



Corte Suprema de Justicia

573

000001

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA**Magistrado ponente : PEDRO LAFONT PIANETTA****Santafé de Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998)****Referencia : Expediente No. 5141**

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali -Sala de Familia-, el 28 de abril de 1994 en el proceso ordinario de FABIO DUQUE GALINDO contra ROSALBA ERDELLAN DE DUQUE.

**I - ANTECEDENTES**

1.- Con escrito presentado el 10 de julio de 1991 (folios 22 al 27 C-1) ante el Juzgado de Familia de la ciudad de Cali, el ciudadano FABIO ARTURO DUQUE GALINDO entabló demanda por la vía ordinaria contra ROSALBA ERDELLAN DE DUQUE, su cónyuge, para que en la sentencia que ponga fin al proceso se hagan las siguientes declaraciones:

Primera.- Que pertenece al demandante en dominio pleno la finca rural denominada "Duquelandia", ubicada en



el corregimiento de la Buitrera, jurisdicción del municipio de Cali, con cabida superficial de 17 hectáreas y 2.800 mts, inmueble que corresponde a la matrícula inmobiliaria No.370-0013344 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Cali, cuyos linderos en el escrito de demanda se precisan.

Segunda.- Declárese (sic) como consecuencia de la ineficacia de la adjudicación de los derechos de dominio sobre el inmueble, que se hizo en la liquidación de la sociedad conyugal de las partes aquí en conflicto.

Tercera.- Que se ordene la cancelación del registro de adjudicación y la sentencia aprobatoria de los derechos de dominio adjudicados a la demandada Rosalba Erdellán de Duque.

Cuarta.- Que se inscriba la sentencia en el folio respectivo.

2.- Como hechos fundamentales de sus pretensiones expuso el actor los que enseguida se puntualizan:

2.1.- El día 4 de septiembre de 1971 Fabio Duque Galindo y Rosalba Erdellán de Duque se unieron en matrimonio por el rito católico y estando vigente la sociedad conyugal por ellos formada, falleció el día 2 de septiembre de 1976 el padre del esposo, señor Arturo Duque Giraldo.



2.2.- El Juzgado Quinto Civil del circuito reconoció como herederos del causante a sus hijos, y entre éstos a Fabio Duque Galindo, a quien se le adjudicaron a título de herencia 121.509 acciones de un peso (\$1,00) cada una y 72 céntimos de acción, más utilidades por recibir, reservas y superávit en la misma, todo ello en la sociedad "Confites Catalina Arturo Duque y Cia. Ltda". A estas fechas, es decir, las del acto legal de partición y la sentencia aprobatoria de la misma, las utilidades por recibir, las reservas y superávit que se le adjudicaron a Duque Galindo ascendían a la suma de \$150.120,00 Mcte.

2.3.- Que tanto las 121.509 y 72 centésimas de acción, y los \$151.120,00 que se adjudicaron al actor a título de herencia el 25 de septiembre de 1979, se encontraban en poder de la sociedad "Confites Catalina Arturo Duque y Cia. Ltda. dineros y acciones que son bienes propios del demandante por haberlos adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal como herencia de su padre Arturo Duque Giraldo.

2.4.- Los valores anteriores los destinó a subrogarlos por la finca "Duquelandia", inmueble adquirido mediante escritura pública No. 5332 otorgada en la Notaría Séptima de Cali el 25 de septiembre de 1979, la que fue registrada en la matrícula inmobiliaria No. 370-0013344 en la oficina de Registro de la ciudad de Cali; finca ésta que es la misma mencionada en la pretensión primera de la demanda.



2.5.- Que la subrogación aludida consta en las cláusulas cuarta y sexta de la citada escritura No. 5332 en la que se expresa el ánimo de subrogar y la inversión de los valores con dicho fin.

2.6.- Que pese a lo anterior en el proceso de liquidación de la sociedad que adelantó Rosalba Erdellán de Duque contra el demandante, se incluyó la mencionada finca en la diligencia de inventarios y avalúos, decisión que tomó el Tribunal en razón de que no se allegó al proceso la copia del juicio de sucesión del padre del actor.

