

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Magistrado Ponente

SC5105-2020

Radicación n.º 11001 31 03 029 2010 00177-01

(Aprobado en sesión virtual de nueve de julio de dos mil veinte)

Bogotá D. C., catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por los demandados **Jaime Orlando Ovalle Gaitán y Cecilia Pardo Bohórquez** contra la sentencia proferida, el 4 de julio de 2012, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso reivindicatorio que contra los recurrentes promovieron **Carlos Alberto Mancera Mancera y Martha Isabel Trujillo de Mancera**.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que correspondió por reparto al Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá se reclamó de la jurisdicción se declare que los convocados «*carecen de todo derecho para conservar la posesión material que en la actualidad ostentan sobre el “apartamento trece A- quince (13A-15) de la calle ciento diecinueve (119) hoy calle 119 N° 11D-15, según certificación catastral o boletín de nomenclatura que se acompaña...*» de

propiedad de los reclamantes. Y, se condene a su restitución una vez quede ejecutoriada la sentencia, *«junto con los frutos civiles que se hubieran causado durante el tiempo en que de mala fe hayan ejercido posesión sobre el mencionado apartamento, hasta el momento en que se verifique su restitución»*.

2. Las mencionadas pretensiones se soportaron en los hechos relevantes que admiten el siguiente compendio:

a) Manifiestan los actores que adquirieron el predio antes referido por compraventa que hicieron a Klaus Robert Krellenberg Wiese, contenida en la escritura pública 3732 de 17 de noviembre de 1981, de la Notaría Décima de Bogotá y registrada en el folio de matrícula inmobiliaria 50N-315973, cuyas medidas y linderos aparecen en el mentado instrumento público.

b) Indicaron que, el 2 de septiembre de 1991, entre Carlos Roberto Mancera y los señores Jaime Orlando Ovalle Gaitán y Cecilia Pardo Bohórquez, se celebró un negocio de compraventa sobre el referido inmueble, por valor de \$50.000.000, como *«se hiciera constar en los términos del documento privado suscrito por los mencionados celebrantes el 27 de abril de 1994»*.

c) Con ocasión del mencionado acuerdo, el demandante hizo entrega real y material del inmueble a los señores Ovalle y Pardo el 2 de septiembre de 1991, ejerciendo estos desde esa data posesión de este. El *«5 de marzo de 1993 se convino llevar a cabo el otorgamiento de la respectiva*

escritura en el mes de abril de ese mismo año, sin que se hubiera realizado».

d) De la suma pactada como precio, el señor Carlos Roberto Mancera tiene recibida la suma de \$38.750.000,00, que le fue entregada en la forma detallada en el numeral 5 de la demanda.

3. La causa así planteada se admitió por auto de 13 de abril de 2010 (fl. 32 Cd. 1), ordenando el enteramiento de los convocados, a quienes por auto del 1° de octubre de 2010 se les tuvo por debidamente notificados, en razón a que se les remitieron los citatorios que ordena en artículo 315 del Código de Procedimiento Civil y el aviso de notificación de que trata el artículo 320 ídem, anotando el juzgador que dicho extremo procesal no propuso excepciones.

4. Por auto de 12 de noviembre de 2010 se dispuso la apertura a pruebas del proceso. Se decretaron las solicitadas por los demandantes, entre ellas la práctica de un dictamen pericial (fl. 61 cd 1).

5. Surtida la instrucción correspondiente, el 14 de octubre de 2011, se profirió sentencia de primera instancia que negó la totalidad de las pretensiones (fls 110-114 Cd 1).

6. Por su parte, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, con sentencia de 4 de julio de 2012, revocó la decisión impugnada. En su lugar se dispuso lo que viene:

«Primero. Declarar próspera la acción reivindicatoria que la señora Martha Isabel Trujillo de Mancera incoó contra los aquí demandados, e impróspera la impetrada por Carlos Roberto Mancera Mancera.

Segundo. Declarar la nulidad absoluta del contrato de compraventa que el 2 de septiembre de 1991 celebró Carlos Roberto Mancera Mancera (vendedor) con los señores Jaime Orlando Ovalle Gaitán y Cecilia Pardo Bohórquez (compradores).

Tercero. Ordenar al señor Mancera Mancera (vendedor) que restituya a los señores Ovalle Gaitán y Pardo Bohórquez las siguientes sumas de dinero, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia:

a) Por concepto de restitución de lo pagado del precio.

\$20'000.000, indexada desde el 2 de septiembre de 1991, hasta que se produzca su pago, atendiendo la variación del IPC, que a 31 de mayo del año en curso equivale a \$166'417.352,28.

\$10'500.000, indexada desde el 14 de enero de 1992, hasta que se produzca su pago, atendiendo la variación del IPC, que a 31 de mayo del año en curso equivale a \$81'176.164.

\$7'000.000, indexada desde el 5 de marzo de 1993, hasta que se produzca su pago, atendiendo la variación del IPC, que a 31 de mayo del año en curso equivale a \$41'225.516,15.

\$1'250.000, indexada desde el 15 de septiembre de 1993, hasta que se produzca su pago, atendiendo la variación del IPC, que a 31 de mayo del año en curso equivale a \$6'750.606,80.

Cuarto. Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de este proveído, los señores Ovalle Gaitán y Pardo Bohórquez restituirán a su contraparte el apartamento ubicado en la Calle 119 No. 11D-15 de Bogotá, con sus frutos civiles, estos en proporción al derecho de cuota de los susodichos condueños, calculados a 31 de mayo de 2012 en la suma de \$71'706.687, la cual se actualizará hasta la fecha en que se realice su pago, en la forma que se indicó al final de las consideraciones de esta sentencia».

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Colegiado *ad quem* arribó a esa decisión luego de considerar que en el proceso quedó demostrado que entre el demandante Carlos Roberto Mancera y los demandados se celebró un acuerdo sobre el predio en disputa, que no atendió la solemnidad de la escritura pública. Negociación que impedía que respecto de él pudiera abrirse paso la acción dominical, pues *«la posesión que éste le atribuye a sus demandados guarda relación con el negocio jurídico de compraventa que con estos últimos celebró Mancera Mancera»*.

Del escrutinio del material probatorio estimó que el mencionado acuerdo de voluntades estaba viciado de nulidad absoluta. Por ello, devenía forzosa su declaración, aun de oficio, en aplicación de lo establecido en el artículo 306 del C.P.C. y la ley 50 de 1936.

En relación con la señora Martha Isabel Trujillo de Mancera apuntó lo siguiente: respecto de la señora Trujillo era viable la acción reivindicatoria, *«en tanto que ella no integró ninguno de los extremos del pluricitado “contrato de compraventa”,*

según lo reflejan los documentos reseñados», que daban cuenta de los pagos que con ocasión de este se hicieron.

A partir de esto halló pacífico lo referente a la singularidad del inmueble sobre el que recae la acción reivindicatoria, la titularidad del derecho de dominio y la posesión del demandado. Extrayendo esta última de la conducta procesal de los convocados, al no contestar la demanda en que se endilgó la condición de poseedores, así como la inasistencia injustificada a la audiencia que ordena el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil y a las diligencias programadas para escuchar sus declaraciones (sin que se hubiera allegado otra probanza).

Consecuente con tales premisas estimó, que ante la declaración oficiosa de la nulidad respecto del acuerdo comercial celebrado entre Mancera Mancera y los demandados y la viabilidad de la pretensión dominical de la señora Martha Isabel Trujillo de Mancera, se imponía disponer lo pertinente en relación con las restituciones mutuas que de tales determinaciones se generaban.

