. NO CASA. Tribunal Superior de Ibagué. Rosa Helena Leyes de Navarro contra Miguel Antonio Guevara Tijaro. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F.F.: artículo 374 del C. de P.C.

INCONSONANCIA. SENTENCIA CONDENATORIA. Las pretensiones de condena suelen llevar expresa o implícitamente tanto la declaración del derecho, obligación o responsabilidad, como la tutela coercitiva del mismo, lo que deja por fuera cualquier tipo de incongruencia. S-120 del 89-04-19. NO CASA. Tribunal Superior de Medellín. Rubiela de Jesús Serna Mira contra Antonio Rua Quintero y la Sociedad Conducciones América S.A. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 368-2 del C. de P.C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Enriquecimiento sin causa. Debe citarse el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 que contiene principios generales de derecho que sirven de fundamento a esta teoría. S-120 del 89-04-19. NO CASA. Tribunal Superior de Medellín. Rubiela de Jesús Serna Mira contra Antonio Rua Quintero y la Sociedad Conducciones América S.A. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 374 del C. de P.C.

CARGA PROCESAL. Cumplimiento tardío. El cumplimiento tardío de una carga procesal no tiene virtualidad de retrotraer la actuación procesal hasta el momento en que oportunamente hubiera podido el recurrente en casación cumplirla, que no es otro que el de la presentación de la demanda. A-040 del 89-04-19. NO REPONE AUTO PROFERIDO POR LA CORTE. Tribunal Superior de Risaralda. Mario de Jesús Galeano Ramírez y otros contra Luis Eduardo Espinosa. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 388 del C. de P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Demanda. Se acepta la demanda en cuanto a los cargos que cumplen los requisitos legales y se rechaza en los demás. A-039 del 89-04-19. ADMITE PARCIALMENTE LA DEMANDA DE CASACIÓN. Tribunal Superior de ... contra ... Magistrado Ponente: doctor ... F.F.: artículo 368-1 y 374 del C. de P.C.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. Concurrencia de culpas. El artículo 2357 del C. Civil no contiene una tarifa o indicación precisas de la reducción en él autorizada; el legislador difiere a la prudencia del juez la tasación de esa reducción, y por tanto es tema que no se puede tocar en casación. S-120 del 89-04-19. NO CASA. Tribunal Superior de Medellín. Rubiela de Jesús Serna Mira contra Antonio Rua Quintero y la Sociedad Conducciones América S.A. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 2357 del C. Civil.

VIOLACION INDIRECTA. Dado el carácter dispositivo y formalista del recurso de casación, la omisión en la indicación de la clase de error, si de hecho o de derecho impide a la corte abordar el estudio de fondo del cargo. S-123 del 89-04-19. NO CASA. Tribunal Superior de Medellín. Sociedad Dauto Limitada contra Eduardo Botero Soto y Cía. Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo. S-122 del 89-04-19. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Alicia Delgado de Ferro contra Alicia Ferro Pardo de Cáceres y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Interpretación demanda. Cuando de varias interpretaciones posibles y razonables que pueden establecerse del libelo, el juzgador elige una de ellas, no se configura defecto en la interpretación de la demanda. S-125 del 89-04-19. NO CASA. Tribunal Superior de Pereira. María Victoria Gómez García como heredera de Bernardo Gómez Franco contra sucesión de Arturo Grillo Mejía. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo. S-121 del 89-04-19. NO CASA. Tribunal Superior de Medellín. Nora Santacoloma de Echavarría contra Héctor Echavarría Velásquez. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

SEPARACION DE CUERPOS. Clases. A partir de la Ley 1ª de 1976 existen dos ordenamientos positivos al respecto, el Contencioso y el Voluntario. En el primero se debe cumplir a cabalidad la carga de demostrar la causal invocada. S-126 del 89-04-21. CONFIRMA. Tribunal Superior de Tunja. Doris Yaneth Peña Fariás contra Edgar López Sánchez. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F.F.: Ley 1ª de 1976 artículo 4º (art. 154 del C. Civil).

SEPARACION DE CUERPOS. PATRIA POTESTAD. Se insiste en que el juzgador de primera instancia debe definir lo concerniente al ejercicio de la patria potestad, según la causal de separación demostrada. La Corte adiciona en este sentido la sentencia consultada, sin que por ello incurra en *reformatio in pejus*. S-127 del 89-04-21. CONFIRMA. Tribunal Superior de Medellín. Carlos Enrique Solís contra Gilma Rosa Naranjo Rios. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. S-106-08.04.88-1; S-203-16.06.88-1

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-128 del 89-04-21. CONFIRMA. Tribunal Superior de Villavicencio. Raquel de las Mercedes Murcia Mora contra Luis Alberto Hurtado Botero. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION DE CUERPOS. CADUCIDAD. Forma de contar el término de caducidad, según la causal de separación alegada. S-130 del 89-04-21. REVOKA. Tribunal Superior de Cali. Pastor Palomino contra Herlin Castro Rodríguez. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 156 del C. Civil.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. El antiguo criterio *jus privatista* que daba amplia acogida al principio dispositivo del Código Judicial anterior, fue sustituido en el Código de Procedimiento Civil que empezó a regir el primero de julio de 1971 por el criterio opuesto: las normas procesales son de orden público e implantó el sistema inquisitivo. S-129 del

89-04-21. **REVOCA.** Tribunal Superior de Bogotá. Luis Francisco Camargo González contra Ana Elisa León de Camargo. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. El Tribunal no incurrió en los errores de interpretación que le atribuye el recurrente. S-131 del 89-04-21. **NO CASA.** Tribunal Superior de Bogotá. Electrificadora de Córdoba S.A. contra Sociedad Seguros Tequendama S.A. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. La autonomía de los cargos impide que se integre uno con otro. La proposición jurídica debe contener todas las normas sustanciales que fueron materia de la decisión. S-132 del 89-04-21. **NO CASA.** Tribunal Superior de Pasto. Celia Alomia de Coral contra Carlos Efraín Ruiz Pineda y otros. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículos 368-1 y 374 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. ULTRAJES. En la apelación se encontró demostrada la causal de separación de maltrato de obra. S-133 del 89-04-24. **REVOCA.** Tribunal Superior de Bogotá. María Victoria Pardo Pérez contra Fernando Pérez Peña. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: artículo 154-3 del C. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-134 del 89-04-24. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Bogotá. Ximena Pérez Valcárcel contra Richard Joseph Antoine Sargon Chahine. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

RECURSO DE REVISION. DEMANDA. DECLARACION DE PERTENENCIA. La demanda con que se interpone y sustenta el recurso de revisión de un proceso de pertenencia debe incluir como demandadas a las personas "indeterminadas", además de las personas conocidas que intervinieron en el proceso, so pena de declarar inadmisibles la demanda. S-042 del 89-04-25. **DECLARA INADMISIBLE.** Tribunal Superior de Ibagué. Alberto Gutiérrez Gómez contra Plácido Calderón y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández* (Sala Unitaria). Igual sentido: A-057-13.05.88-1s. F.F.: artículo 382-2 del C. de P.C.

NULIDAD PROCESAL. Emplazamiento indebido. Los trámites del artículo 318 y del artículo 320 del C. de P. C. son autónomos e independientes. Los requisitos de cada uno deben cumplirse cabalmente, so pena de incurrirse en nulidad. A-041 del 89-04-25. **DECLARA LA NULIDAD DE LO ACTUADO.** Tribunal Superior de ... contra ... Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández* (Sala Unitaria). F.F.: artículos 318 y 320 del C. de P.C.

RECURSO DE CASACION. VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Técnicas. El recurso de casación no constituye una instancia más del proceso. Se ejerce a través de él, el control de legalidad de la corte. La sentencia llega cobijada con una presunción de acierto que el recurrente debe desvirtuar concretamente. Principio dispositivo. Proposición jurídica completa. Conceptos de violación. S-135 del 89-04-25. **NO CASA.** Tribunal Superior de Montería. Alfredo Mateo Egel Chaiban contra Alfredo Egel Bitar y otros y la Sociedad Haddad y Cia. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. LEGITIMACION. El cumplimiento de la mayoría de edad o el contraer matrimonio no determinan la extinción del derecho a reclamar indemnización por el daño sufrido por el fallecimiento de quien se recibía ayuda económica. S-139 del 89-04-26. **NO CASA.** Tribunal Superior de Bogotá. Mariela, Paulina Isabel y Eliécer Gómez Ardila contra Fábrica de Aceites Vegetales S.A. "Aceitales S.A.". Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 2342 del C. Civil.