2.7.- Dicho bien inmueble le fue adjudicado a la cónyuge en comunidad con el actor en proporción del 50% para cada uno, mediante sentencia del 13 de febrero de 1990, título de copropiedad que se encuentra aún vigente.

2.8.- Que la demandada Rosalba Erdellán de Duque, no puede adquirir el derecho de copropiedad que se le adjudicó en el inmueble referido, porque es un bien propio del demandante como efecto de la subrogación que se cumplió con las formalidades de ley, subrogación que era plenamente conocida y aceptada por aquella y así consta en la demanda de liquidación de la sociedad conyugal que ella propuso, así como también en el interrogatorio de parte que absolvió en el citado proceso.



3.- Admitida la demanda y creado el lazo de instancia, respondió mediante apoderado el libelo la demandada (folios 40 a 47, C-1) oponiéndose a las pretensiones de su demandante y en cuanto a los hechos aceptó unos y negó otros, especialmente rechazó los relacionados con la existencia de la subrogación alegada, y propuso como excepciones de fondo las que tituló "carencia del derecho invocado" y la "genérica o innominada".

4.- Surtido en debida forma el procedimiento propio de la primera instancia, a ella le puso fin el juzgado del conocimiento mediante sentencia del 17 de septiembre de 1993, por virtud de la cual declaró probada la excepción de mérito de "carencia del derecho invocado" y como consecuencia de ello absolvió a la demandada de los cargos formulados en su contra, negando por ende las súplicas del actor; ordenó el levantamiento de las medidas cautelares y condenó en costas del proceso a la parte vencida.

5.- Inconforme el demandante con la decisión anterior, apeló oportunamente la sentencia ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el que, en su Sala de Familia, mediante providencia del 28 de abril de 1994 confirmó el fallo de primer grado, contra el cual interpuso el actor el recurso extraordinario de casación, razón por la que han subido las diligencias a esta Corporación.



## II LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de hacer el usual recuento del proceso, el ad-quem aborda el estudio del asunto señalando que el juzgado para llegar a la decisión de absolver a la parte demandada partió de la premisa de que en el contrato de compraventa que se consideró en la escritura pública No. 5332 del 25 de septiembre de 1979 otorgada en la Notaría Segunda de Cali, por la cual la sociedad "Confites Catalina Arturo Duque y Cia. Ltda." da en venta a Fabio Duque Galindo la finca "Duquelandia", no se operó el fenómeno de la subrogación, que permita afirmar que fue adquirida con valores propios del comprador, teniéndose entonces como bien perteneciente a la sociedad conyugal de éste con Rosalba Erdellán de Duque.

Precisa que el predio "Duquelandia" fué adquirido en vigencia de la sociedad conyugal formada a raíz del matrimonio que se celebró el 4 de noviembre de 1971 y liquidada ante el Juzgado 5o. Civil del Circuito de la ciudad de Cali con sentencia del 13 de febrero de 1990, según la cual a cada uno de los consortes le correspondió la mitad del inmueble.

La acción dice, la apoya el actor en que el precio de la compraventa se pagó con dineros propios de éste, recibidos de la herencia de su padre Arturo Duque Giraldo, valores destinados a subrogarlos según las cláusulas cuarta y sexta de la



mencionada escritura, cuyos textos transcribe así: "Cuarto.- Que hace la venta del mencionado inmueble (es decir la sociedad vendedora) por la cantidad de ciento cincuenta mil pesos moneda corriente (\$150.000,00) que la representante de la sociedad vendedora declara haber recibido a entera satisfacción de manos del comprador con dineros provenientes de su herencia". Sexto....(dice el notario) presente el comprador Fabio Duque Galindo, mayor de edad y vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No.14'980.801 expedida en Cali y libreta militar No.027601 del D.M. No.16, de estado civil casado, capaz para contratar y obligarse, de todo lo cual doy fe, expuso: Que acepta la presente escritura y el contrato de compraventa que ella contiene a su favor por estar de acuerdo a lo pactado y que paga el precio de la compraventa como se dijo antes con dineros provenientes de su herencia".

Precisa seguidamente el tribunal que siendo la subrogación el cambio de una propiedad por otra, para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de uno de los cónyuges "es necesario que el segundo se haya permutado por el primero, o que, vendido el segundo durante el matrimonio, se haya comprado con su precio el primero; y que en la escritura de permuta o en las escrituras de venta y compra se exprese el ánimo de subrogar".