Tanto demandantes como demandados, inconformes con la determinación adoptada por el Tribunal, formularon recursos de casación. Sin embargo, como el extremo convocante se abstuvo de presentar la demanda, con la debía sustentar la impugnación extraordinaria, se declaró la deserción del mismo respecto de dicha parte -por auto de 26 de agosto de 2013 (fl. 8 Cd Corte)-.

III- LAS DEMANDAS DE CASACIÓN.

Los señores Jaime Orlando Ovalle Gaitán y Cecilia Pardo Bohórquez formularon demandas de manera independiente. Así y todo, la Corte estudiará estas demandas conjuntamente (al haberse admitido cargos análogos que tienen igual fundamentación argumentativa y jurídica).

En efecto, **Jaime Orlando Ovalle Gaitán** como soporte de su censura esgrimió cuatro (4) cargos (fls. 18-66), de los cuales esta Corporación, por auto AC7080-2014 de 20 de noviembre de 2014, decidió inadmitir el segundo y cuarto. En una palabra, se dio trámite a los cargos primero y tercero (fls 68-82).

La demandada **Cecilia Pardo Bohórquez** atacó la sentencia del Tribunal, con soporte en seis (6) cargos (fls. 106-173 Cd Corte). Esta Corte, con auto AC1055-2016 de 26 de febrero de 2016 (fls. 177-193 Cd Corte), inadmitió cuatro - confirmado con el proveído AC5918-16 de 7 de septiembre de 2016 (fls. 216-229)-. Es decir, se abrió paso únicamente a las acusaciones contenidas en cargos primero y tercero.

CARGO PRIMERO

Al amparo de la causal quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, aducen los impugnantes que en el proceso se incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 8° del artículo 140. Aseguraron que, en el caso concreto, se presentaron «*inconsistencias, falencias y manifiestos*

errores in procedendo que afectan los derechos fundamentales de la parte demandada». En efecto, relacionaron las falencias que a su juicio afectaron el acto de enteramiento del auto admisorio de la demanda al extremo pasivo.

Precisaron que dicha parte no ha aceptado o convalidado la nulidad que de tales irregularidades emerge. Sobre el particular, se aseguró que *«[n]o ha ocurrido entonces convalidación tácita (implícita) ni tampoco expresa (por escrito) en ningún momento procesal, y por el contrario se reclamó inmediatamente tan pronto se tuvo conocimiento del proceso de la referencia inmediata y simultáneamente se esgrimió, reclamó, alegó y demandó (el vicio procesal) al constatarse inequívocamente la notoria existencia de los hechos anómalos, la comprobación de las falencias formales y la existencia de los vicios procedimentales que daban lugar al nacimiento de causales de nulidad acaecidas antes demandadas y que inexorablemente afectaban e invalidaban toda la actuación judicial surtida, por el trascendental motivo de haberse transgredido la regla de oro de todo procedimiento y por supuesto de todo proceso (administrativo y/o jurisdiccional), como lo es incondicionalmente verificar siempre el cumplimiento de la igualdad real y efectiva de todas las partes ante la ley y ante el proceso, garantía constitucional (arts.28 y 29 C.N.) que aquí no se ha cumplido por haberse desconocido la ley fundamental (LEX FUNDAMENTALIS) del derecho de defensa y haberse violado el principio máximo legal del debido proceso de los cuales deriva el nacimiento y existencia a la vida jurídica el instituto que contiene todas las reglas y causales de nulidad procesal».*

Indicaron que la ocurrencia del vicio procesal fue aceptada, incluso, por el propio apoderado del actor en el memorial que presentó ante el Tribunal Superior de Bogotá. Y, agregaron, que *«[en] todo caso nunca recibimos ningún documento u oficio citatorio, ni tampoco jamás se nos envió, ni nos llegó*

realmente algún aviso de notificación remitido por el Juzgado del conocimiento, ni enviado por la parte actora para que pudiéramos comparecer legalmente al proceso y poder hacer parte para integrar el contradictorio y el litis consorcio necesario para lograr así defender nuestros derechos sustanciales, procesales y constitucionales. Artículos 28, 28 y 228 de la C. N».

En ese orden de ideas, sostuvieron, que *«es inconducente, impertinente e improcedente que se inventen cargas y deberes procesales que la norma del artículo 315 del C. De P. C, no contempla, no consagra y no contiene, y que se desfigure su verdadero autentico sentido, ya que sin que haya inequívocamente lugar a otra interpretación distinta, siempre se debe entregar el citatorio en el lugar de destino, (a la misma dirección...incisos 2do y 3ro del art. 320 del C. De P. C.), lo cual no ocurrió en el sub examine porque contrario a lo que erradamente se inventa no se envió, no se remitió, ni se entregó exactamente (NO HAY PRUEBA) en la dirección correspondiente de que trata el libelo demandatorio (folio 23, página primera, folio 25 página tercera, folio 29 hoja siete, cuaderno principal), demostrando así de una vez por todas que el tribunal incurrió en un error manifiesto, grave e inexcusable en las providencias que denegaron las peticiones y suplicas de la nulidad procesal deprecada, las que a todas luces son ilegales por ser notoriamente contraevidentes. Ver los Autos del catorce de febrero de 2013, visible a folios 176 a 182 inclusive y primero de marzo de 2013, visible a folios 219 y 220».*

Aseveraron que tales errores son trascendentes, por cuanto en la sentencia impugnada adversa a sus intereses no tuvieron *«la suficiente oportunidad legal y procesal de haber demostrado y reclamado el justo valor de las expensas y el costo de las mejoras útiles incorporadas al inmueble objeto del sub-lite, obras civiles, arreglos, reparaciones y demás refacciones necesarias que se hicieron continuamente como poseedores de buena fe, por largo espacio*

de tiempo ininterrumpido y durante más de veinte años consecutivos para poder conservar, mantener y mejorar el mismo bien raíz en las buenas condiciones en que actualmente se encuentra».

CONSIDERACIONES

1. Sea lo primero anotar, que conforme las previsiones de los artículos 624 y 625 del Código General del Proceso, en virtud de las cuales los recursos *«se registrarán por las leyes vigentes cuando se interpusieron»*, siendo que los que ahora se estudian fueron formulados el 19 de julio de 2012, las reglas que gobernarán la resolución de la impugnación extraordinaria son las previstas en el Código de Procedimiento Civil, vigentes para cuando se interpusieron.

2. Como se sabe, es trascendental para el debido proceso que los juicios no se adelanten a espaldas del demandado. Por ello, se ha previsto un régimen estricto para que se verifique tal enteramiento que, en línea de principio, debe hacerse de manera personal. Sin embargo, puesto que no siempre es posible lograr tal cometido, para evitar la parálisis injustificada de los juicios, es válido hacerlo a través de las otras modalidades que el ordenamiento adjetivo ha dispuesto, en cuyo caso deberán satisfacerse todos los requisitos que allí se imponen.

El proceso de enteramiento -según el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil- tiene las siguientes características: (i) El citatorio puede ser remitido bien sea por el secretario del juzgado o el interesado, e incluso por

ambos, sin que se afecte la legalidad del acto. (ii) La comunicación se debe enviar a través de una empresa de correos autorizada por el Ministerio de Comunicaciones, la cual debe contener la precisa información que la norma expresa. (iii) Es imperativo que se envíe a la dirección que hubiere sido informada al juez de conocimiento como lugar de habitación o de trabajo de quien debe ser notificado. Cuando se trate de persona jurídica su remisión deberá hacerse a la dirección física y electrónica que tenga registrada en la Cámara de Comercio o la oficina que haga sus veces. (iv) Se deberá allegar copia cotejada por la empresa de correos que acredite la remisión, junto con una constancia expedida por ésta sobre su entrega.