COMPETENCIA. SALA DE DECISION. NULIDAD PROCESAL. IMPEDIMENTO. Carece de competencia funcional y por tanto lo actuado es nulo, cuando la Sala de Decisión del Tribunal se integra con el magistrado impedido o recusado, y esa nulidad es alegable en casación. S-138 del 89-04-26. **CASA.** Tribunal Superior de Tunja. Oliverio González contra Isabel de las Mercedes Sánchez Amézquita. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Sentencias del 14 de mayo/37 XLV, 162; 20 de junio/45; 30 de mayo/48 LXIV, 410; 23 de febrero/51 LIV, 68 y LXIV, 68; S-124-19.04.89-2-P.P. F.F.: artículos 368-5 y 152-2 del C. de P.C.

ALIMENTOS. Cónyuge. Sólo se debe resolver sobre ellos "si fuere el caso", esto es, si el beneficiario no puede obtenerlos por sí mismos y si el obligado tiene capacidad económica para suministrarlos. S-140 del 89-04-26. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Medellín. Mariela de Jesús Foronda Agudelo contra José Cardona Cardeno. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: artículo 423 del C. de P.C.

NULIDAD PROCESAL. EMPLAZAMIENTO INDEBIDO. Se incurre en nulidad en el emplazamiento cuando la última publicación en el diario se hace por fuera del mes de fijación del edicto. El curador se designa pasados cinco días de desfijado. A-043 del 89-04-26. **DECRETA LA NULIDAD DE LO ACTUADO.** Tribunal Superior de ... Arnobio de Jesús Osorio contra María Madeleyne Giraldo. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 318 del C. de P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Defectos técnicos en la proposición de los cargos impiden adentrarse en el estudio de fondo de la acusación. S-137 del 89-04-26. **NO CASA.** Tribunal Superior de Medellín. Sociedad Torrealta Ltda. contra Empresa Snaidero de Colombia Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. TECNICA. Precisiones sobre los conceptos de violación. Quebranto directo e indirecto. Enunciación de la clase de error y su demostración. S-142 del 89-04-27. **NO CASA.** Tribunal Superior de Villavicencio. Carmen Rosa Rey contra Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y herederos indeterminados de Casto Ramos. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

PATERNIDAD NATURAL. Caducidad efectos patrimoniales. Se afirma que esa caducidad se refiere tanto a la sucesión del presunto padre como a la de cualquier otra persona cuando quiera que se funde en la filiación natural del heredero. S-142 del 89-04-27. **NO CASA.** Tribunal Superior de Villavicencio. Carmen Rosa Rey contra Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y herederos indeterminados de Casto Ramos. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 10 de la Ley 75 de 1968.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Cancelación inscripciones registrales. Debe citarse tanto el artículo 42 del Decreto 1250 de 1970 como el 340 y el 342 del C. de P. C. S-141 del 89-04-27. **NO CASA.** Tribunal Superior de Bogotá. Francisco Másmela Bocanegra contra sucesión testada de José Alejandro Quijano Camacho. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 374 del C. de P.C.

RECURSO DE CASACION. NULIDAD PROCESAL. Para el éxito de la causal quinta de casación se requiere no sólo invocar la causal de nulidad y el vicio debidamente fundado que la estructura, sino también el acierto en la adecuada correspondencia entre aquella y éste. S-144 del 89-04-27. **NO CASA.** Tribunal Superior de Bogotá. Industrias Pilgrin Ltda. contra Skandia Seguros de Colombia S.A. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 368-5 del C. de P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo. S-145 del 89-04-27. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Compañía Suramericana de Seguros S.A. contra Aerovías del Norte Ltda., "Aeronorte". Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Obligaciones y negocios mercantiles. Si a ellas se aplican normas del derecho civil deben citarse como violados los artículos 2º y 822 del C. de comercio que autorizan la aplicación supletoria de la legislación civil en materia mercantil, y además, las normas civiles correspondientes. S-143 del 89-04-27. NO CASA. Tribunal Superior de Medellín. Inversiones Luis Salazar Ramírez y Cía. Ltda. contra Corporación Financiera Antioqueña "Corfiantioquia". Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 374 del C. de P.C.

RECURSO DE CASACION. Cuantía del interés. Se refiere al agravio económico actual que la sentencia recurrida le cause al recurrente. A-044 del 89-04-28. DECLARA BIEN DENEGADO EL RECURSO DE CASACION. Tribunal Superior de Medellín. María Virgelina Galindón de Ochoa contra Gilberto Cardona Franco. Magistrado Ponente: doctor ... F.F.: artículo 366 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-146 del 89-04-28. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. Sofía Ardila López contra Gabriel Lindo Lafaurie. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION DE CUERPOS. PATRIA POTESTAD. Se adiciona la sentencia consultada en el sentido de que la patria potestad sobre la hija menor, será ejercida exclusivamente por la madre. S-149 del 89-04-28. SE CONFIRMA Y ADICIONA. Tribunal Superior de Medellín. Gloria Cecilia Castaño Quintero contra Pedro León Orrego Gaviria. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: artículo 423-5 b) del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-148 del 89-04-28. CONFIRMA. Tribunal Superior de Medellín. Edelmira Hincapié Galvis contra José Egidio Galvis Giraldo. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de apelación. S-147 del 89-04-28. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. Rafael González Estévez contra Elisa Correa. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

PATERNIDAD NATURAL. Hijo de mujer casada. Paternidad legítima presunta. Mientras no prospere la impugnación de la paternidad legítima presunta el hijo de mujer casada no puede ser ni reconocido, ni judicialmente declarado como hijo natural de otro hombre. Las pretensiones son acumulables. S-102 del 89-04-29. NO CASA. Tribunal Superior de Pereira. Samuel Marín Andrade contra Daniel Marín Betancourth y otros como herederos de Samuel Marín Betancourth (q.e.p.d.). Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. Igual sentido: Sentencia 28 de julio de 1976, CLII, 277. F.F.: artículo 3º Ley 75/68.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo. S-152 del 89-05-03. NO CASA. Tribunal Superior de Buga. Bartha Stella Barrera Sánchez contra Martha Dora; Clara Cecilia y Luz Marina Barrera Ramírez. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

RECURSO DE REVISION. PERJUICIO MORAL SUBJETIVO. Cuando no prospera el recurso de revisión, la condena *in genere* al pago de perjuicios, no incluye los perjuicios

morales, los que deben demostrarse dentro del proceso y tasarse en la sentencia de acuerdo con el *arbitrum judicium* y no en incidente posterior. A-045 del 89-05-03. DENIÉGASE FIJACIÓN PERJUICIOS MORALES \$500 MIL. Tribunal Superior de Medellín. Nini Montes de Peña y Transportes Pipatón Ltda. contra Aníbal Arango Sánchez. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. A-032-31.03.89-2. F.F.: artículos 384-2; 308 del C. de P.C. y 2341 del C. Civil.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Indicios. Cuando se discute sobre la prueba indiciaria y la conducta de las partes deben citarse como violados los artículos 249 y 285 del C. de P.C. S-151 del 89-05-03. NO CASA. Tribunal Superior de Medellín. Emma Giraldo de Giraldo contra La Nacional Compañía de Seguros Generales S.A. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 374-3 del C. de P.C.

