REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

Primera Parte

SALA DE CASACION CIVIL

TOMO CXIX — Números 2285 y 2286
Bogotá, D. E., Colombia — Año 1967

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXIX

PRIMERA PARTE

SALA DE CASACION CIVIL

BOGOTA, D. E., — IMPRENTA NACIONAL — 1982

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

SALA PLENA

Doctores: EDUARDO FERNANDEZ BOTERO, **Presidente.**

EFREN OSEJO PEÑA, Vicepresidente.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Doctores: GUSTAVO FAJARDO PINZON, **Presidente.**

Ricardo Ramírez, Secretario.

MAGISTRADOS:

Doctores: **Flavio Cabrera Dussán.**

Aníbal Cardoso Gaitán, hasta septiembre 21.

Gustavo Fajardo Pinzón.

Ignacio Gómez Posse.

Fernando Hinestrosa Forero, desde septiembre 22.

Enrique López de la Pava.

Guillermo Ospina Fernández, desde septiembre 22.

Arturo C. Posada, hasta septiembre 21.

SALA DE CASACION LABORAL

Doctores: VICTOR G. RICARDO, **Presidente,** hasta septiembre 17.

RAMIRO ARAUJO GRAU, **Presidente,** desde septiembre 18.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

MAGISTRADOS:

Doctores: **José Enrique Arboleda Valencia,** desde septiembre 29.

Ramiro Araújo Grau.

Adán Arriaga Andrade.

Juan Benavides Patrón, desde octubre 2.

Crótatas Londoño.

Ildefonso Méndez, desde septiembre 18 a octubre 1º

Luis Fernando Paredes, hasta septiembre 28.

Carlos Peláez Trujillo.

Víctor G. Ricardo, hasta septiembre 17.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CONSTITUCIONAL	DOCTOR RODOLFO MORA MORA
RELATOR SALA PENAL	DOCTOR JAIME BERNAL CUELLAR
RELATOR SALA CIVIL	DOCTOR HECTOR ROA GOMEZ
RELATOR SALA LABORAL	DOCTOR IGNACIO GOMEZ ZAPATA

TOMO CXIX — Bogotá - Colombia — Año de 1967 — Números 2285 y 2286

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS CONTRACTUALES

Elementos que integran la acción. — El incumplimiento de una obligación no siempre le infiere perjuicios al acreedor. En las acciones indemnizatorias derivadas de culpa contractual el actor debe probar la existencia de los perjuicios que pretende le sean resarcidos. Los artículos 30 de la Ley 26 de 1959 y 5º del Decreto legislativo número 0290 de 1957 no son normas de carácter sustancial.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., enero 26 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava.*

El 15 de febrero de 1957 los señores, doctor Jorge E. Sabogal Perilla y Daniel Gómez Tamayo celebraron por documento privado un contrato, en virtud del cual el primero dio al segundo en arrendamiento para cultivar arroz un predio rústico llamado "El Toboso", ubicado en la fracción de Luisa, jurisdicción del Municipio del Guamo. El término del arrendamiento se fijó en dieciocho meses y su precio total se convino en la suma de $ 30.000.00. En la cláusula séptima de la convención se acordó esta estipulación: "El arrendatario se obliga especialmente:

a) A entregar al arrendador, al terminar el plazo del contrato, el terreno materia del arrendamiento, arado y rastrillado debidamente, sin chambas o zanjas, en buenas condiciones para regar semilla de pasto artificial.

b) A sostener las cercas en buen estado y a devolverlas en el mismo buen estado.

c) A desaguar la laguna llamada La Quemada y a sostener y entregar la acequia en buen estado de limpieza, y

d) A borrar los canales transversales que se hagan por él para el regadío del arroz". Por la cláusula novena se reiteró el pacto de que el arrendatario se obligaba a restituir el terreno con las cercas correspondientes, en buen estado.