Similares exigencias se predicen del aviso de notificación, que deberá remitirse a la misma dirección a la cual se envió el citatorio, el cual será entregado al interesado en la notificación para su envío, adjuntándole copia de la providencia que se notifica. Y si se trata de personas jurídicas, el secretario debe remitirlo a la dirección electrónica registrada fijando su firma digital.

Como se advierte, tales formalidades están concebidas para garantizar que la persona convocada al juicio tenga pleno conocimiento de la acción iniciada en su contra, cuya trasgresión impide que se adelante válidamente cualquier actuación.

3. En nuestro país, para conjurar vicios como el mencionado, se ha dispuesto un régimen de nulidades

regidas por un principio de protección para evitar que en curso de los juicios se afecten injustificadamente las garantías fundamentales de los intervinientes. De suerte que estos puedan hacer efectivo su derecho de contradicción y defensa, relevando la importancia del principio de publicidad de las acciones judiciales. Y de contera, el derecho al debido proceso, estableciendo una serie de supuestos que de presentarse tienen la virtualidad de invalidar total o parcialmente los procesos.

Sin embargo, como quiera que no pocas veces, so pretexto de denuncia de situaciones que presuntamente invalidan los juicios, entorpeciendo así su cabal desarrollo, con miras a evitar la prolongación indefinida de estos, el propio legislador ha concurrido a conjurar dicha eventualidad a través de la emisión de normas que determinan cuáles precisos eventos resultan relevantes para afectar la legalidad de la actuación, la oportunidad en que ello puede ser alegado y el interés que debe tener quien pretenda beneficiarse de ello.

Traduce lo anterior, que en el orden interno el régimen de nulidades procesales está gobernado por los principios de: especificidad, según el cual no hay nulidad sin norma expresa que la contemple; preclusión, que impone al afectado con el vicio su alegación oportuna; interés para proponerla, que corresponde únicamente al afectado con el agravio. Y convalidación, referido a la posibilidad de saneamiento, expreso tácito, salvedad hecha de las

irregularidades calificadas por el legislador como insubsanables.

4. Dentro de los distintos motivos de nulidad contemplados por el legislador está el consagrado en el numeral 8° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, según el cual se incurre en vicio de invalidez *«cuando no se práctica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso, del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o su corrección o adicción»*, puesto que el cabal enteramiento de la iniciación del juicio iniciado en su contra permitirá al convocado ejercer a cabalidad su derecho de contradicción y de defensa. Nulidad que deberá alegarse por el agraviado oportunamente, en las precisas oportunidades que autoriza el legislador, so pena de que se tenga por saneada.

Esta Corte en relación con el tema ha indicado lo siguiente:

«Para CARNELUTI, "cuando la notificación resulta viciada pero 'el hecho demuestre que ha ocurrido así, la nulidad del acto que, aun cuando defectuoso, ha logrado, sin embargo, su finalidad, sería una pérdida inútil. En tal caso, por tanto, el alcanzar la finalidad, no obstante el vicio del acto constituye un equivalente del requisito que falta, el cual sana el vicio o, en otras palabras, convalida el acto viciado'.

"la validez de esas notificaciones, que en todo caso han cumplido su función, está de acuerdo con el concepto generalizado en la doctrina y consagrado en el artículo 156 del Código italiano, que excluye la nulidad siempre que el acto haya cumplido su finalidad.

En este sentido, dice EDUARDO PALLARES: 'Cuando, a pesar de faltar al acto determinada forma, realiza dicha función o, lo que es igual, cumple el fin para que fue establecido, el acto será válido ROSENBERG expresa, en el mismo sentido, que 'si se produce la testificación de modo defectuoso, ello no tiene importancia si la notificación en sí estuvo en orden'. Y, por su parte, COUTURE advierte que 'la sentencia es, en primer término, un acto jurídico', distinto del documento que la contiene, por lo cual considera que inclusive la falta de firma de uno de los magistrados no la invalida, si votó favorablemente, concepto que estudiaremos en el punto siguiente y que es aplicable a toda clase de providencias y de actos procesales en general. Esta diferencia entre el acto jurídico y su prueba es todavía más clara tratándose de notificaciones" (Citados por Hernando Devis Echandía en la obra Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Aguilar S.A., págs. 699 y 700) (CSJ SC de 1° de febrero de 1995, exp. 4223).

5. Las nulidades procesales podrán alegarse en cualquiera de las instancias mientras no se haya dictado sentencia o en la actuación posterior si ocurrieron en ella, conforme lo impone el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, pero en todo caso tan pronto la conozca el agraviado, habida cuenta que desdeñar la primera oportunidad que tenga para aducir la irregularidad conlleva a su convalidación. Desdén que se presenta, como se dijo, cuándo se actúa en el proceso sin alegarla o conociendo del proceso se abstiene de concurrir al mismo.

6. En el citado artículo 142 se establece que «[L]a nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, podrá también alegarse durante la diligencia de que tratan los artículos 337 a 339, o como excepción en el proceso que se adelante para la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión si no se alegó por la parte en las anteriores oportunidades», como también «en el proceso ejecutivo donde

ocurran, mientras no haya terminado por el pago total a los acreedores, o por causa legal».

Adicionalmente, las irregularidades capaces de invalidar lo actuado también podrán alegarse a través del recurso de casación, siempre que no se hubieran saneado, de acuerdo con lo dispuesto en numeral quinto del artículo 368 del Código de procedimiento Civil, según el cual es causal de casación «[H]aberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140 siempre que no se hubiera saneado».

7. Atendiendo el anterior marco conceptual, se tiene que el señor Jaime Orlando Ovalle Gaitán y Cecilia Pardo Bohórquez, aducen que en el proceso que promovieron en su contra los señores Carlos Roberto Mancera Mancera y Martha Isabel Trujillo de Mancera se incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral octavo del artículo 140 del C.P.C., por las irregularidades que, a su juicio, se presentaron en el procedimiento de enteramiento del auto admisorio de la demanda. Con lo cual se transgredió su derecho de contradicción y defensa, que les impidió reclamar oportuna y debidamente las mejoras que ha efectuado al predio objeto del litigio.

8. Así las cosas, en necesario examinar cómo se surtió el trámite de notificación de los recurrentes, a partir de las distintas piezas procesales:

• **NOTIFICACIÓN DE JAIME ORLANDO OVALLE
GAITÁN**

a) El extremo demandante anunció en el libelo demandatorio que los convocados podrían recibir notificaciones en el inmueble cuya reivindicación se reclama, ubicado «*en la calle 119 No. 13 A- 15 (hoy calle 119 N° 11 D-15 de la ciudad de Bogotá)*» (fl. 29 Cd 1).

b) A **folio 38** aparece la guía número **707848** de la empresa de correos Apoyo Logístico en Mensajería Ltda. A.L.M., que da cuenta del envío de fecha 30 de abril de 2010, remitido por Juzgado 29 Civil del Circuito de la ciudad de Bogotá a «*Jaime Orlando Ovalle*» «*DICE CONTENER PROCESO 2010-0177 CITATORIO*» dirigido a la dirección «*CALLE 19 #13A-15 CALLE 119 #11D-15*» de la misma ciudad, con firma de recibido en el lugar de destinatario, suscrita por quien dijo llamarse María Camila Pardo.