VIOLACION INDIRECTA. Error de hecho. Se requiere que sea ostensible, manifiesto y ademas trascendente. S-158 del 89-05-09. NO CASA. Tribunal Superior de Medellín. Joaquín Posada Monsalve contra Amulfo Gallego Orozco y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo. S-159 del 89-05-09. NO CASA. Tribunal Superior de Pasto. Pablo Miguel Fajardo (en representación de su menor hija Patricia Alexandra Fajardo Bastidas contra Raquel Insuasty de Arcos. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-157 del 89-05-09. CONFIRMA. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Zenaida Barrera de Gutiérrez contra Roberto Gutiérrez Rincón. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Formulada la censura por la vía directa no puede sustentarse en la indirecta. Error de hecho. Cambiar los fundamentos de hecho es medio nuevo no atendible en casación. S-160 del 89-05-09. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Rosa María Peñuela de Ruiz, Jorge, Jairo, Camilo, Federico, Hernando y Simón Ruiz Peñuela contra Rosa Elvira Caycedo de Frías, cónyuge sobreviviente y herederos de Hernando Ruiz Cortés y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

RECURSO DE CASACION. CARGA PROCESAL. Ejecutoriado el auto que admite el recurso de casación, precluye para las partes la oportunidad para reclamar sobre el incumplimiento de una carga procesal, que habría hecho inadmisibile el recurso. A-046 del 89-05-09. RECHAZA PETICIÓN. Tribunal Superior de ... contra ... Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido A-015A-21.02.89-1.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-153 del 89-05-09. CONFIRMA. Tribunal Superior de Medellín. María Nubia Serna Ríos contra Satorio Herrera Sánchez. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-154 del 89-05-09. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bucaramanga. Plácido Alonso Barreto contra Helda Hernández. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION DE CUERPOS. La parte actora no cumplió con la carga de demostrar los hechos alegados como causales de separación. S-156 del 89-05-09. CONFIRMA. Tribunal

Superior de Montería. Jesús Marzola Soto contra Aracely Miranda de Marzola. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 174 y 177 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. SOCIEDAD CONYUGAL. Disuelta la sociedad conyugal con anterioridad a la sentencia de separación de cuerpos, resulta superfluo referirse a ella en dicha sentencia. S-155 del 89-05-09. **REVOCA LA SENTENCIA MATERIA DE APELACIÓN.** Tribunal Superior de Barranquilla. José Octavio Toro Carmona contra Teresa de Jesús Henao Carmona. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 167 del C. Civil.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. La interpretación de los contratos es cuestión confiada a la autonomía del juzgador, y sólo se puede variar en casación cuando la interpretación que se presente sea la única posible. S-169 del 89-05-10. **NO CASA.** Tribunal Superior de Bogotá. Mardoqueo Rivera Molano contra Gonzalo y María Ignacia Suárez Pinzón. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

CASACION. REFORMATIO IN PEJUS. No es un principio absoluto. En ocasiones puede el superior introducir modificaciones que tengan íntima relación con la reforma que se haga, o para corregir un simple error o un *lapsus calami*. S-169 del 89-05-10. **NO CASA.** Tribunal Superior de Bogotá. Mardoqueo Rivera Molano contra Gonzalo y María Ignacia Suárez Pinzón. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 368-4 del C. de P.C.

CONTRATOS. Interpretación. Se debe tener en cuenta la clase de negocio de que se trate y analizar sus cláusulas en forma conjunta, coordinada y armónica. S-169 del 89-05-10. **NO CASA.** Tribunal Superior de Bogotá. Mardoqueo Rivera Molano contra Gonzalo y María Ignacia Suárez Pinzón. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

INCONSONANCIA. Decisiones implícitas. Si el fallo en su parte resolutive decide toda la cuestión litigiosa en forma que la resolución abarca la materia de la excepción alegada, aunque no se haya referido a ésta expresamente, no por ello el pronunciamiento es deficiente u omiso. S-168 del 89-05-10. **NO CASA.** Tribunal Superior de Bogotá. Luis Hernando Rodríguez Garzón contra Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 368-2 del C. de P.C.

PERTENENCIA. Bienes de entidades de derecho público. Los bienes de propiedad de una entidad de derecho público, como la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, no pueden adquirirse por medio de la usucapión. S-168 del 89-05-10. **NO CASA.** Tribunal Superior de Bogotá. Luis Hernando Rodríguez Garzón contra Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículo 413-4 del C. de P.C.

PARTICION. SUCESION. La partición hereditaria judicial descansa sobre tres bases: real, personal y causal. Es extraño a la partición, y, por consiguiente, a las objeciones, apelaciones y casación, cualquier hecho o circunstancia que se encuentre fuera de dichas bases. S-167 del 89-05-10. **NO CASA.** Tribunal Superior de Ibagué. Agustín Rodríguez Barrios y otros contra Proceso de sucesión testada de Eladia Suárez de Rodríguez. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 611 del C. de P.C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Simulación. Debe citarse como violado el artículo 1766 del C. Civil (art. 267 del C. de Procedimiento Civil) que conforme a la doctrina y a la jurisprudencia constituye el manantial que recoge la teoría de la simulación. S-173 del 89-05-10. **NO CASA.** Tribunal Superior de Medellín. María Laura Tabares vda. de Tapias

- contra María Teresa Cataño Castrillón y Pedro León Hernández Morales. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: artículo 374-3 del C. de P.C.
- SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-172 del 89-05-10. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bucaramanga. Heriberto Jurado Villamizar contra María Oliva Flórez Hernández. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.
- VIOLACION LEY SUSTANCIAL. TESTIMONIO. El error que se cometa al valorar un testimonio sospechoso es de derecho y no de hecho. La censura debe singularizar los testimonios, no atacarlos en forma global. S-170 del 89-05-10. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Juan Crisóstomo Avella Camargo contra Concepción Garavito de Avella. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.
- SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-171 del 89-05-10. CONFIRMA. Tribunal Superior de Medellín. Luz Marina Gómez Tobón contra Jorge Luis Gallón Puerta. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.
- SEPARACION DE CUERPOS. CADUCIDAD. En relación con la causal de abandono mientras éste persista no se empieza a contar el término de caducidad. A-047 del 89-05-10. CONFIRMA AUTO. Tribunal Superior de Pereira. Pedro Nel Ospina Marín contra Celmira Osorio de Ospina. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: A-014-26.02.87-4; S-017-04.02.87-6. F.F.: artículos 154-2 y 156 del C. Civil.
- VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Deben atacarse en cada cargo todos los fundamentos de la sentencia. S-162 del 89-05-10. NO CASA. Tribunal Superior de Cartagena. Elida Cuesta de Castilla contra Eduardo Espinosa U. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.
- CASACION. DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS. No se da el caso de disposiciones contradictorias cuando la sentencia es totalmente absolutoria. S-162 del 89-05-10. NO CASA. Tribunal Superior de Cartagena. Elida Cuesta de Castilla contra Eduardo Espinosa U. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 368-3 del C. de P.C.
- CASACION. MEDIO NUEVO. Las irregularidades que se cometan en la producción de las pruebas deben alegarse en las instancias, so pena de constituir medio nuevo no aceptable en el recurso de casación. S-163 del 89-05-10. NO CASA. Tribunal Superior de Medellín. Blanca Elena Buriticá de Garcés y otros contra Antonio Gutiérrez González. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.
- ESTADO CIVIL. Individualización plena de un ser humano y la identificación legal de las personas mediante la cédula de ciudadanía. S-061 del 89-05-10. NO CASA. Tribunal Superior de Barranquilla. Ernesto Brando Marone contra Héctor Arturo Yid Durán. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículos 103 y 105 del Decreto 1260 de 1970.
- INCONSONANCIA. PARTICION. SUCESION. En materia sucesoral procesal la consonancia o inconsonancia debe buscarse en el parangón entre las objeciones y la sentencia aprobatoria de la partición. S-167 del 89-05-10. NO CASA. Tribunal Superior de Ibagué. Agustín Rodríguez Barrios y otros contra Proceso de sucesión testada de Eladia Suárez de Rodríguez. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículos 368-2 y 611 del C. de P.C.
- VIOLACION LEY SUSTANCIAL. El Tribunal no incurrió en los errores que le atribuye el recurrente. S-166 del 89-05-10. NO CASA. Tribunal Superior de Ibagué. Armando Ramírez Cruz contra Alpiniano Valencia Osorio. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Cosa juzgada. Debe citarse como violada la norma sustancial del artículo 332 del C. de P. C. S-165 del 89-05-10. **NO CASA.** Tribunal Superior de Villavicencio. María del Rosario Aguilar Sánchez contra sucesión Luis Antonio Sotelo Castellanos. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 374-3 del C. de P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo. S-164 del 89-05-10. **NO CASA.** Tribunal Superior de San Gil. Julio César Peña Suárez contra Ismael Peña Ardila y otra. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Norma sustancial. Lo es el artículo 332 del C. de P. C. S-165 del 89-05-10. **NO CASA.** Tribunal Superior de Villavicencio. María del Rosario Aguilar Sánchez contra sucesión de Luis Antonio Sotelo Castellanos. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

RECURSO DE CASACION. Interés para recurrir. Cuando una parte la conforman varias personas el valor del interés para recurrir se mira individualmente para cada una de ellas. A-049 del 89-05-11. **ESTIMA BIEN DENEGADO EL RECURSO DE CASACIÓN.** Tribunal Superior de Neiva. Ana Obdulia Rojas de Claros contra Juan de Dios Ortiz y Gilberto Toro Ossa. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: artículo 366 del C. de P.C.