Después de hacer referencia doctrinal respecto a las modalidades de subrogación y los requisitos para ello contenidos



en el artículo 1783 del Código Civil, dice el tribunal que en este caso en las cláusulas transcritas no se expresó el ánimo de subrogar, ni menos que la finca comprada quedaba de propiedad exclusiva del comprador, y que aún prescindiendo del empleo de términos especiales, no se deduce dicho ánimo con sola referencia de que la finca se adquiere con dineros provenientes de una herencia que no se identifica por su nombre y su monto, conclusión a la que llega el ad-quem por las siguientes razones: En las cláusulas referidas como ya se anotó, no se hace mención del ánimo de subrogar, ni tampoco que la finca quedaba de propiedad exclusiva del comprador, ausencia del ánimo de subrogar que se refuerza con las manifestaciones hechas en las escrituras públicas Nos.1382 del 15 de marzo de 1983, 6.070 y 6.071 del 10 de septiembre de 1984, 5.114 de julio de 1985 y 537 del 31 de enero de 1986, todas de la Notaría Segunda de Cali, en las que el demandante traspasa a título de venta sendos predios de menor extensión tomados de la finca "Duquelandia" y en todas ellas manifiesta que ésta fue adquirida por él en vigencia de la sociedad conyugal; que en la sucesión de Arturo Duque Giraldo se integra y paga la hijuela de Fabio Duque Galindo con 121.509 acciones de un peso cada una y 72 centésimos de acción y, por otro lado, se dice en el hecho sexto del libelo que para la época de presentación del trabajo de partición y su sentencia aprobatoria, las utilidades por recibir, reservas y superávit ascendían a la suma de \$150.000,00, lo que no aparece comprobado. Antes por el contrario, según la escritura 1252 del 28 de junio de 1978 los herederos enajenaron a la sociedad sus hijuelas, teniendo que aportar dineros para reajustar sus aportes.



Agrégase a lo anterior, continúa el ad-quem, que la escritura No.5332 en la que el actor dice comprar con recursos provenientes de la herencia, se otorgó mucho tiempo después de liquidada ésta (3 años), si es que las cláusulas cuarta y sexta de dicha escritura se refieren a la herencia de Arturo Duque Giraldo. Además tiene en cuenta también el tribunal que en la reunión extraordinaria de socios de la firma "Confites Catalina Arturo Duque y Cia. Ltda." efectuada el 25 de mayo de 1979, cuya acta de sesión forma parte de la escritura No.5332, se afirma la conveniencia de la venta de los bienes sociales, entre los que se cuenta la finca "Duquelandia", lo que contradice lo afirmado por María Stella Duque de Rodríguez quien sostuvo en su declaración que ella, como representante legal de la sociedad, cambió al actor la finca por las utilidades y el superávit de las acciones.

Concluye finalmente sus argumentaciones el tribunal, sosteniendo que ya se trate de subrogación de inmueble a inmueble o de inmueble a valores, esto último que es lo pretendido por el actor, no pueden suplirse las escrituras que requiere, con documentos privados en los que se haga constar el ánimo de subrogar y, menos probarse este ánimo con prueba testimonial.

### III - LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos lanza el recurrente contra la sentencia del tribunal, ambos con estribo en la causal primera de casación



prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los que se despachan conjuntamente.

### PRIMER CARGO

En este ataque se acusa la sentencia de violación indirecta de normas de derecho sustancial, por falta de aplicación del inciso 2o. del artículo 1789 del Código Civil y la excepción contemplada en el artículo 1797 ibidem, y aplicó indebidamente el numeral 5o. del artículo 1781 del mismo ordenamiento.