c) A **folio 39** aparece copia cotejada del citatorio para notificación personal de fecha «*30 DE ABRIL DE 2010*», dirigido a JAIME ORLANDO OVALLE GAITÁN a la dirección «*Calle 19 N° 13ª-15 (hoy Calle 119 N° 11D-15)*», ciudad «*Bogotá*», en el cual se insertó toda la información que impone el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, firmado como parte interesada por Guillermo Chavarro Guzmán y sello de cotejo de la empresa de mensajería con fecha «*30 abr 2011*».

d) A **folio 40** de la encuadernación aparece certificación expedida el 7 de mayo de 2010, por la empresa de correos

Apoyo Logístico en Mensajería Ltda. A.L.M. con destino al Juzgado 29 Circuito de Bogotá, en la que da cuenta que la comunicación de que trata la guía número **707848** «*PROCESO 2010-0177 CITACIÓN*» fue entregada, apuntando como dirección del destinatario «*Cl 19 N° 13A-15*, y como resultado de la gestión «*EFECTIVA*», que fue recibido por María Camila Pardo, dejando como atestación que «*CON LO ANTERIOR SE CONFIRMA QUE LA PERSONA O ENTIDAD A NOTIFICAR SI FUE NOTIFICADA EN ESE LUGAR*».

e) A **folio 41** aparece otra guía de correo con número **710269**, de la empresa Apoyo Logístico en Mensajería Ltda. A.L.M., de fecha 15 de julio de 2010, remitida por Angie Natalia Pérez B. al «*DOCTOR JAIME ORLANDO OVALLE GAITÁN*», que dice contener «*PROCESO 2010-0177 AVISO DEMANDA AUTO ADMISORIO*», dirigido a la «*CL 19 13A-15 (HOY CL 119 11D-15)*», ciudad de destino «*Bogotá*» con firma de recibido de quien dijo llamarse Cristian Hernández Pardo.

f) A **folio 42** se halla otra certificación expedida por la empresa de correos Apoyo Logístico en Mensajería Ltda. A.L.M. de fecha 16 de julio de 2010, en la que da cuenta que la comunicación remitida a través de la guía **710269**, «*PROCESO 2010-0177 AVISO DEMANDA AUTOADMISORIO*» (SIC), fue entregada, apuntando como dirección del destinatario «*Cl 19 N° 13A-15- (hoy CL 119 11D-15)*», certificando que fue recibido por CRISTIAN HERNANDO, el día 15 del mismo mes y año, dejando como atestación que «*CON LO ANTERIOR SE CONFIRMA QUE LA PERSONA O ENTIDAD A NOTIFICAR SI FUE NOTIFICADA EN ESE LUGAR*».

g) Se encuentra a **folio 43** copia cotejada del aviso de notificación de fecha 15 de julio de 2010 dirigido al demandado Ovalle Gaitán a la «*calle 19 N° 13 A-15 (hoy calle 119 N° 11D-15)*», de «*Bogotá*», que contiene la información impuesta en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, particularmente que el propósito es notificar el auto admisorio de la demanda de 13 de abril de 2010, dando cuenta además que se anexó copia de la demanda y de la providencia a que alude, cuyas copias cotejadas aparecen incorporadas a folios 44 a 51.

• **NOTIFICACIÓN DE CECILIA PARDO BOHÓRQUEZ**

a) En el libelo introductorio también se señaló que la demandada recibiría notificaciones en «*en la calle 119 N° 13 A-15 (hoy calle 119 N° 11 D-15 de la ciudad de Bogotá)*».

b) A **folio 35** está la guía número **707851** de la empresa Apoyo Logístico en Mensajería Ltda. A.L.M. de fecha 30 de abril de 2010, que da cuenta que desde la ciudad de Bogotá el Juzgado 29 Civil del Circuito de esta urbe remitió a la señora CECILIA PARDO BOHÓRQUEZ a la dirección «*CALLE 19 #13 a-15 CALLE 119 #11D-15*» de la misma ciudad comunicación que «*DICE CONTENER*» «*PROCESO 2010-0177 CITATORIO*», con firma de recibido de quien dijo llamarse María Camila Pardo.

c) A **folio 36** aparece copia cotejada del citatorio para notificación personal remitido por el Juzgado 29 Civil del

Circuito de Bogotá a la señora Cecilia Pardo Bohórquez, con fecha «30/04/2010», a la dirección «Calle 19 No 13 A-15 (hoy Calle 119 No. 11D-15)» ciudad «Bogotá» servicio postal autorizado «A.L.M. Apoyo Logístico en Mensajería LTDA», contenido de la información que impone el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, firmado como parte interesada Mónica Astrid Pérez y sello de la empresa de mensajería de que es copia cotejada con fecha «30 ABR 2011».

d) A **folio 37** está la certificación expedida por la empresa Apoyo Logístico en Mensajería Limitada A.L.M, de fecha 6 de mayo de 2010, dando cuenta que la guía **707851** con la cual se envió «CITATORIO», dirigido a Cecilia Pardo Bohórquez con dirección «CLL 19 N. 13 A-15», fue recibida por María Camila Pardo el «04 ED (sic) MAYO DE 2010», atestando que «CON LO ANTERIOR SE CONFIRMA QUE LA PERSONA A NOTIFICAR SI VIVE O LABORA EN ESTE LUGAR».

e) A **folio 52** se encuentra la guía número **710270** de fecha 15 de julio de 2010 de la empresa Apoyo Logístico en Mensajería Ltda. A.L.M, remitida a la demandada «DOCTORA CECILIA PARDO BOHÓRQUEZ», a la dirección «CL 19 #13 a-15 (HOY CL 119 11D-15)», ciudad de destino «Bogotá», que «DICE CONTENER» «PROCESO 2010-0177 AVISO Y DEMANDA AUTOADMISORIO» (SIC), con firma de recibido por Cristian Hernando Pardo.

f) A **folio 53** obra certificación expedida el 16 de julio de 2010, por la empresa Apoyo Logístico en Mensajería Ltda. A.L.M, que da cuenta que realizó el envío amparado

con la guía **710270**, «*PROCESO 2010-0177 AVISO Y DEMANDA AUTOADMISORIO*» (SIC) dirigido a la doctora Pardo Bohórquez, a la dirección «*CL 19 # 13 A-15 (HOY CL 119 11D-15)*» que fue recibido en fecha «*2010-07-15*» por Cristian Hernando Pardo.

g) A **folio 54** aparece copia cotejada del aviso de notificación de fecha «*15 de julio de 2010*», dirigido a la Cecilia Pardo Bohórquez a la «*Calle 19 No. 13 A-15 (hoy calle 119 No. 11 D-15)*» ciudad «*Bogotá*», contentivo de la información que impone el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, con sello de copia cotejada de fecha «*15 JUL. 2010*», firmada por el secretario del despacho, junto con copias del auto admisorio y la demanda también debidamente cotejadas por la empresa de mensajería Apoyo Logístico en mensajería Ltda. A.L.M. (fls. 55-62 Cd 1).

9. Según lo reseñado, no es predicable la existencia del vicio invalidante alegado por los recurrentes, como quiera que si bien es cierto resulta indiscutible que las comunicaciones que se remitieron al amparo de los artículos 315 y 320 del Código de Procedimiento Civil contienen como lugar de destino la **calle 19 #13 A-15**, no lo es menos que para todos los efectos -desde el libelo inicial- se puso de presente que el predio tuvo una variación en su nomenclatura para ahora corresponder a la **Calle 119 #11D-15**, que quedó también registrada en las comunicaciones correspondientes y en las guías de correo que dan cuenta del envío de aquellas.