CERTIFICACIONES. Si del hecho que se pide certificación existe constancia escrita en el expediente, lo pertinente es pedir copia de esa actuación. A-048 del 89-05-11. **NEGAR LAS CERTIFICACIONES SOLICITADAS EN EL NUM. 1º.** Tribunal Superior de ... Guillermo de Mendoza De la Torre contra Cia. de Inversiones y Vivienda Ltda., "Invico", y Hadar Bibliowicz. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* (Sala Unitaria). F.F.: artículo 116 del C. de P.C.

COMPETENCIA. Conflicto. En los procesos de alimentos reglados por la Ley 83 de 1946 la competencia es de los jueces de menores del lugar donde residan los menores. El conflicto de competencia se presenta cuando se va a iniciar el proceso y la determinación que de ella se haga no varía por el hecho de que los menores con posterioridad cambien de domicilio. A-050 del 89-05-12. Es competente el Juez 2º Promiscuo de Menores Riohacha - Juzgado 2º Promiscuo de Menores de Riohacha - Menores. Hendri Javier Henver Antonio Toro contra Eliécer Toro Iguarán. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*. Igual sentido: Providencia del 15 de julio de 1970. F.F.: Principio de la *Perpetuatio Jurisdiccioni*s

SEPARACION DE CUERPOS. Se consulta la sentencia materia de apelación. S-174 del 89-05-17. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Bogotá. Blanca Lucía Loaiza Contreras contra Alvaro Pérez Díaz. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-178 del 89-05-18. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Medellín. María del Socorro Guerra Orjuela contra Jorge Enrique Sánchez Guengue. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*

PROMESA DE COMPRAVENTA. Notaría. Se reitera que en tratándose de inmuebles es requisito para su validez que se determine la notaría donde se suscribirá la correspondiente escritura pública, requisito que debe constar en el documento y no probarse luego con testigos. S-177 del 89-05-18. **NO CASA.** Tribunal Superior de Cali. Safari de Colombia Ltda. contra Carlos B. Melo Sucesores Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: artículo 89-4 de la Ley 153 de 1887.

RECURSO DE REVISION. DEMANDA. La demanda de revisión debe llenar no sólo los requisitos que fija el artículo 382 del C. de P. C., sino además otros que aconsejen las circunstancias previstas en el artículo 75 y ss., sin que sean necesarios todos los aquí previstos, pues algunos resultan superfluos. A-051 del 89-05-18. NO REPONE AUTO DICTADO POR LA CORTE. Tribunal Superior de ... contra ... Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. (Sala Unitaria). F.F.: artículo 382 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-175 del 89-05-18. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. Carlos Enrique Enciso de León contra Vera Cecilia Maldonado Mendoza. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-176 del 89-05-18. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bucaramanga. Teodosia Guerrero contra Roberto Lozada. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

PATERNIDAD NATURAL. Relaciones sexuales. Para la prosperidad de la *exceptio plurium constupratorum* deben demostrarse con certeza estos hechos: a) la pluralidad de relaciones sexuales de la mujer y b) que ellas acontecieron por la época en que legalmente se presume que ocurrió la concepción del hijo. Hechos que encontró demostrados la Corte en este caso. S-182 del 89-05-19. CASA. Tribunal Superior de Medellín. Elkin Augusto Londoño contra Sucesores de Roberto Gaviria Del Río. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: S-115-23.07.86-4 G.J. CLXXXIV, 154. F.F.: artículo 10 Ley 75 de 1968.

CONSULTA. Ordenada por el inferior y como el trámite es el mismo de la apelación, se surte conjuntamente con este recurso. Mientras no se surta este grado especial de jurisdicción la sentencia no alcanza ejecutoria. S-182 del 89-05-19. CASA. Tribunal Superior de Medellín. Elkin Augusto Londoño contra Sucesores de Roberto Gaviria Del Río. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 386 del C. de P.C.

PATERNIDAD NATURAL. Posesión notoria. Los tres elementos que la configuran, trato, fama y tiempo, deben acreditarse de modo irrefragable, vale decir, incontrastable. Los deponentes deben relatar los hechos que concretamente presentaron sobre cualquiera de estos aspectos. S-182 Del 89-05-19. CASA. Tribunal Superior de Medellín. Elkin Augusto Londoño contra Sucesores de Roberto Gaviria del Río. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 6º-6 Ley 75 de 1968.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-179 del 89-05-19. CONFIRMA. Tribunal Superior de Cúcuta. Carlo Saúl Gamboa Jaimés contra Alicia Villamizar Avendaño. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION DE CUERPOS. PATRIA POTESTAD. Se adiciona la sentencia consultada en el sentido de que el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores se siga ejerciendo exclusivamente por la madre demandante. S-180 del 89-05-19. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. María Celaida Velosa de Santana contra Roberto Santana Muñoz. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F.: artículo 5º b) del artículo 423 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Causales. Cuando se alegan causales legales de separación de cuerpos, le basta al demandante con demostrar los hechos que configuran siquiera una de ellas para que sus pretensiones se abran paso. S-181 del 89-05-19. CONFIRMA. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Aura Bolívar Jacinto contra Edgar Cipagauta López. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

REVISION. Demanda. La demanda debe dirigirse contra todas las personas que fueron parte en el proceso en que se dictó y en relación con ellas debe indicarse no sólo el nombre, sino el domicilio y la residencia para efecto de las notificaciones y copia de la demanda y los anexos para cada una de ellas. A-052 del 89-05-22. DECLARA INADMISIBLE LA DEMANDA. Tribunal Superior de ... Hermann Noack Grueso y John Mensburger contra Antoine Nasri Daccach Kouri y Fabio Simón Younes. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F.: artículos 382 y 75 del C. de P.C.

RECURSO DE CASACION. CARGA PROCESAL. COSTAS. Al deudor de costas liquidadas y aprobadas no se le oye para la admisión y trámite de la demanda de casación, y por lo mismo se declara desierto el recurso concedido. A-053 del 89-05-23. INADMITE DEMANDA Y DECLARA DESIERTO EL RECURSO. Tribunal Superior de Villavicencio... contra proceso sucesorio de José Manuel Gutiérrez Agudelo y Rosa Elvira Ortiz Mora. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F.F.: artículos 388 y 393 del C. de P.C.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. PERJUICIO MORAL SUBJETIVO. Tangencialmente se reitera que los perjuicios en esta clase de responsabilidad no se indemnizan en gramos oro y que los perjuicios morales son tasados por el fallador a su prudente y mesurado arbitrio, el máximo que esta corporación ha estimado en \$500.00, mas tampoco en gramos oro. S-187 del 89-05-24. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Israel Germán Bohórquez Riaño y Judith Manrique Rivera contra Sociedad Corandes Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-186 del 89-05-24. CONFIRMA. Tribunal Superior de Cali. Plinio León Ruano Acosta contra Rubiela Suárez Valencia. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION DE CUERPOS. ULTRAJES. Para la prosperidad de esta causal de separación se requiere conocer no sólo los hechos constitutivos de ultrajes, trato cruel y maltratamientos, sino también la época en que acontecieron para los efectos de la caducidad de la acción. S-188 del 89-05-24. CONFIRMA. Tribunal Superior de Cali. Guido Quintero De la Pava contra Nelly Ospina Muñoz. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 4º Ley 1ª de 1976.

EXEQUATUR. Noción. Reciprocidad diplomática y legislativa. Con copia auténtica del texto de la convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros del 8 de mayo de 1979 firmado en Montevideo, actualmente vigente y ratificado por Colombia se demostró la reciprocidad diplomática y por eso se concede el exequátur. S-184 del 89-05-24. CONCEDE EL EXEQUATUR. Juzgado 4º de Primera Instancia Caracas, Venezuela. Solicitud de Exequátur formulada por Nydia Mireya Neira Retiz. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F.F.: artículo 694 del C. de P.C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Contrato de confección de obra. Si se trata de la resolución del contrato con indemnización deben citarse, además del artículo 2056 del C. Civil las normas sustanciales que regulan de manera concreta este contrato y más concretamente la que confiera la oportunidad sustancial de reclamar la indemnización de perjuicios. S-185 del 89-05-24. NO CASA. Tribunal Superior de Pasto. Cooperativa de Caficultores de La Unión Ltda. contra Luis Carlos Mesías Ortiz. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F.F.: artículo 374-3 del C. de P.C.