Expone el censor que la violación indirecta es el resultado del error manifiesto de hecho en la apreciación de las siguientes pruebas:

a) La escritura pública No.5332 del 25 de septiembre de 1979, otorgada en la notaría segunda de Cali, como quiera que en su cláusula 6a. dice el comprador "que paga el precio de la compraventa como se dijo antes con dineros provenientes de su herencia", constancia en la que no puede verse cosa distinta que el ánimo o voluntad del adquirente de reemplazar o subrogar el inmueble "Duquelandia" a los valores heredados, documento en el que igualmente la gerente afirma en la cláusula 4a. "haber recibido a entera satisfacción de manos del comprador con dineros provenientes de su herencia", manifestación que dice el casacionista, era necesaria pues en la negociación la sociedad no recibía efectivo que implicara un ingreso contable que justificara la



salida de su patrimonio del predio "Duquelandia".

b) Que cae el tribunal en rigorismo excesivo cuando exige que para que se entienda como subrogación, es preciso que se diga que "la finca comprada quedaba de propiedad exclusiva del comprador" y que se especifique el nombre y el monto de la herencia.

c) Que el tribunal pasó por alto el interrogatorio de parte rendido por Rosalba Erdellán de Duque, prueba en donde se evidencia la subrogación, como quiera que en una de las respuestas dijo que "esa finca nosotros la adquirimos con unos dineros que mi esposo Fabio Duque recibió de una herencia o (sic) de parte de su señor padre".

d) Que tampoco tuvo en cuenta el tribunal la partición realizada en el proceso sucesorio de Arturo Duque Giraldo que comprende tanto el interés social como las utilidades causadas hasta el momento de la muerte de Arturo Duque Giraldo a favor de Fabio Duque Galindo, corroboradas por la declaración de María Stella Duque Rodríguez y por la manifestación de la referida gerente en la escritura No. 5332.

Que con las anteriores pruebas se reúnen de manera clara los requisitos del inciso 2o. del artículo 1789 del Código Civil, así como el supuesto exceptivo de que habla el artículo 1797 parte final, del mismo código, normas a las que debió



darle aplicación el tribunal y tratándose de un bien legalmente subrogado, quedar excluido del haber social que consigna el numeral 5o. del artículo 1781 ibidem, el cual indebidamente el fallador aplicó en la litis.

### SEGUNDO CARGO

También con apoyo en la causal primera de casación, le endilga el recurrente a la sentencia del tribunal, violación en forma indirecta por falta de aplicación de los artículos 1789 inciso 2o. y parte final del artículo 1797 del Código Civil, así como la aplicación indebida del numeral 5o. del artículo 1781 del mismo código.

La violación aludida la predica como consecuencia de error de derecho (sic), transgrediendo así también el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que el material probatorio se apreciará conforme a la sana crítica y de manera conjunta.

Que el Tribunal no analizó en su conjunto las siguientes pruebas: la partición efectuada en la causa mortuoria de Arturo Duque Giraldo (folios 14 a 19 C-1); la escritura pública No.5332 del 25 de septiembre de 1979 de la Notaría 2a. de Cali (folios 20 a 21 C-1); la declaración rendida por María Stella Duque de Rodríguez el día 8 de marzo de 1993 (folios 5 a 7 vto. C-6); la escritura de liquidación de la sociedad "Confites Catalina Arturo



Duque y Cia. Ltda.", hoy "Arturo Duque y Cia. Ltda."; la demanda de separación de bienes que obra en folios 122 a 125 del cuaderno No.7.

Señala el impugnante que las pruebas aludidas al ser estudiadas en forma conjunta, dan la convicción de que el inmueble "Duquelandia" fue transferido por la sociedad "Arturo Duque y Cia. Ltda." a Fabio Duque en pago de las utilidades causadas y pendientes de cancelar a la muerte de su padre.

Precisa que si se relaciona la adjudicación hecha en la sucesión, con la liquidación de la sociedad, se encuentra que al liquidar la adjudicación a favor de Fabio Duque Galindo, se limitó al pago de su "cuota de capital y superávit" y que no aparecen pagándose utilidades o reservas. Lo que indica que estas utilidades se pagaron con anterioridad a la liquidación de la sociedad, hecho que es corroborado por el testimonio de la gerente de la firma y que coincide además con lo afirmado por la propia demandante en su declaración del 9 de septiembre de 1987 (folios 7 a 9) cuando afirma que la finca "Duquelandia" fue adquirida por su esposo con dineros recibidos en la sucesión de Arturo Duque, su padre.