No se discute que en la certificación expedida como soporte de la remisión del citatorio de notificación (315, fls. 37 y 40), únicamente se da cuenta de la «CLLE 19 N. 13 a-15», sin aludir a la nueva nomenclatura. Empero, hay que tener en consideración que el acto de notificación que se surte a través de la empresa de mensajería es un acto complejo, que comprende la remisión, el cotejo y la certificación, por lo que la documental que acredite su cumplimiento debe ser valorada en conjunto, para determinar la satisfacción de las exigencias de ley que permitieron tener por cumplido en debida forma el enteramiento de quien debe ser notificado.

10. En el asunto *sub examine*, justamente de esa valoración conjunta se desprende, que respecto del citatorio para notificar, la empresa de mensajería misma -en las certificaciones expedidas- refiere que corresponden a la gestión realizada con soporte en las guías **707851** y **707848**, las cuales como antes se anotó sí aluden a la nueva nomenclatura. Además, que lo remitido era el citatorio librado en el proceso 2010-0177. Aunado a que la copia cotejada, cuya finalidad es demostrar cuál fue el documento remitido, a quién, dónde y cuándo, también precisa que la dirección corresponde **hoy** a la Calle 119 N° 11D-15, los cuales contienen la información que acorde con el citado artículo 315 debe incluirse en dicha comunicación.

Por otra parte, ningún cuestionamiento merece el hecho de que las copias cotejadas de la citación para la diligencia de notificación no estuvieran suscritas por el secretario del juzgado, puesto que una de las razones

esenciales que motivaron la reforma introducida por la ley 794 de 2003 fue la de evitar que los procesos sufrieran demoras -justificadas o no- por el hecho de que los secretarios no realizaran las gestiones a su cargo para procurar la notificación de los llamados a juicios. Como se sabe, el legislador habilitó también al propio interesado para que en los casos en que el secretario no remitiera las comunicaciones, aquél pudiera válidamente suplir dicha omisión. Al punto que, previendo la posibilidad de que ambos hicieran la remisión se estableció que *«para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la primera que haya sido entregada»*.

Agréguese a lo dicho, que si la constancia que finalmente se emite para dar cuenta de la realización de estos actos de comunicación se entienden rendidos bajo la gravedad de juramento- Y, en ese orden, se presumen veraces, al dar cuenta que fueron recibidas en el lugar de destino y sobre todo atestar que la *«PERSONA O ENTIDAD A NOTIFICAR SI FUE NOTIFICADA EN ESTE LUGAR»*, correspondía a la parte que alega la indebida notificación allegar las pruebas que acrediten que, indiscutiblemente, las comunicaciones no fueron efectivamente entregadas en el lugar de su residencia.

Es necesario tener presente que para ese propósito no basta con manifestar que no las recibió personalmente, amén que el sistema está concebido de tal manera que sea quien sea el que reciba las comunicaciones o la relación que pudiera o no tener con el destinatario, si no se protesta

oportunamente, porque la persona no reside o labora allí, que generen su devolución, bastará la certificación que atestigüe la entrega para tener por cumplido el acto, de suerte que para que pueda predicarse que la notificación se surtió de manera irregular deberá quien lo alega demostrar que se desatendieron las precisas exigencias prevista para la especial forma utilizada para ello.

Dado que los demandados Jaime Orlando Ovalle Gaitán y Cecilia Pardo Bohórquez soportan su petición de nulidad en la falencia presentada al señalar la dirección del inmueble objeto del litigio en el cual residen, como quiera que en tales comunicaciones se señaló concurrentemente una dirección antigua del predio -aunque de forma errada- pero conjuntamente se indicó la nueva nomenclatura correctamente, es dable afirmar que pese a esa irregularidad no se configura la nulidad por indebida notificación soporte de la acusación, pues no se probó que con la información deficitaria se hubiera impedido la efectiva entrega de las mentadas comunicaciones en el domicilio de los demandados y, de suyo, que el acto de enteramiento no se verificó.

Es preciso reiterar que, como antes se dijo, en virtud de los principios de lealtad procesal y preclusión, todos aquellos motivos que considere la parte pueden viciar de nulidad un acto procesal, deben ser alegados en la primera oportunidad que se tenga, so pena de que se tenga por saneado, impidiendo que puedan reclamarse a posteriori.

En ese entendido, advierte la Corte que al momento de plantear la nulidad por indebida notificación ante el Tribunal Superior de Bogotá, los ahora recurrentes limitaron los cuestionamientos al hecho de que las comunicaciones fueron mal remitidas por causa de la deficitaria información ya examinada. Empero, ahora en la súplica extraordinaria pretenden adicionar como causa invalidante del acto el hecho de que en las copias cotejadas del citatorio de 315, si bien en la parte superior de indica que se remiten el **30 de abril de 2010** en el sello que impone la empresa de mensajería junto a la atestación de cotejo se puso **30 de abril de 2011**, lo cual resulta inadmisibles por constituir un hecho nuevo, que, de tener alguna incidencia en la validez del acto, debió plantearse oportunamente, lo que no se dio, de tal manera que de considerarse que esto podría generar nulidad se tendría por saneada.

No obstante, valga apuntar tal situación no conlleva tal nulidad, por cuanto, como se indicó líneas atrás, la gestión que realiza la empresa es compleja. Y la documental que lo acredita debe valorarse de forma conjunta. Precisamente, de esa valoración se extrae, que lo mencionado no corresponde más que a un *lapsus calami*, que en modo alguno afecta el cabal enteramiento del demandado, a quien como ya se advirtió les fue remitida el 30 de abril de 2010.

Por otro lado, tampoco es pertinente cuestionar la validez de la notificación, con el siguiente argumento: «*que el*

oficio de la notificación por aviso indica entre paréntesis el artículo 320 del C. P. C, sin embargo dicho documento de fecha mayo 28 de 2010¹, no cumple tales exigencias, ya que aparece en la constancia de envió una modificación en el nombre del destinatario, el cual es distinto al de la primer constancia del envió del citatorio anterior, ya que se le adiciona en la guía del folio 41, al principio la palabra "DOCTOR", y al final se le adiciona GAITÁN, que antes no la tenía el envió anterior del folio 41, tergiversándose así el claro contenido de la norma procesal citada que regula especialmente dicha materia». Amen que ello en modo alguno tiene la virtualidad de incidir en la identificación del destinatario del acto de enteramiento.

Pero es más, la señora Cecilia Pardo Bohórquez carece por completo de legitimación para cuestionar este puntual aspecto², puesto que ha sido reiterativa la Corte al señalar que la indebida notificación sólo puede alegarla la parte que no fue cabalmente vinculada al pleito, lo que lleva aparejado que cualquier motivo que hubiera concurrido para afectar el enteramiento de Jaime Orlando Ovalle Gaitán únicamente podía ser alegado por él, como ciertamente lo hizo.

11. A manera de compendio se tiene, entonces, que de la revisión de la actuación se puede colegir que el trámite para surtir la notificación de los señores Jaime Orlando Ovalle Gaitán y Cecilia Pardo Bohórquez, se llevó a cabo conforme las precisas directrices de los artículo 315 a 320 del Código de Procedimiento Civil, en la dirección señalada por el demandante en el libelo inicial, correspondiente al predio a reivindicar del cual se acreditó que ha tenido

¹ Este documento corresponde al memorial con el cual el apoderado de los demandantes allega al proceso los documentos referidos al acto de notificación.