CASACION. MEDIO NUEVO. Cuando en casación se discrepa sobre los alcances probatorios de un documento, que en instancia no se ha reparado, constituye un medio nuevo no aceptable. S-185 del 89-05-24. **NO CASA.** Tribunal Superior de Pasto. Cooperativa de Caficultores de La Unión Ltda. contra Luis Carlos Mesías Ortiz. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

CASACION. Cumplimiento sentencia recurrida. Cuando la sentencia recurrida puede ejecutarse por referirse a pretensiones patrimoniales (petición de herencia) y no sólo al estado civil, el recurrente debe suministrar lo necesario para la expedición de las copias para efectos de dicho cumplimiento, so pena de que no se le acepte el recurso de casación. A-054 del 89-05-25. **INADMITE DEMANDA Y DECLARA DESIERTO EL RECURSO.** Tribunal Superior de Medellín. Amparo Muñoz contra herederos de Jesús Arnoldo Giraldo Arbeláez. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: artículo 371 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Legitimación. Cuando ocurren conductas reprochables cuya autoría le puede ser adscrita de manera indistinta a cualquiera de los cónyuges, uno y otro quedan con la posibilidad abierta para buscar la separación. En esta materia no tiene cabida la compensación de culpas. S-193 del 89-05-30. **REVOCA.** Tribunal Superior de Santa Marta. Nazario Rafael Rodríguez Candelario contra Graciela del Carmen Bernier de Rodríguez. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: S-256-07.11.86-1.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo. S-192 del 89-05-30. **NO CASA.** Tribunal Superior de Bogotá. La Previsora S.A. Compañía de Seguros contra Flota Mercante Gran Colombiana. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

PODER. Se entiende revocado con la constitución de nuevo apoderado, en cuyo caso el anterior apoderado no puede "reasumir" un poder que le había sido previamente revocado. A-055 del 89-05-30. **DECRETA LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO.** Tribunal Superior de Bogotá. Alvaro González Barragán contra Carmen Julia González vda. de González y otras. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 68 y 69 del C. de P.C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Certificado de cambio. Si se pretende ejercer la acción de enriquecimiento sin causa del artículo 882 del C. de Comercio sobre un certificado de cambio, debe citarse dicha norma como violada, así como el artículo 23 del Decreto 444 de 1967. S-190 del 89-05-30. **NO CASA.** Tribunal Superior de Medellín. Jonás Arango contra La Nación Colombiana y el Banco de la República. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 374-3 del C. de P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Técnica. Naturaleza extraordinaria del recurso de casación. Carácter dispositivo y limitado. La Corte no es tribunal de instancia. Debe indicarse el motivo concreto y claro que causó el quebranto de la ley sustancial. S-191 del 89-05-30. **NO CASA.** Tribunal Superior de Pasto. Gerardo Marcial y Hernando Tobón contra Pedro Mora L. y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Caducidad. Si el cónyuge inocente no alega determinadas causales dentro del tiempo que la ley señala, no puede luego invocarlas, pues esa conducta omisiva la considera el legislador como demostración de perdón u olvido por parte de la víctima. S-197 del 89-06-06. **REVOCA.** Tribunal Superior de Barranquilla. Elida del Pilar Lecompte contra Alex Alfonso Judex Bustos. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: S-012-27.01.88-1. F.F.: artículo 6º de la Ley 1ª de 1976.....

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-196 del 89-06-06. CONFIRMA. Tribunal Superior de Medellín. Luis Jerónimo Castrillón Agudelo contra Ruth Edilma Rojas Cardona. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

NULIDAD PROCESAL. EMPLAZAMIENTO INDEBIDO. Por ser la notificación una garantía individual del derecho de defensa, las irregularidad que presente en su trámite sólo pueden ser alegadas por el afectado, por nadie más, ni por el litisconsorte ni por el agente del Ministerio Público. A-058 del 89-06-06. NIEGA NULIDAD PROPUESTA POR EL MINISTERIO PÚBLICO. Tribunal Superior de Medellín contra ... Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo* (Sala Unitaria). Igual sentido: S-033-24.04.86-3 CLXXXIV, 37. F.F.: artículo 155 del C. de P.C.

COMPETENCIA. Conflicto en sucesión. Es competente el juez del ultimo domicilio del causante y si tuvo varios, el del asiento principal de sus negocios. A-056 del 89-06-06. Es COMPETENTE EL JUEZ 2º DE GIRARDOT.. Juzgado 1º C.C. de Espinal. José Adalber Gómez García contra herederos de Alfonso Gómez. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículos 624 y 23 Num. 14 del C. de P.C.

CASACION. PROCEDENCIA. Sólo procede contra las sentencias proferidas en los procesos enumerados en el artículo 366 del C. de P. C. De modo que fuera de éstas las demas providencias que bajo la forma de autos se pronuncien, aun cuando le pongan fin al proceso anormalmente, carecen de tal recurso. A-057 del 89-06-06. DECLARA BIEN DENEGADO EL RECURSO. Tribunal Superior de Pasto. Segundo Muñoz B. y otros contra María Clemencia Quiroz de Muñoz. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Sentencia del 15 de marzo/84 CLXXVI, 103; A-070-16.08.86-5 CLXXXIV, 322. F.F.: artículos 302 y 366 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-195 del 89-06-06. CONFIRMA. Tribunal Superior de Cali. Luz Stella Moreno Kinross contra Javier Enrique Moreno Muñoz. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION DE CUERPOS. Legitimación. Cuando uno de los cónyuges por el quebrantamiento de sus deberes coloca "al otro en situación que justifica la suspensión del cumplimiento de los suyos" no podría aquél pretender la separación con base en esta circunstancia consecuencial de su propia culpa. S-194 del 89-06-06. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. Pedro Manosalva Waldrón contra María Wildi Delgado de Manosalva. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

VIOLACION DIRECTA. Implica que el recurrente acepte que por el sentenciador no se ha incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas. S-203 del 89-06-07. Artículo 368-1 del C. de P.C. Tribunal Superior de Bogotá. José Orlando, Marta Patricia y Ricardo Alfonso Caro López contra Distribuidora Algarra Limitada.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-201 del 89-06-07. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. Beatriz Díaz de Malagón contra Jorge Enrique Malagón Gómez. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

EXEQUATUR. Se rechaza la demanda por cuanto no hay constancia que el fallo extranjero se halle ejecutoriado. A-059 del 89-06-07. RECHAZA LA DEMANDA DE EXEQUATUR... Demanda de exequatur presentada por Elizabeth Margarita Diehl Vega. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F.: artículos 694-3 y 695-2 del C. de P.C.

EMPLAZAMIENTO. Persona que se oculta. Es el juez quien dispone el emplazamiento a solicitud de parte. El "testimonio" del secretario no está sometido a otra ritualidad que la de ser suministrado bajo la gravedad del juramento. No es menester la aseveración categórica del ocultamiento, pues el juez la puede inferir de distintos hechos o circunstancias que percibe el notificador y que expresa en los informes. S-202 del 89-06-07. **DECLARA INFUNDADO EL RECURSO DE REVISIÓN INTERPUESTO...** Tribunal Superior de Bogotá. Ejecutivo de Carlos J. Pardo como endosatario al cobro de Alejandro Soto contra Marly Constantza Hernández Riaño. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*. F.F.: artículo 320 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. ULTRAJES. Son incompatibles con las obligaciones que impone el matrimonio las vías de hecho o las actitudes insultantes que por su gravedad o por su frecuencia imposibilitan legítimamente al cónyuge ofendido para someterse a la comunidad matrimonial. S-199 del 89-06-07. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Medellín. Marta Cecilia Jaramillo Giraldo contra Carlos Mauricio Franco Mejía. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F.F.: artículos 154-3 y 165 del C. Civil.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-200 del 89-06-07. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Bogotá. José Guillermo González contra Prasedes López. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-204 del 89-06-08. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Bucaramanga. Yolanda Caballero de Esteban contra Ernesto Esteban Niño. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

RECURSO DE REVISIÓN. DEMANDA. El curador *ad litem* que obró en representación de los demandados sólo tiene funciones de tal hasta la terminación del respectivo proceso. No puede continuar con las funciones de curador en el recurso extraordinario de revisión, porque su labor se concreta a aquél proceso y no al que origina el recurso, dentro del que debe solicitarse el emplazamiento si es el caso. A-060 del 89-06-08. **INADMITE LA DEMANDA DE REVISIÓN.** Tribunal Superior de Bogotá. Marina Camejo de Sánchez contra Pierre Lakhovsky y Cía. Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* (Sala Unitaria). F.F.: artículo 382 del C. de P.C.