En agosto de 1960 el arrendador, doctor Sabogal Perilla, demandó al contratante Daniel Gómez Tamayo ante el Juez Civil del Circuito del Guamo para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara que el demandado no cumplió las obligaciones que contrajo por el mencionado contrato de arrendamiento, esto es, las consistentes en desaguar la quebrada de La Quemada, en restituir el terreno debidamente arado y rastrillado y sin chambas o zanjas y en buenas condiciones para sembrar pasto artificial, en borrar los canales transversales hechos para el riego de los cultivos de arroz y en entregar las cercas en buen estado. Se pidió también en la demanda que, como consecuencia de la de-

claración de incumplimiento, se condenase al demandado Gómez Tamayo a pagar al demandante Sabogal los perjuicios causados por ese mismo motivo, consistentes en el daño emergente y en el lucro cesante, y las costas del juicio.

Los hechos de la demanda se refieren a la celebración del contrato de arrendamiento y a las obligaciones contraídas por Gómez Tamayo y expresan que éste restituyó el terreno en el mes de septiembre de 1958, pero en malas condiciones, o sea que no ejecutó las obras concernientes al desagüe de la quebrada La Quemada, al arado y rastrillo del terreno, al sostenimiento de las cercas, a la eliminación de las zanjas y canales y a la entrega del mismo terreno en condiciones de poder regarle semilla de pastos artificiales. Se dice también que el demandado está en mora de cumplir sus obligaciones y que su incumplimiento le ha causado y le sigue ocasionando al actor perjuicios materiales de diversos órdenes.

El demandado contestó el libelo diciendo oponerse a las pretensiones del actor, aceptando unos hechos, negando otros y manifestando que si la restitución del inmueble no se hizo conforme a lo pactado, se debió a que el mandatario del doctor Sabogal se opuso a la arada, rastrillada y nivelación del terreno cuando se fueron a realizar esos trabajos, por no perder el pastoreo de ganados que entonces se hacía allí.

La primera instancia del negocio se clausuró con el fallo de cinco de abril de 1962, en el cual se acogieron las súplicas de la demanda y se condenó al señor Gómez Tamayo a pagar los perjuicios causados al demandante y las costas del juicio, disponiéndose además que el valor de esos perjuicios se regularía en la forma prescrita por el artículo 553 del Código Judicial.

La sentencia acusada

El demandado apeló del fallo de primera instancia y, surtido el segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué profirió la sentencia de 17 de octubre de 1962, por la cual revocó la decisión apelada y en su lugar dispuso absolver al mismo demandado de los cargos que se le formularon en la demanda.

La sentencia hace la reseña de los términos y de la marcha del litigio y observa que las pruebas allegadas al debate se reducen al documento en que se consignó el contrato de arrendamiento concertado entre las partes litigantes, a unas posiciones absueltas por el señor Gómez Tamayo y a las manifestaciones hechas por los mismos litigantes en sus escritos de demanda y de respuesta. Recuerda las obligaciones contraídas por el demandado, dice que ellas son lícitas y que constituían una ley para éste y anota que, de acuerdo con lo estatuido por el artículo 593 del Código Judicial, toda decisión de los jueces debe fundarse en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa y en las pruebas aducidas para demostrarlos.

Examina el fallo las estipulaciones del contrato y las manifestaciones hechas por el demandado en las posiciones, transcribe una de sus respuestas y expresa en seguida: "El señor juez *a quo* pretende derivar de las palabras transcritas la confesión del demandado del no cumplimiento total de las obligaciones mencionadas en la cláusula séptima del documento, cuando en realidad el demandado afirma en sus posiciones haber entregado los cercos en buen estado, haber desaguado la laguna La Quemada y haber sostenido y entregado la acequia en buen estado de limpieza, lo único que confiesa es no haber entregado el terreno arado y rastrillado y listo para regarle semilla de pasto artificial, sin zanjas o canales, agregando que no hizo todo lo anterior, no porque no estuviera dispuesto a hacerlo, sino porque el doctor Sabogal manifestó que no se podían llevar a cabo esos trabajos en esa fecha, porque se perdería la pastada que estaban aprovechando sus ganados. Pero ocurre que el demandado no probó en ninguna forma ese hecho distinto y separado que, al ser demostrado, lo habría eximido del cumplimiento de la entrega del terreno en la forma pactada, ya que el arrendador no se habría prestado a que el arrendatario cumpliera la totalidad de la obligación de restituir el predio al final del arrendamiento".