² Ver su escrito de demanda folio 125.

variación en su nomenclatura y en la cual no se desvirtuó que residen los demandados, siendo recibidas dichas comunicaciones por quienes dijeron llamarse María Camila Pardo y Cristian Hernando Pardo (fls. 38-42), cuya veracidad se presume. En una palabra, en tales condiciones le corresponde a los demandados atacarlas, a través de los medios ordinarios de defensa, lo que no se dio.

No puede olvidarse que compete a quien alega la nulidad por falta de notificación infirmar o desvirtuar su real conocimiento de la existencia del proceso, acreditando los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellos persiguen, según el imperativo contenido en el artículo 177 ídem, por lo que acorde con lo reseñado en precedencia resultaba inadmisibile el pedimento anulatorio.

Finalmente, resulta pertinente puntualizar que, aun cuando la parte actora tenga conocimiento de más de un lugar en donde los demandados puedan recibir notificaciones –domicilio, residencia o trabajo-, al surtir la diligencia en uno de ellos con resultados positivos no resulta perentorio acudir a otras con la misma finalidad, pues agotadas cabalmente las previsiones de los artículos 315 y 320 se tiene como válidamente surtida la notificación, y por esa vía debidamente trabada la relación jurídico procesal. Caso contrario, cuando se tenga ese conocimiento de varios lugares y en uno resulte fallido el ejercicio, resultará perentorio intentar la notificación en todos los que resulten necesarios, en procura de lograr ese cometido.

Dado que en el *sub-judice* el acto notificadorio se surtió en la dirección denunciada en la demanda, correspondiente al predio que poseen los convocados, devenía inane que el demandante pudiera o no conocer la existencia de otros lugares en los cuales estos pudieran igualmente ser enterados.

12. En definitiva, el cargo no prospera.

CARGO TERCERO

Amparados en la causal primera de casación del artículo 368 del Código de procedimiento acusan la sentencia de violar de manera indirecta, por error de derecho «los artículos 6, 1594, 1595, 1596, 1600 y 1757 del Código Civil por aplicación indebida y los artículos 4, 5, 6, 183, 187, 235 inciso segundo, tercero y cuarto, 236 numeral primero y 237 numeral segundo y 265 del Código de Procedimiento Civil por falta de aplicación», derivado de «la apreciación de la prueba pericial al acoger, apoyar y fundamentar su fallo de mérito en la parte motiva con una experticia del perito que a todas luces es invalida, nula e ineficaz y que de manera inapropiada, desatinada y erróneamente la hizo incidir directa y simultáneamente en numeral Cuarto de la parte resolutive de la misma sentencia».

Indican que «[S]e violó sin ninguna justificación legal, ni procesal el artículo 187 del C. De P. C, que obliga al juez apreciar las pruebas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana critica, sin

perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos».

Aluden, en esencia, que la vulneración se da cuando el Tribunal decide tasar los frutos civiles «teniendo en cuenta la experticia que sobre el particular elaboró Misael Robayo Valbuena (perito evaluador)». Probanza que considera «a todas luces es inválida, nula e ineficaz y que de manera inapropiada, desatinada y erróneamente la hizo incidir directa y simultáneamente en numeral Cuarto de la parte resolutive de la misma sentencia», puesto que el acta de posesión del auxiliar no aparece suscrita por el juez, por lo que dicha probanza es nula de pleno derecho al haberse inobservado las exigencias de ley.

CONSIDERACIONES

1. Ha sido reiterativa esta Corte al señalar que la violación de la ley sustancial por vía indirecta siempre implica inconformidad con la labor investigativa del *ad quem* en el campo probatorio y ocurre por una equivocada aplicación del derecho sustancial o su no aplicación, por deficiencias en el ámbito de la prueba.

2. Cuando se ataque una sentencia por violación indirecta de norma sustancial -sea por error de hecho o de derecho- se impone al recurrente la carga de señalar las normas de derecho sustancial que constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente, haya sido violada, sin que satisfaga tal

exigencia la referencia indiscriminada de cualquier disposición de esa estirpe.

Esto es así, por cuanto si bien el legislador para la flexibilidad del recurso extraordinario eliminó la exigencia de establecer la *“proposición jurídica completa”*, ello no conlleva que se pueda hacer una citación indiscriminada o generalizada de disposiciones, sino que las que se aduzcan trasgredidas correspondan a las llamadas a definir el pleito, o que habiendo sido soporte de la decisión resultaron indebidamente aplicadas o interpretadas, pues es al estudio de estas precisas disposiciones a los que se debe ceñir el estudio de la Corte para establecer la concurrencia o no del error endilgado.

A ese efecto además, se debe tomar en consideración que tienen el carácter de norma sustancial aquellas que *“...en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación...”*, de manera que no son de esa naturaleza aquellas que se *«limitan a definir fenómenos jurídicos o a descubrir los elementos de éstos o a hacer enumeraciones o enunciaciones, como tampoco las tienen las disposiciones ordenativas o reguladoras de la actividad in procedendo»*. (CSJ AC, 5 may. 2000).

3. Para lo que interesa al presente caso, la violación indirecta por error de derecho presupone, *«como es apenas natural entender, que el sentenciador no se equivocó al constatar la existencia material de los medios en el proceso, tampoco al fijar su contenido objetivo. De ahí, el recurrente, al estructurar el error de*

derecho, debe hacerlo sobre la base de aceptar tales tópicos, esto es, que la prueba, al decir de la Corte, "(...) fue exacta y objetivamente apreciada pero que, al valorarla, el juzgador infringió las normas legales que reglamentan tanto su producción como su eficacia (...)"» (CSJ SC de 24 de mayo de 2017, Exp. 2006-00234, reiterado AC5530-2018 de 19 de dic. de 2018, rad. 2008-00369-01).

En otras palabras, cuando se acusa la sentencia por incursión en error de derecho no se cuestiona la valoración que el Tribunal hace del material probatorio desde el aspecto subjetivo, sino que confuta el valor que se le confiere a determinado medio para soportar su determinación, por vicios relacionados con la forma de aducción, incorporación o idoneidad de la prueba, el cual en todo caso requiere ser trascendente, de suerte que de no haberse presentado otra hubiera sido en sentido de la decisión.

4. En el *sub examine*, los demandantes incoaron acción reivindicatoria con el propósito de recuperar la posesión del bien de su propiedad, en poder de los convocados, el cual les fue entregado por el señor Carlos Roberto Mancera (debido a un negocio jurídico celebrado previamente entre estos).

En la sentencia impugnada el Colegiado *ad quem* desechó la súplica reivindicatoria respecto del mentado Mancera Mancera, debido a que frente a él la posesión ejercida por los demandados derivaba del vínculo negocial,

lo que hacía impróspera la pretensión dominical. Empero de la valoración del mentado acuerdo de voluntades coligió que el mismo adolecía de nulidad absoluta, por lo que procedió a su decreto oficio con las consecuenciales restituciones mutuas.

Adicionalmente el juzgador, al establecer que la señora Martha Isabel Trujillo no participó en aquella negociación y, por tanto, tenía plena legitimación para reclamar la reivindicación, accedió a su pretensión.

5. En el cargo que se examina se adujeron como quebrantados los artículos 1594, 1595, 1596 y 1600 del Código Civil, los cuales regulan lo relacionado con las obligaciones con cláusula penal, referido el primero a la potestad y oportunidad del acreedor para reclamar la pena. El segundo, al momento a partir de cuándo ésta se debe. El tercero, el derecho a su rebaja. Y el cuarto, a la alternatividad entre la pena y la indemnización de perjuicios.