Así es, concluye el recurrente que del estudio en conjunto de las pruebas aludidas, aparece de manera protuberante y clara que Fabio Duque Galindo adquirió la finca "Duquelandia" con las utilidades que se le adjudicaron como heredero de Arturo Duque que la sociedad "Confites Catalina Arturo Duque y Cia. Ltda." le



adeudaba, precisando el casacionista que a la afirmación de la junta de socios en el sentido de que es conveniente hacer la enajenación de activos, no puede dársele interpretación diferente a que las utilidades que no se habían pagado en efectivo, podían pagarse con la entrega de efectos inmobiliarios.

### CONSIDERACIONES

1.- Los recursos extraordinarios de casación que se formulan contra las sentencias que resuelven conflictos de orden económico matrimonial deben adecuar su impugnación a la técnica que exige lo que en ella se ha decidido.

1.1.- Ahora bien, en cuanto a dicho régimen económico matrimonial precisa la Corte si bien los cónyuges pueden controvertir los derechos que regula el mencionado régimen, no es menos cierto que deben hacerlo razonablemente dentro de los trámites previstos en la ley.

1.1.1.- Su procedencia radica en que como en el régimen de sociedad de gananciales suelen tener regulaciones diferentes los bienes, las deudas y las donaciones de carácter social y aquellos que tienen el carácter de propios, resulta explicable la eventualidad de que existan discrepancias y conflictos con relación a la existencia, calidad, extensión, valor y, en general, al tratamiento que puedan recibir. Por ello se prevén mecanismos extrajudiciales y judiciales para prevenirlos y remediarlos.



1.1.1.1.- Uno de esos mecanismos es la figura de la subrogación, que consiste en poner una persona o una cosa en la situación jurídica que otra persona o cosa ocupaba. La subrogación de consiguiente es personal o real; de la segunda y verificada dentro de la sociedad conyugal tiene dicho esta Corporación que su objeto es el de "evitar que a su patrimonio ingresen los inmuebles adquiridos por los cónyuges a título oneroso dentro del matrimonio o el precio de los bienes raíces propios de los consortes." (Casación de octubre 19/67- G.J.T.CXIX, Pag.266) y que se da de inmueble a inmueble, así como de inmueble a mueble. Fenómeno que se puede estructurar en la compraventa o la permuta de bienes raíces. Lo primero cuando el precio de la venta del inmueble propio de uno de los consortes se destina para la compra de otro. Lo segundo cuando uno de los esposos cambia un bien raíz suyo por otro o por un bien mueble. Sin embargo, dada su trascendencia el Código Civil lo sujeta al cumplimiento de determinados requisitos, tales como que en la escritura pública de permuta o en las de venta y de compra se haya expresado el ánimo de subrogar, esto es, que se haga constar en forma clara e inequívoca dicha intención, lo que implica que éste ánimo no puede deducirse por antecedentes; que exista proporcionalidad entre los valores del inmueble subrogante y de los bienes subrogados; que en el caso de subrogarse un inmueble a valores propios de uno de los cónyuges, además del ánimo de subrogar en la escritura de compra se deje constancia de que el precio se paga o ha de pagarse con los valores dichos, etc.



1.1.1.2.- Esta subrogación tiene por finalidad determinar voluntaria y anticipadamente la situación jurídica, en este evento de bien propio, del bien que se subroga (subrogante) a aquel que se ha dispuesto (el bien subrogado), siempre que reúna los requisitos antes mencionados; lo que, a su vez, sirve para prevenir conflictos posteriores sobre el particular. Luego, es una institución cuyos mayores efectos suelen establecerse realmente a la disolución de la sociedad conyugal.

1.1.2.- Ahora bien, a la disolución de esta última, las discrepancias sobre la existencia o no de una subrogación real, radica en si el bien ha adquirido la calidad de propio o quedó como social, lo que, implícita e inequívocamente denota una controversia sobre la propiedad exclusiva del cónyuge sobre dicho bien, o la pertenencia de éste al haber de la sociedad conyugal con, si fuere el caso, la recompensa pertinente.