Continúa expresando la sentencia que, como el actor no comprobó que el demandado hubiera dejado de cumplir algunas de sus obligaciones, tales como las de mantener y entregar las cercas en buen estado y haber desaguado la laguna La Quemada, resulta improcedente la condena del mismo demandado a resarcir perjuicios por estos conceptos.

Se refiere luego a la afirmación del demandante de que el demandado, por motivo de su incumplimiento, le ha causado perjuicios materiales y dice a este propósito que "en los autos no existe prueba alguna de esos perjuicios materiales de diverso orden que en realidad se hayan causado y cuáles son y hasta qué cuantía, porque podría darse el caso de que el incumplimiento no hubiera causado perjuicios, sino beneficios. Por eso la ley exige la prueba de los perjuicios". En respaldo de este concepto cita

la doctrina expuesta por la corte en varias ocasiones y concluye de este modo:

"En el caso de autos no está probado que se causaron perjuicios ni demostrado cuáles fueron. En esas condiciones la solicitud sobre declaratoria al pago de perjuicios por incumplimiento de obligaciones contractuales, solicitada por el demandante a cargo del demandado, no puede acogerse por el sentenciador por no estar probada la sujeta materia de la condena.

"Lo anterior es bastante para justificar no la condena, sino la absolución de la parte demandada, ya que no están probados plenamente los hechos conducentes de la demanda. Por consiguiente, la providencia apelada debe ser revocada en todas sus partes".

La impugnación

La parte demandante recurrió en casación y con respaldo en la primera de las causales consagradas por el artículo 520 del Código Judicial, formula contra la sentencia de segundo grado un cargo que la Corte procede a examinar.

El motivo consiste en la violación directa de los artículos 31, 1524, 1596, 1602, 1603, 1605, 1610, 1613, 1615, 1624, 1625, 1626, 1627, 1649, 1757 y 2341 del Código Civil, 553, 593, 595 y 661 del Código Judicial, 5º y 8º de la Ley 153 de 1887, 30 de la Ley 26 de 1959 y 5º del Decreto 0290 de 1957, unos por falta de aplicación, otros por aplicación indebida y otros por interpretación errónea.

El recurso divide la sustentación del cargo en varios acápites, empezando por recordar que el fallo admitió el incumplimiento por parte del demandado de algunas de sus obligaciones y que, no obstante esta posición, se abstuvo de condenar al mismo demandado a resarcir los perjuicios, porque éstos no fueron comprobados, como lo exige la ley. Califica de absurda esta conclusión y con cita de unas doctrinas de la Corte y del concepto de un expositor nacional, acomete la tarea de sustentar y justificar la tesis de que el incumplimiento de una obligación constituye una presunción legal de que se han causado perjuicios al acreedor y que de consiguiente no hay necesidad de probar tales perjuicios. Sobre este punto y después de afirmar que los daños se dividen en compensatorios y moratorios, expresa el mismo recurso:

"He dicho que tal división aclara más los conceptos, porque si la indemnización del perjuicio compensatorio reemplaza la obligación incumplida, es su equivalente, entonces, conocida la obligación original y conocido su incumplimiento, es muy fácil ver el perjuicio que ha de ser objeto de indemnización compensatoria y que no es otro que lo que valga, en dinero, la obligación insatisfecha. Esto, para el caso de autos, puede traducirse así: el demandado, al no cumplir las obligaciones de hacer impuestas en el contrato (arar, rastrillar, etc.) le causó al demandante, entre otros daños, perjuicios que consisten en lo que vale hacer aquellas obras (valor de la arada, etc.) y los cuales originan indemnización compensatoria o equivalente a las obligaciones primitivas. Estos perjuicios surgen de la infracción del contrato, de la actitud negativa al no ejecutar las obligaciones de hacer y por lo tanto, de acuerdo con lo dicho, la sola infracción de estas condiciones prueba la culpa, genera la responsabilidad y prueba el perjuicio. Otra cosa diferente es el avalúo del perjuicio, que no era necesario practicarlo dentro de las secuelas, porque ya se advirtió en la demanda que ese avalúo se hará por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial".