Es claro que las referidas disposiciones, en modo alguno tienen relación con el tema objeto del litigio, o fueron aplicadas por el juzgador de segundo grado para fundamentar su decisión, de manera que, pese al carácter sustancial que estas puedan tener, no estaban llamadas a gobernar el asunto o fueron indebidamente aplicadas, por lo que su citación en el cargo no satisface la exigencia técnica establecida para cuando se acusa la sentencia con soporte en la causal primera de casación, sin que la enunciación de

los artículos «1757 del Código Civil por aplicación indebida y los artículos 4, 5, 6, 183, 187, 235 inciso segundo, tercero y cuarto, 236 numeral primero y 237 numeral segundo del Código de Procedimiento Civil» de carácter procesal y probatorio supla dicha deficiencia, pues la indicación de éstas últimas constituye requisito adicional imperativo cuando se confuta por error de derecho, lo que sería suficiente para desechar la acusación.

Pero aun pasando por alto lo anterior, la acusación planteada tampoco estaría llamada a la prosperidad por las razones que sucintamente se van a exponer.

6. La censura está enfocada a la valoración que se hiciera por parte del tribunal del dictamen pericial rendido por el señor Misael Robayo Valbuena, auxiliar de la justicia designado por el Juzgado de instancia, a efecto de «*rendir su experticio en punto de los ordinales d) y e) del acápite de pruebas solicitadas en la demanda*» (fl 66 Cd 1), los cuales referían al «*monto de los frutos civiles devengados por el inmueble cuya restitución se persigue con la demanda, durante el tiempo transcurrido entre el 2 de septiembre de 1991 y la fecha en que se produzca la respectiva pericia*» y la «*identificación del inmueble reclamado en la demanda con aquel que estén poseyendo los demandados, si es que a tal necesidad se llega dentro del proceso*» (fl. 28 Cd 1).

Como quiera que los demandados no se apersonaron del proceso, el objeto de la mentada probanza quedó restringido a esos específicos puntos.

Con soporte en la relatada experticia, en la sentencia impugnada, el juzgador *ad quem* procedió a tasar el monto de los frutos civiles a que había lugar a modo de restituciones mutuas derivadas. En efecto, el Colegiado *ad quem* encontró que se debían \$71.706.687, por tal concepto, desde la notificación de la demanda.

7. El reproche que sirve de báculo a la censura es que el acta que contiene la posesión del auxiliar de la justicia no está suscrita por el juez, por lo que consideran los recurrentes la prueba pericial ya referida es nula de pleno derecho, al ser obtenida con violación al debido proceso, por desatender las exigencias de ley.

Pese a que resulta irrefutable que el acta de posesión del perito Misael Robayo Valbuena, que milita a folio 71 del cuaderno 1, únicamente tiene la firma del auxiliar, no así la del juez que presidió esa diligencia, ello no constituye vicio capaz de invalidar la prueba, habida cuenta que, a más que dicha acta permite tener por acreditado que el auxiliar designado fue el que tomó posesión, el dictamen que este finalmente rindió (fls. 72-96) fue sometido a la debida contradicción de las partes, mediante auto de 8 de marzo de 2011 (fl.97 Cd 1), sin que contra el mismo se formulara reparo alguno.

8. Es preciso memorar que el acto de posesión de los peritos tiene finalidades específicas, como son de un lado permitir que en la mentada diligencia las partes puedan recusar al auxiliar, delimitar el término en el cual estas

podrán solicitar que el dictamen se extienda a otros puntos relacionados con las cuestiones sobre las cuales se decretó, y que el juez fije el plazo de que dispone el auxiliar para cumplir su encargo.

Y por otro, que el designado declare sobre la ausencia de impedimento e idoneidad para cumplir el encargo, solicitar ampliación del término o fijación de viáticos y gastos para atender su cometido, en este último evento de accederse a ello conceder a la parte que solicitó la prueba un término para que los pague, so pena de que se tenga por desistida la prueba, a menos que la parte contraria provea lo necesario (art. 236 C.P.C.). Todo esto pone en evidencia que dicha diligencia está contemplada con claros propósitos preclusivos, pues demarca la oportunidad para el ejercicio de los actos ya mencionados y fijar el término en que el auxiliar está compelido a ejecutar su función.

9. Mírese que, por demás, el acto de posesión del experto, más allá del alcance ya mencionado, no deviene como una exigencia esencial para la validez de la prueba pericial, habida cuenta que no siempre constituye una etapa previa para la presentación de la pericia. En efecto, el legislador mismo ha habilitado la posibilidad de que las partes puedan aportar experticias en las oportunidades para pedir pruebas, evento este en que no hay lugar a posesión alguna, sino a la sola contradicción del trabajo allegado, según el artículo 236 del Código de Procedimiento Civil con la modificación que introdujo el artículo 116 de la ley 1395 de 2010.

10. No se discute que la práctica de pruebas está sometida a unos requisitos precisos para su petición, decreto y práctica, siendo elemento importante de este último lo referido a la suscripción de las actas que las contienen, la adecuada identificación de los intervinientes y de ser necesario la comprobación acerca de las calidades para el cumplimiento del encargo, pues los mismos son imperativas para garantizar su pertinencia, conducencia y utilidad. Sin embargo, esa suscripción no deviene imperativa frente al juez con repercusiones invalidantes, sino de quienes concurren a ella como testigos, peritos u otros auxiliares, amén que con ello avalan el contenido de la declaración o asienten que tienen las calidades que se requieren para el desempeño del cargo. En una palabra, es la signatura de estos y no la de aquél la que puede tener la virtualidad de afectar su validez.

11. En ese orden de ideas, aun cuando es deber de los funcionarios judiciales autorizar con su firma todos los actos que presencien en ejercicio de sus funciones, según el artículo 103 del Código de Procedimiento Civil, su omisión no impone el afincamiento de una nulidad.

En efecto, mal puede afirmarse que la falta de firma del funcionario judicial del acta contentiva de la diligencia de posesión de los auxiliares de la justicia, particularmente de peritos, traiga aparejado que la prueba pericial resulte nula de pleno derecho.

12. En relación con el alcance de la nulidad de pleno derecho de que trata el artículo 29 de la Carta Política, esta Corporación ha manifestado lo siguiente:

4.4. La legislación colombiana, en los últimos lustros, no ha sido ajena a esta problemática, en términos generales, referida a la denominada 'exclusión de la prueba'. Por eso, no es fortuito que el artículo 29 de la Carta Magna categóricamente fulmine con la nulidad –de pleno derecho- a “la prueba obtenida con violación del debido proceso”, mandato que, huelga destacarlo de antemano, tiene plena cabida en todos los procedimientos, valga precisar, en el civil, en el laboral, en el penal y en el administrativo, entre otros, así en el primero y específicamente en el tercero de los mencionados ámbitos haya tenido mayor expansión, aplicación y análisis. Es que a voces del mismo precepto, el debido proceso, en sí mismo, “se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas”.