1.1.2.1.- Por ello se le permite al cónyuge debatir este punto mediante incidente en el proceso de liquidación, tal como lo autorizan los numerales 5o. del artículo 626 del Código de Procedimiento Civil y 3º del artículo 600 del mismo código, según los cuales en el evento de existir desacuerdo, por medio de dicho trámite incidental deben resolverse previa o durante la diligencia de inventarios y avalúos las diferencias que surjan, entre otras, respecto a la situación jurídica de bien propio o social a efecto de ser excluido en la elaboración de dicho inventario. Igualmente puede

*Corte Suprema de Justicia*

el cónyuge controvertir este tópico nuevamente en las objeciones a la partición, habida cuenta de que siendo la sentencia aprobatoria de ésta o de la adjudicación la única providencia sustantiva del proceso, es allí donde, para efecto liquidatorio, se precisan los derechos de quienes en el juicio intervinieron y no en los autos intermedios, que aunque tengan la jerarquía de interlocutorios y se hallen ejecutoriados, no atan al fallador, dado que se trata de providencias que no hacen tránsito a cosa juzgada material. También si sobre el mismo punto el cónyuge ha objetado la partición acude a él la legitimación para apelar la decisión y si es del caso para recurrir en casación la sentencia aprobatoria de la partición.

1.1.2.2.- Sin embargo, como quiera que ordinariamente estas decisiones no hacen tránsito a cosa juzgada material, el Código Civil reconoce al tercero, esto es, a quien ha sido extraño al proceso liquidatorio o al cónyuge que ha sido parte en el mismo que ha fracasado incidentalmente con el reconocimiento de su derecho exclusivo en la actuación simplemente calificatoria de bienes, legitimación para controvertir en proceso ordinario, cuando las circunstancias así lo justifiquen (no repetitiva de la actuación incidental), la existencia de su dominio exclusivo frente a la sociedad conyugal, a fin de que, en debate plenario, se excluya su bien de este patrimonio (artículos 1832, 1388 y 765 del C.C.), y, si fuere el caso, se deje sin efecto la partición efectuada, mediante la exclusión del bien que no pertenecía a la masa social mencionada (arts. 1832, 1401 y 1008 C.C.). Dijo esta Corporación en sentencia del 16 de



mayo de 1990 sobre el tema en materia sucesoral, aplicable en lo pertinente a aquel proceso liquidatorio, lo siguiente: "En la actual legislación procesal se adopta un criterio semejante, aún cuando más amplio en relación a las partes del proceso de sucesión, porque, además de las formas tradicionales de exclusión arriba señaladas, incluyendo la de objeción al inventario y avalúo para pretender la exclusión de un bien indebidamente inventariado, el art. 605 del C. de P.C. le otorga una oportunidad adicional (después de haberse aprobado el inventario y avalúo) al cónyuge y a cualquiera de los herederos para solicitar la exclusión de bienes de la partición (y, desde luego del inventario) en el proceso de sucesión en que son partes de él, pero únicamente cuando se conviertan en "terceros" frente a la sucesión por "haber promovido proceso ordinario sobre la propiedad de bienes inventariados", que no es otra cosa que reclamar, como dice el artículo 1388, inc. 1o. del Código Civil, "un derecho exclusivo, y que en consecuencia no deban entrar a la masa partible" pero alegado por un interesado en la misma sucesión o sociedad conyugal partible".

1.2.- Ahora, de producirse una sentencia desestimatoria de una pretensión declarativa de dominio con exclusión de los bienes de la masa de gananciales e ineficacia de la partición, la censura por la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, también debe adecuarse a lo decidido. De allí que si aquella se funda en la apreciación probatorio, se hace necesario que se ajusten a su concepción, que, como lo ha dicho esta corporación se presenta el primero cuando el tribunal da por



demostrado un hecho sin que exista el medio probatorio que lo acredite o cuando por dejar de apreciar una prueba que obraba en los autos encontró establecido el hecho que aquella si probaba, constituyendo también errónea apreciación de hecho al dar a una prueba existente un significado contrario al de la evidencia de hecho que ella ostenta. El error de derecho, por el contrario, se refiere al desacierto en que incurre el fallador en la valoración de la prueba que existe en el proceso frente a su valoración legal, dándose en las siguientes hipótesis: cuando tiene en cuenta pruebas que se han aducido sin la observancia de los requisitos establecidos para su producción o se desechan, luego de considerarlas en su realidad objetiva, por estimar que tales requisitos no se cumplieron estando satisfechos; cuando se le da a un medio probatorio un valor que la ley no le reconoce para el caso o le niega el que si le otorga la ley siendo requerido para acreditar un hecho o acto jurídico o cuando da a éste por demostrado con prueba distinta a la pertinente o cuando exige para probar un hecho un medio que la ley no establece" (Sentencia 055 de febrero 25/88).