REVISIÓN. Procedencia. SENTENCIA INHIBITORIA. Sólo procede el recurso de revisión contra las sentencias proferidas por los órganos jurisdiccionales y debe entenderse por tales no sólo las que han adquirido firmeza, sino también las que ostentan la característica de ser definitivas o inmodificables, que hayan hecho tránsito a cosa juzgada material. Por tanto no es procedente contra sentencia inhibitoria. S-209 del 89-06-13. **SE INHIBE PARA DECIDIR DE MÉRITO.** Tribunal Superior de Bogotá. Luz Amanda Angulo Espitia contra La Nacional de Seguros S.A. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

REVISIÓN. DOCUMENTO NUEVO. Requisitos que debe demostrar el recurrente para la prosperidad de la causal primera de revisión. S-210 del 89-06-13. **DECLÁRESE INFUNDADO EL RECURSO INTERPUESTO.** Tribunal Superior de Manizales. Germán Augusto Mejía y Roberto Jaramillo Uribe contra Mercedes Angel de Rivas. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Sentencia julio 30/82 CLXV, 155. F.F.: artículo 380-1 del C. de P.C.

REVISIÓN. Resulta infundado el recurso de revisión, pues no se demostró la ocurrencia de ninguna de las causales alegadas. S-208 del 89-06-13. **DECLARA INFUNDADO EL RECURSO INTERPUESTO.** Tribunal Superior de Bogotá. Escolástico Romero Mesa y otra contra

Edilberto Moya (Recurrentes Ligia Stella Moya de Quijano y Edilberto Moya Rivera). Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 380 del C. de P.C.

REVISION. MANIOBRA FRAUDULENTA. Los hechos o situaciones que se aleguen deben ser producidos o conocidos con posterioridad al pronunciamiento del fallo que se pretende aniquilar, no actuaciones anteriores a éste. S-210 del 89-06-13. DECLÁRASE INFUNDADO EL RECURSO INTERPUESTO. Tribunal Superior de Manizales. Germán Augusto Mejía y Roberto Jaramillo Uribe contra Mercedes Angel de Rivas. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 380-6 del C. de P.C.

NULIDAD PROCESAL. EMPLAZAMIENTO INDEBIDO. PROCESO EJECUTIVO. REVISION. Todo lo referente a nulidades procesales debe discutirse y decidirse dentro del proceso en que ellas han ocurrido. Tratándose del proceso ejecutivo ello es posible hasta tanto no hayan concluido las actuaciones encaminadas a la recaudación de la deuda. Sólo excepcionalmente la falta de notificación puede alegarse a través del recurso de revisión, siempre que no haya sido posible alegarla dentro del mismo proceso. S-205 del 89-06-13. DECLARA INFUNDADO EL RECURSO INTERPUESTO. Tribunal Superior de Bogotá. Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda, Granahorrar contra Humberto Padilla Morales y María Cristina Vásquez de Padilla. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F.F.: artículos 154-2 y 380-7 del C. de P.C.

PROCESO EJECUTIVO. Con la sentencia que manda rematar los bienes no finaliza el proceso, esto ocurre sólo cuando se cumple la finalidad de recaudar la deuda que se cobra. S-205 del 89-06-13. DECLARA INFUNDADO EL RECURSO INTERPUESTO. Tribunal Superior de Bogotá. Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda, Granahorrar contra Humberto Padilla Morales y María Cristina Vásquez de Padilla. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. Igual sentido: LXIV, 277.

TRANSACCION. Naturaleza Jurídica. S-207 del 89-06-13. No CASA. Tribunal Superior de Cali. Garcés Arellano y Cia. Ltda. contra Banco Internacional de Colombia. Sucursal Cali. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 2469 del C. Civil.

CASACION. Causales. Son autónomas. No se pueden combinar o mezclar en una misma causal yerro *in procedendo* con errores en la apreciación probatoria, que estructuran la causal primera. S-206 del 89-06-13. No CASA. Tribunal Superior de Ibagué. Luis Eduardo Hernández contra Lilia María o Lily Torres G. de Vila y otros como herederos de Eduardo Vila Londoño. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-213 del 89-06-14. CONFIRMA. Tribunal Superior de Manizales. María Elsy Marín de Osorio contra Gustavo Alberto Osorio Villegas. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*...

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-212 del 89-06-14. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. Aquilea García de Gómez contra Evelio de Jesús Gómez. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

TESTIMONIO. REQUISITOS. Las exigencias legales al respecto son acumulativas y cada uno de ellos tiene su razón de ser. Si no se cumplen en la solicitud de la prueba, ésta se deniega. A-061 del 89-06-14. CONFIRMA EL AUTO IMPUGNADO. Tribunal Superior de Tunja. Aurora Sandoval Panqueva contra Pedro García Martínez. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F.: artículo 219 del C. de P.C.

CONTRATO DE SEGUROS. Póliza flotante y automática. Es aquella modalidad especial en que algunos elementos esenciales del contrato de seguro se acuerdan genérica o determina-

blemente. Su perfeccionamiento y su prueba. S-211 del 89-06-14. No *CASA*. Tribunal Superior de Medellín. Siderúrgica de Medellín (Simesa) contra La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A. (La Nacional de Seguros). Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Sentencia marzo 8/26 XXXII, 234; Sentencia agosto 24/78 CLVII, 176. F.F.: artículo 1050 del C. de Comercio.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Contrato de seguro. Si la sentencia impuso la condena al pago del seguro por pérdida total constructiva o asimilada, la proposición jurídica debe integrarse entre otros con los artículos 1733 y 1736 del C. de Comercio. S-211 del 89-06-14. No *CASA*. Tribunal Superior de Medellín. Siderúrgica de Medellín (Simesa) contra La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A. (La Nacional de Seguros). Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 374-3 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de apelación. S-215 del 89-06-15. *CONFIRMA*. Tribunal Superior de Medellín. Héctor Elías Betancur Bedoya contra Myriam de Jesús Jaramillo Correa. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-214 del 89-06-15. *CONFIRMA*. Tribunal Superior de Bogotá. Rosa Elvia Hernández de Guerrero contra Horacio Guerrero Malagón. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

JUEGO Y APUESTA. Se recuerda la naturaleza jurídica del contrato de rifa y lotería y la calidad de título al portador del respectivo billete o boleta, estudiadas en sentencia del 5 de diciembre de 1956. S-216 del 89-06-16. No *CASA*. Tribunal Superior de Pereira. Jorge Vargas Ruiz contra La Beneficencia y/o la Lotería de Risaralda. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Sentencia diciembre 5/56 LXXXIV, 319.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Norma sustancial. No tienen el carácter de norma sustancial los artículos 1494, 1495, 1603, 1613, 1614 y 1615 del C. Civil. S-216 del 89-06-16. No *CASA*. Tribunal Superior de Pereira. Jorge Vargas Ruiz contra La Beneficencia y/o la Lotería de Risaralda. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Técnica. Los cargos son autónomos e independientes. Cada uno de ellos debe plantearse en forma concreta, clara y completa. No pueden citarse preceptos violados con una presentación disyuntiva o condicional. S-216 del 89-06-16. No *CASA*. Tribunal Superior de Pereira. Jorge Vargas Ruiz contra La Beneficencia y/o la Lotería de Risaralda. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: S-143-16.06.85-5-P.P. CLXXX, 119. F.F.: artículo 374 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-219 del 89-06-19. *CONFIRMA*. Tribunal Superior de Bogotá. José Santiago Perico Riveros contra Magdalena Daza Prieto. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

EXEQUATUR. Legitimación. No puede concederse el exequátur a un fallo que decrete el divorcio vincular de un matrimonio católico, pues contraría abiertamente las normas nacionales acerca del estado civil de las personas. Tampoco en cuanto hace relación a la liquidación de la sociedad conyugal sobre bienes situados en Colombia. S-218 del 89-06-19. No *CONCEDE EL EXEQUATUR*. Juzgado 2º Civil de Ciudad Juárez-México. Solicitud de exequátur formulada por Matilde Medina Corchuelo. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 694 del C. de P.C.