Apunta el recurso que, según doctrina de la Corte, el artículo 1610 del Código Civil permite ejercitar la acción de resarcimiento de perjuicios cuando no se cumple una obligación de hacer, sin subordinar esa acción a la efectividad o extinción del contrato, y que en el caso de autos la sentencia admite que el demandado incurrió en mora de cumplir sus obligaciones desde la restitución del predio que le fue arrendado. En seguida agrega: "Por todo lo dicho afirmo que la sentencia recurrida viola la primera parte y también el ordinal 3º del artículo 1610 del Código Civil, por errónea interpretación. En efecto, el fallo, al exigir prueba especial para demostrar la existencia de los perjuicios, al negar que el incumplimiento de las obligaciones contractuales de hacer es suficiente para acreditarlos, cree que la acción indemnizatoria consagrada en la primera parte y en el ordinal 3º, citados, no es una manera para obtener la ejecución forzada de la obligación, no es una manera de obtener el cumplimiento mediante un equivalente (el dinero), pues supone, erradamente que la privación de la obra o su no ejecución, no son por sí solas objeto de indemnización. Para el Tribunal el perjuicio surge de una cuestión diferente y que requiere por lo tanto prueba especial".

Establecido como aparece que el demandado no cumplió sus obligaciones, no era menester probar la existencia de perjuicios, porque éstos se producen y deben por el sólo hecho de ese incumplimiento, como lo prescribe el citado artículo 1610 del Código Civil. Al suponer que este

precepto consagra la exigencia de la prueba de los perjuicios, la sentencia violó tal norma por interpretación errónea. "En síntesis —expresa el recurso— el Tribunal cree que el texto legal citado no consagra un medio para obtener la ejecución forzada de la obligación, que el incumplimiento de las obligaciones contractuales de hacer no conlleva la presunción del perjuicio y que dicho artículo exige que el avalúo se practique dentro del mismo juicio, interpretaciones éstas que son erradas y que lo condujeron a proferir fallo absolutorio, fallo que habría sido condenatario si se hubiese atenido a la interpretación correcta".

Como el artículo 1615 del Código Civil presume también que toda infracción del contrato causa perjuicios al acreedor, la sentencia quebrantó este precepto, por interpretación errónea, "al suponer que esa presunción no existe y exigir en consecuencia prueba especial para acreditar los perjuicios".

También infringió el fallo, por falta de aplicación, el artículo 1757 ibídem al declarar extinguidas las obligaciones del demandado sin que éste hubiera demostrado esa extinción y al exigirle al actor prueba de los perjuicios cuando la ley presume que la violación del contrato causa tales perjuicios al acreedor.

Si se tiene en cuenta que la violación de un contrato constituye presunción de que se han causado perjuicios, la sentencia quebrantó, por aplicación indebida, el artículo 2341 del Código Civil, que sólo opera en el campo de la responsabilidad extracontractual y que sí exige la prueba del daño ocasionado por un acto ilícito. "Por consiguiente —dice el recurso— al concluir el Tribunal que el demandante debía demostrar la existencia del perjuicio, aplicó indebidamente el artículo 2341, citado, a un caso no regulado por él".

El fallo violó así mismo, por interpretación errónea, el artículo 593 del Código Judicial al exigirle al actor la prueba de los perjuicios y al estimar que esta norma impone la carga de acreditar el daño en todos los casos, incluso en aquellos en que la presunción legal obra en favor del mismo demandante.

La sentencia admite el incumplimiento por el demandado de algunas de sus obligaciones, es decir, de los antecedentes en que reposa la presunción legal de que se causaron perjuicios y en consecuencia esta presunción prueba en favor del demandante, según lo dispuesto por el artículo 661 del Código Judicial. "Al exigir el fallo prueba distinta —expresa el recurso— violó, por no aplicación al caso del pleito, el citado artículo 661, que solamente reclama la prueba de los antecedentes sobre los cuales la presunción descansa".

Al echar menos la cuantía de los perjuicios, quebrantó la sentencia, por inaplicación, el artículo 553 del Código Judicial, norma que consagra el derecho de regular el valor de los daños en la etapa de ejecución del fallo condenatorio y que no exige que éste fije dicho valor. Fuera de que en la demanda inicial se dijo que los perjuicios se tasarían por los trámites que esta disposición señala.