2.- Seguidamente analiza la Sala los cargos sometidos a su estudio.

2.1.- El fallo de segunda instancia ha sido impugnado con dos acusaciones.

2.1.1.- Previamente precisa la Corte que el fallo cuestionado confirma la denegatoria de una pretensión de exclusión



de un bien inmueble del haber de la sociedad conyugal formada por demandante y demandada con ocasión del matrimonio que los une, sociedad que fuera liquidada mediante sentencia proferida por el Juzgado 5o. Civil del Circuito de Cali, inmueble que arguye como propio el actor, basado en que por no haberse reunido los requisitos de la subrogación consistentes en que no se expresó en las cláusulas 4a. y 6a. de la escritura No.5332 del 25 de septiembre de 1979 el ánimo de subrogar, pues lo que allí se dice es que el comprador pagó con dineros provenientes de una herencia que no se especifica ni por su nombre ni por su monto, no alcanzó el accionante a demostrar que el bien fuera de su exclusivo patrimonio. Por ello se basó en que en las mencionadas cláusulas de la escritura No.5332, mediante la cual adquirió el actor el predio "Duquelandia", objeto de la pretensión de exclusión, que no expresa el ánimo de subrogar, tal ausencia no puede suplirse con documentos privados para hacer constar dicha intención y menos probarse con prueba testimonial.

2.1.2.- A su vez, el casacionista dice que el ad- quem violó los artículos 1789, inciso 2o., 1797 y el 1781 numeral 5o., a consecuencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas (primer cargo) y de derecho en la estimación probatoria (segundo cargo) que lo condujo a violar igualmente el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil.

2.2.- Siendo éstos los antecedentes pertinentes, la Corte encuentra que los cargos están llamados al fracaso.



2.2.1.- En efecto, en primer lugar resulta impertinente aducirle error de derecho al ad-quem cuando le ha negado valor probatorio a los testimonios presentados sobre el ánimo de subrogar, cuando es la misma ley la que se lo niega, cuando exige que sea en la misma escritura de compraventa (artículo 1789 del C.C.) en donde debe hacerse tal manifestación, lo que conlleva que no puede sustituirse por aquellas (art. 232 del C. de P.C.), dado que es la ley sustancial la que exige para que opere la subrogación que en la escritura de permuta o en las de compra y venta se exprese el ánimo de subrogar, luego solamente es la escritura la prueba eficaz para ello.

2.2.2.- En segundo término, si como lo reconoce el recurrente la escritura de venta y adquisición no contiene la expresión de dicho ánimo, mal puede haber cometido el tribunal error de hecho en la apreciación de su contenido. Por otra parte, tampoco incurre en error de hecho cuando en la apreciación de las escrituras posteriores de venta, porque si vio esa expresión del ánimo pasado de subrogar, lo que ocurrió es que eso no se hizo en la misma escritura, vale decir, en la No. 5332.

Además, la Corte no entra a estudiar los demás yerros probatorios que el recurrente le achaca al ad-quem sobre otros medios probatorios supuestamente demostrativos del ánimo de subrogar, puesto que si, como antes se dijo, éstos carecen de ese valor demostrativo cualquier eventual yerro sería inocuo e



intrascendente para vulneración de las normas sustanciales alegadas.

2.3.- De consiguiente, son imprósperos los cargos.

#### IV - DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley **NO CASA** la sentencia del 28 de abril de 1994, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali -Sala de Familia-, en el proceso ordinario promovido por FABIO DUQUE GALINDO contra ROSALBA ERDELLAN DE DUQUE.

Costas en el recurso de casación a cargo de la parte recurrente. Tásense en su oportunidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

**JORGE SANTOS BALLESTROS**



Corte Suprema de Justicia

000023

NICOLAS BECHARA SIMANCAS

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SHCLOSS

PEDRO LAFONT PIANETTA

JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

RAFAEL ROMERO SIERRA