MATRIMONIO. Naturaleza de las obligaciones. **SEPARACION DE CUERPOS.** Justificación del incumplimiento. Del matrimonio surgen obligaciones cuya observancia envuelve una acción, un comportamiento activo; y otras que se cumplen mediante una abstención, un no hacer. Sólo en las primeras opera el principio de la interdependencia obligacional o sea que el incumplimiento de uno de los cónyuges puede tener como justificación temporal el incumplimiento del otro cónyuge. S-220 del 89-06-21. **REVOCA.** Tribunal Superior de Cúcuta. **Ovidio Navarro Urón** contra Gladys Canonigo de Navarro. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Sentencia mayo 11/82; S-072-09.03.88-6.

CONFESION. Noción. Requisitos. "Prueba de la prueba". En el Código de Procedimiento Civil de 1971 no se califica en forma anticipada su mérito probatorio y desapareció la inadmisibilidad de la prueba en contrario. S-221 del 89-06-22. **INVALIDASE LA SENTENCIA REVISADA.** Tribunal Superior de Bogotá. Belén Montero de Mahecha contra Jack Michonik (Recurrente) y terceros indeterminados. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Sentencia noviembre 8/74 CXLVIII, 285. F.F.: artículo 194 del C. de P.C.

REVISION. Reconstrucción expediente. Como no se reconstruyó la parte del expediente relacionada con la orden de emplazamiento y las diligencias pertinentes, la sentencia sigue amparada con la presunción de acierto. S-221 del 89-06-22. **INVALIDASE LA SENTENCIA REVISADA.** Tribunal Superior de Bogotá. Belén Montero de Mahecha contra Jack Michonik (Recurrente) y terceros indeterminados. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: Decreto 3829 de 1985.

REVISION. MANIOBRA FRAUDULENTA. Presupuestos para que se configure la causal 6ª de revisión. Noción de fraude. S-221 del 89-06-22. **INVALIDASE LA SENTENCIA REVISADA.** Tribunal Superior de Bogotá. Belén Montero de Mahecha contra Jack Michonik (Recurrente) y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Sentencia junio 9/43 LV, 533; S-224-12.06.87-5. F.F.: artículo 380-6 del C. de P.C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Prestaciones mutuas. La proposición jurídica se integra con las normas sustanciales que sean indispensables para el estudio de la impugnación establecidos de acuerdo con la decisión recurrida. Las prestaciones mutuas como consecuencia de la resolución de una promesa de compraventa se sujetan a la normatividad general de las obligaciones y contratos. S-224 del 89-06-27. **NO CASA.** Tribunal Superior de Neiva. Olga Ramos de Muñoz, Inés Aya de Ramos y Oscar Ramos Aya contra Salvador Velasco y Edilberto Peña Salgado. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Sentencia julio 17/69 CXXXI, 19.

FRUTOS. La condena al pago de frutos civiles y naturales debe entenderse condicionada a la posibilidad de su coexistencia, pues ordinariamente son excluyentes. S-224 del 89-06-27. **NO CASA.** Tribunal Superior de Neiva. Olga Ramos de Muñoz, Inés Aya de Ramos y Oscar Ramos Aya contra Salvador Velasco y Edilberto Peña Salgado. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículos 964, 714 y 717 del C. Civil.

VIOLACION INDIRECTA. CONTRATOS - Interpretación. La interpretación errónea de un contrato siempre constituye un defecto fáctico por cuanto recae la contemplación objetiva del mismo en cuanto se aprecia mal su contenido, cercenándolo o adicionándolo. S-224 del 89-06-27. **NO CASA.** Tribunal Superior de Neiva. Olga Ramos de Muñoz, Inés Aya de Ramos y Oscar Ramos Aya contra Salvador Velasco y Edilberto Peña Salgado. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Sentencia marzo 6/72 CXLII, 102. F.F.: artículo 368-1 del C. de P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. INDICIO. La apreciación de los indicios corresponde exclusivamente al juzgador. Sólo puede variarse en casación cuando se demuestre evidente y manifiesto error en la apreciación de los hechos antecedentes o indicadores o en el de las inferencias. S-225 del 89-06-27. **NO CASA.** Tribunal Superior de Tunja. Juan de Jesús Verano Forero (en representación de la sucesión de Isidora Verano Forero) contra Encarnación Sierra Rodríguez. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículos 368-1 y 248 del C. de P.C.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. Proceso contra herederos indeterminados. Cuando no se ha abierto el proceso de sucesión y se ignora el domicilio y residencia de los herederos indeterminados el competente para conocer el proceso de conocimiento contra la sucesión, es el juez del domicilio del demandante. A-062 del 89-06-27. **DECLARA COMPETENTE EL JUZGADO 16 C.C. DE BOGOTÁ.** Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá. Myriam Cecilia Salgado Arce (representante del menor Julián Andrés Salgado) contra herederos indeterminados de Jaime Aranzales Colorado. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículos 23-1-2 del C. de P.C.

PODER. La validez y eficacia del poder en modo alguno se encuentra supeditada por la ley al reconocimiento judicial de que tal acto se haga por la jurisdicción, pues enteramente depende de la voluntad de las partes. El poder no termina por decisión judicial. A-063 del 89-06-27. **NO REPONE AUTO DICTADO POR LA CORTE.** Tribunal Superior de Bogotá. Recurso de reposición interpuesto por Blanca Olga González. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículo 69 del C. de P.C.

SALA DE CASACION CIVIL. REVISION. Del recurso de revisión contra las sentencias dictadas por los jueces del circuito conocen los tribunales superiores. A la corte sólo competen las revisiones contra sentencias dictadas por los tribunales superiores. A-064 del 89-06-27. **DECLARA INADMISIBLE LA DEMANDA INSTAURADA.** Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá. Víctor Manuel Gutiérrez Rojas contra María del Carmen Duarte de Parada. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* (Sala Unitaria). F.F.: artículos 25-2 y 26-2 del C. de P.C.

LEY. El juez debe juzgar de acuerdo con la normatividad vigente. La función jurisdiccional no puede sustituir la función legislativa. S-223 del 89-06-27. **REVOCA.** Tribunal Superior de Bogotá. José Israel Acevedo Montoya contra Mariela del Socorro Acevedo Betancourt. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: artículos 4º y 5º del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-222 del 89-06-27. **CONFIRMA.** Tribunal Superior de Manizales. Hernán Aristizábal Rubio contra Gladys Arias Aristizábal. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL. Los actos, tratos o conversaciones preliminares a la celebración de un contrato no son intrascendentes. Existe una protección jurídica contra la ligereza o la mala fe de una de las partes, de suerte que una interrupción intempestiva de las negociaciones, sin justo motivo da derecho a una indemnización por el daño que se cause (interés contractual negativo). S-233 del 89-06-28. **NO CASA.** Tribunal Superior de Bogotá. Sociedad Conquistador S.A. contra Juan Manuel López Caballero. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: artículo 863 del C. de Comercio

REFORMATIO IN PEJUS. Que se entiende por agravar la situación del único apelante. S-232 del 89-06-28. **CONFIRMA NUMERALES 1º Y 4º Y REVOCA NUMERALES 2º Y 3º.** Tribunal Superior de Cali. Distribuciones Cañavalejo Ltda. contra Transcanel Ltda. Magistrado

Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: S-010-29.01.87-6 CLXXXVIII, 13. F.F.: artículo 368-4 del C. de P.C.

PATERNIDAD NATURAL. RELACIONES SEXUALES. El fenómeno tradicionalmente llamado *plurium constupratorum* plenamente probado es excepción suficiente para infirmar la presunción de paternidad basada en las relaciones sexuales. S-234 del 89-06-28. NO CASA. Tribunal Superior de Ibagué. Ana Joaquina Luna contra herederos de José Joaquín Leal Aguirre. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Sentencia septiembre 22/72 CXLIII, 170; S-155-23.07.86-4 CLXXXIV, 147. F.F.: artículo 6º-4 de la Ley 75 de 1968.