Ahora bien, en cuanto concierne a la indicada nulidad, necesario es precisar, que a más de reflejar en la estructura constitucional del debido proceso ese carácter restringido -o si se prefiere sometido a puntuales límites- del derecho a la prueba, como se expresó en precedencia, corresponde a la citada regla de 'exclusión de las pruebas', cuya operancia tiene lugar cuando un medio demostrativo ha sido producido con violación de los derechos fundamentales y de los requisitos esenciales fijados en la ley, y que, por la forma en que está concebida, auscultadas las diversas tendencias que a nivel internacional existen en la materia, esto es, básicamente la anglosajona –Estados Unidos de América, Canadá, Australia y Gran Bretaña-, la germánica –Alemania y Suiza- y la romana –Francia e Italia-, se evidencia una mayor proximidad del sistema colombiano a la última de ellas, caracterizada por someter las pruebas indebidamente obtenidas a un régimen sancionatorio de nulidades, todo sin perjuicio de la incardinación específica de algunos postulados pertenecientes a la corriente germánica, enderezados a posibilitar, in casu y de modo excepcional, la ponderación judicial, como se reseñará más adelante.

Al respecto, la Corte Constitucional, luego de analizar los antecedentes históricos de la citada norma de la Carta, apuntó que: “La consagración de un debido proceso constitucional impide al funcionario judicial darle efecto jurídico alguno a las pruebas que se hayan obtenido desconociendo las garantías básicas de toda persona dentro de un Estado Social de derecho, en especial aquellas

declaraciones producto de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así entendida, la expresión debido proceso no comprende exclusivamente las garantías enunciadas en el artículo 29 de la Constitución sino todos los derechos constitucionales fundamentales ...es claro que en el origen de la norma el constituyente buscó impedir que una prueba específica ('la prueba') resultado directo e inmediato ('obtenida') de un acto violatorio de los derechos básicos, fuera valorada en un proceso judicial" (Sentencia SU 159/02 de 6 de marzo de 2002).

4.5. Propio es entonces manifestar que cuando injustificadamente un medio demostrativo desconoce en forma abierta los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política o en las normas legales básicas de los distintos regímenes probatorios, en principio, califica como prueba ilícita –o si se prefiere como una concreta modalidad de las apellidadas 'prohibiciones probatorias'- y, por lo mismo, se hace acreedora de la sanción de nulidad de pleno derecho establecida en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, entre otras tipologías. Y se dice en principio, porque incluso en los aludidos sistemas anglosajón y romano, que propugnan y se inclinan por la aplicación férrea de la referida regla de exclusión probatoria, destacados sectores de la doctrina y la jurisprudencia, influenciados por la enunciada directriz de origen germánico, han autorizado puntuales excepciones a la misma, apoyados en el criterio de la 'proporcionalidad', responsable de la floración de las tildadas 'válvulas de escape', ya mencionadas tangencialmente.

4.6. Elocuente ejemplo de lo anotado es precisamente el desarrollo experimentado por el tema en cuestión en el derecho colombiano, como quiera que la jurisprudencia emanada de la H. Sala de Casación Penal de esta Corporación, en ciertos y específicos casos, caracterizados por una evidente tensión reinante entre el derecho fundamental vulnerado con la obtención de la prueba (igualdad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, intimidad, etc.) y aquel o aquellos en que la apreciación del elemento de juicio permitiría salvaguardar (la vida, la integridad personal, la defensa, la moralidad y seguridad públicas, etc.), ha habilitado y, por ende, posibilitado la valoración de concretos medios probatorios que, por su etiología y ulterior materialización, algunos formalmente pudieren calificar de ilícitos. En otros términos, como lo pone de presente Luis Muñoz Sabaté, "En estos casos y en otros muchos, se presenta al juzgador un acuciante dilema al tener que decidir entre verdad y

*seguridad jurídica*³, dificultad que se palpa, por vía de referencia, en punto tocante con las grabaciones telefónicas subrepticias o sin autorización –interceptación, audición, registro o aprehensión no tolerada de las comunicaciones». (CSJ SC-076-2007 de 29 de jun. de 2007, Rad. 2000-00751-01).

Deviene de lo anotado que no será cualquier irregularidad la que tenga la capacidad de viciar de nulidad una prueba judicial que obligue al juzgador a apartarse por completo de ella para definir en asunto puesto a su consideración, sino aquellas que trasgredan ostensiblemente garantías fundamentales.

13. En una palabra, pese a que el juzgador, indiscutiblemente no firmó el acta de posesión del auxiliar de la justicia designado -señor Misael Robayo-, aquella omisión no constituye una violación del procedimiento que invalide la prueba.

14. Con lo indicado, el cargo no prospera.

15. Vista la improsperidad de las censuras planteadas por los recurrentes es de rigor imponerles el pago de las costas por el trámite de la impugnación extraordinaria, como en efecto se dispondrá.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en

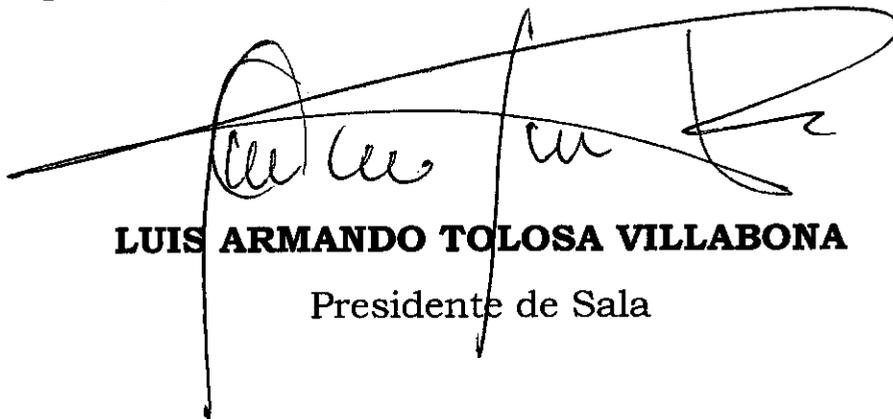
³ Luis Muñoz Sabaté. *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Temis, Bogotá, 1997, pág. 60.

nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 4 de julio de 2012, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso declarativo que promovieron **Carlos Alberto Mancera Mancera y Martha Isabel Trujillo de Mancera** contra **Jaime Orlando Ovalle Gaitán y Cecilia pardo Bohórquez**.

Costas a cargo de la parte recurrente. Atendiendo que la parte actora hizo presencia en este trámite, dando respuesta al recurso, se fija por concepto de agencias en derecho la suma de \$3.000. 000.oo.

Cumplido lo anterior, devuélvase la actuación surtida al Tribunal de origen.

Notifíquese y devuélvase



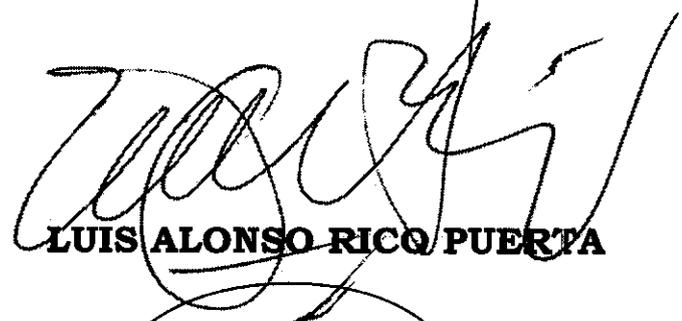
LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Presidente de Sala



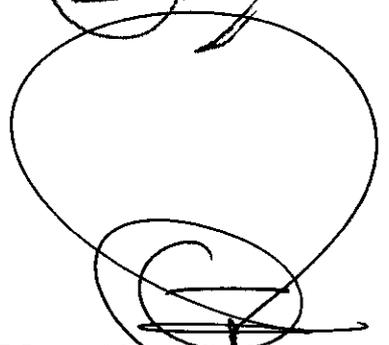
ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



FRANCISCO TERNERA BARRIOS