INCONSONANCIA. La causal segunda de casación procede cuando la inconsonancia del fallo surge de la simple actividad del juzgador, más no cuando es fruto de la apreciación de pruebas, empezando desde luego por el entendimiento de la demanda. S-232 del 89-06-28. CONFIRMA NUMERALES 1º Y 4º Y REVOCA NUMERALES 2º Y 3º. Tribunal Superior de Cali. Distribuciones Cañaveralejo Ltda. contra Transcanel Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: S-321-14.08.87-1. F.F.: artículo 368-2 del C. de P.C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Equidad. Cuando a un determinado caso se le aplica el principio de la equidad, debe demandarse como violado el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. S-231 del 89-06-28. NO CASA. Tribunal Superior de Neiva. Arnuz Orozco Manchola y otros contra Mirto Fernando Manrique Bocanegra. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 374-3 del C. de P.C.

PATERNIDAD NATURAL. PETICION DE HERENCIA. La acción de filiación natural y la de petición de herencia difieren por su contenido y naturaleza pero son conexas. No deja de ejercitarse la de petición de herencia cuando no se pide restitución de bien alguno, pues esto es su consecuencia, pero no es de su esencia. El poder conferido para iniciar la acción de filiación natural conlleva la facultad, igualmente, de ejercitar la de petición de herencia que es consecuencia de la declaración de filiación extramatrimonial. S-234 del 89-06-28. NO CASA. Tribunal Superior de Ibagué. Ana Joaquina Luna contra herederos de José Joaquín Leal Aguirre. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Sentencia febrero 28/55 LXXIX, 543.

ESTADO CIVIL. REGISTRO CIVIL. Por la trascendencia que tiene el estado civil, su prueba ha sido siempre de carácter especial. Recuento histórico. S-234 del 89-06-28. NO CASA. Tribunal Superior de Ibagué. Ana Joaquina Luna contra herederos de José Joaquín Leal Aguirre. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: S-155-23.07.86-4 CLXXXIV, 158.

PATERNIDAD NATURAL. RELACIONES SEXUALES. Prueba de la maternidad. En la presunción de paternidad por haber existido relaciones sexuales es menester demostrar quién es la madre del presunto hijo, lo que se demuestra no sólo con el registro civil de nacimiento, sino con cualquier otro medio de prueba. S-234 del 89-06-28. NO CASA. Tribunal Superior de Ibagué. Ana Joaquina Luna contra herederos de José Joaquín Leal Aguirre. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: S-155-23.07.86-4 CLXXXIV, 160. F.F.: artículo 6º-4 de la Ley 75/68.

REVISION. DEMANDA. Fallecido el demandado, el recurso de revisión debe continuar contra los herederos, y, según el caso, con la cónyuge, albacea con tenencia de bienes o el curador de la herencia yacente. A-065 del 89-06-28. NO ACCEDE A LO PEDIDO EN ESCRITO

DE JUNIO 14/89. ... contra ... Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* (Sala Unitaria). F.F.: artículos 60 y 382 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-226 del 89-05-28. CONFIRMA. Tribunal Superior de Cali. Magola del Carmen Ceballos Castro contra Gerardo Gómez Sánchez. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

EXEQUATUR. Se rechaza la demanda, pues se observa que la sentencia a que se refiere el libelo no tiene constancia de estar ejecutoriada. A-067 del 89-06-28. RECHAZA DEMANDA. ... Demanda de exequátur presentada por Bilma de Jesús Strusberg de Peña o Bilva de Jesús Strusberg González contra ... Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: artículos 694-3 y 695-2 del C. de P.C.

DOCUMENTOS - Copias. VIOLACION INDIRECTA. Las copias pueden consistir en transcripciones o reproducciones mecánicas, como fotocopias. Las primeras deben ser autorizadas u ordenadas por el funcionario en cuya oficina se encuentra el original o copia auténtica del mismo. Las segundas deben estar autenticadas por notario o juez que haya verificado el respectivo cotejo ya sea con el original o con copia auténtica de él, sin que sea menester que esos documentos reposen en su oficina. Casos en que puede incurrirse en error de derecho en la apreciación de las pruebas. S-227 del 89-06-28. CASA. Tribunal Superior de Medellín. Cooperativa Norteña de Transportadores Ltda. (Coonorte) contra José Epifanio Gómez Restrepo. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículos 253 y 254 del C. de P.C.

REVISION - Demanda. Las normas que regulan el recurso deben interpretarse estricta y restrictivamente. No se permite la interpretación extensiva o analógica. No le es aplicable la inadmisibilidad de la demanda, pues ésta no es susceptible de corrección. A-066 del 89-06-28. NO ACCEDE A LA SOLICITUD DE JUNIO 14/89... Marina Camejo de Sánchez contra Pierre Lakhovsky y Cía. Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* (Sala Unitaria). Igual sentido: Sentencia septiembre 13/79. F.F.: artículo 383-2 del C. de P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Norma sustancial. No tienen este carácter los artículos 1613 y 1614 del C. Civil. S-231 del 89-06-28. NO CASA. Tribunal Superior de Neiva. Arnuz Orozco Manchola y otros contra Mirto Fernando Manrique Bocanegra. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Sentencia octubre 24/75 CLI, 255

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-230 del 89-06-28. CONFIRMA. Tribunal Superior de Bogotá. Héctor Hernando Ramírez Guayacán contra Esperanza Molina Aranguren. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

PRESUPUESTOS PROCESALES. DEMANDA EN FORMA. INMUEBLES- DETERMINACION. SENTENCIA INHIBITORIA. Solamente cuando los defectos de la demanda son tan graves que a pesar de interpretarla subsisten, es permitido dictar sentencia inhibitoria. En la demanda en que se pretende un inmueble, sea para ejercer la tenencia, sea para ejercer posesión es necesario especificarlo, es decir, determinarlo e individualizarlo. S-228 del 89-06-28. NO CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Oscar Rojas Cobo y Ligia Hernández de Rojas contra Gildardo Hernando Madrid. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículos 75 y 76 del C. de P.C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-229 del 89-06-28. CONFIRMA. Tribunal Superior de Barranquilla. Gloria Esperanza Marín Castro

contra Jorge Alberto Fernández Vega. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo. S-238 del 89-06-29. No casa. Tribunal Superior de Cali. Víctor J. Gómez y Cía. Ltda. contra Aseguradora del Valle S.A. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-236 del 89-06-29. CONFIRMA. Tribunal Superior de Medellín. María Nohelia Tobón Piedrahita contra Rubén Emilio Giraldo A. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.....

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-237 del 89-06-29. CONFIRMA. Tribunal Superior de Cali. Fulvia Montaña contra José Nieves Valverde. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

INDICE DE NORMAS CIVILES ACUSADAS DE INCONSTITUCIONALIDAD PRIMER SEMESTRE DE 1989

NORMA ACUSADA	SENTENCIA SALA PLENA	DECISION
Numeral 2° del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil	No. 6 del 8 de febrero de 1989	Exequible.
Artículo 6° del Decreto 999 de 1988	No. 13 del 30 de marzo de 1989	Exequible.
Artículo 2354 del Código Civil	No. 14 del 6 de abril de 1989	Exequible.
Artículos 7°, 8° y 9° del Decreto 1500 de 1988	No. 16 del 27 de abril de 1989	Exequibles.
Artículos 762, 765, 770, 784, 787, 790, 791, 947, Título XII artículos 947 incisos 2° y 3°, 972, 974, 979, 2512, 2514, 2515, 2516, 2517, 2518, 2526, 2527, 2528, 2529, 2530, 2531, 2532, 2535, 2536, 2537, 2538, 2539, 2540, 2541, 2542, 2543, 2544 y 2545 del Código Civil	No. 18 del 4 de mayo de 1989	Exequibles.
Artículos 2°, 5°, 6° (parcial) y 8° (parcial) del Decreto 999 de 1988	No. 23 del 8 de junio de 1989	Exequibles.
Decreto-ley 2458 de 1988	No. 38 del 29 de junio de 1989	Exequible.

En los talleres editoriales de la IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA,
se realizó el diseño e impresión de esta obra.
Bogotá, D.E., octubre de 1990