La absolución del demandado, fundada en que el actor no demostró los perjuicios, equivale a reconocer la extinción de las obligaciones contraídas por el mismo demandado, por lo cual violó el fallo, por falta de aplicación, el artículo 1625 del Código Civil, "pues al absolver al demandado el sentenciador agregó a dicho artículo una nueva causal de extinción de las obligaciones, o sea el incumplimiento del deudor". Como tal efecto extintivo es la consecuencia de la absolución, "si el fallo hubiese aplicado este artículo, se habría producido el efecto contrario, al caer en cuenta que aquél enumera las causas de extinción de las obligaciones, sin incluir en éstas el incumplimiento".

Continúa el recurrente diciendo que, "por la misma razón que acabo de dar en el aparte inmediatamente anterior, o sea por haber absuelto al demandado del pago de los perjuicios compensatorios o equivalentes, violó el fallo, por no aplicación al caso del pleito, el artículo 1626 del Código Civil, que enseña que el pago es la prestación de lo que se debe, o sea que no es pago el incumplimiento".

Si los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, hay que presumir que las contraprestaciones pactadas en ellos redundan en provecho y no en perjuicio de las partes y que, por lo mismo, al incumplir un contratante sus obligaciones, por ese sólo hecho se priva al otro del beneficio esperado y se le causa un daño. Además, como esas contraprestaciones se sirven de causa recíproca, el fallo quebrantó, según el recurso, "el artículo 1524 del Código Civil, por falta de aplicación al caso del pleito, porque, teniendo las obligaciones de hacer a cargo del demandado como causa las adquiridas (sic) por el arrendador y las cuales éste cumplió, al resultar absuelto el arrendatario de los perjuicios compensatorios, las obligaciones por mí adquiridas (sic) y cumplidas quedaron sin causa, pues precisamente las obligaciones de hacer a cargo

del arrendatario fueron uno de los móviles determinantes del contrato''.

Si el arrendador cumplió sus obligaciones, como lo reconoce la sentencia, y si el arrendatario no ejecutó las suyas, sucede que este último, al ser absuelto, quedó enriquecido con las prestaciones que le proporcionó dicho arrendador, quien por lo mismo sufrió un empobrecimiento al no obtener la satisfacción correlativa. Con esa absolución el fallo consagró prácticamente un caso de enriquecimiento sin causa y violó en consecuencia ''los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887, en concordancia con el citado artículo 1524 del Código Civil, disposiciones éstas de las cuales la jurisprudencia colombiana ha deducido la teoría del enriquecimiento sin causa y las cuales el fallador violó, por no aplicación al caso del pleito, pues si las hubiese aplicado habría llegado a la conclusión de que está prohibido autorizar el enriquecimiento sin causa''.

La parte demandante comprobó la existencia y el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el demandado. Como este incumplimiento es un hecho negativo y constituye un perjuicio para el mismo actor, al exigirle a éste la prueba de tal perjuicio, el fallo quebrantó, por falta de aplicación, el artículo 595 del Código Judicial, que prescribe que las negaciones no se demuestran por medio de pruebas. La inejecución de las obras que el demandado se obligó a realizar, es un hecho negativo que el demandante no estaba obligado a demostrar. Fuera de lo cual, era el demandado y no el actor quien debía acreditar la extinción de las obligaciones contraídas por aquél; al no reconocerlo así, la sentencia infringió también, por interpretación errónea, el artículo 1757 del Código Civil.

El arrendatario Gómez Tamayo contrajo la obligación de efectuar varias obras que estaban destinadas al mejoramiento del fundo arrendado. El arado y rastrillo del terreno, la eliminación de los canales transversales y el desagüe de la laguna La Quemada, eran labores encaminadas a facilitar la siembra de pastos artificiales y a mejorar el predio. El aparte *f* del artículo 30 de la Ley 26 de 1959 considera la desecación y el drenaje como obras de mejoramiento de las tierras, y el Decreto 0290 de 1957 estima como cultivos útiles los de pastos de corte. ''Por consiguiente —dice el recurso— si el legislador estima que las mencionadas obras mejoran el terreno, mal puede el intérprete tratar de distinguir y poner en duda, como lo hace la sentencia, que su inejecución cause perjuicios y que, por el contrario, pudiera acarrear beneficios. Esto quiere decir que el fallo violó, por no aplicación al caso del pleito, los artículos 30, aparte *f*, de la Ley 26 de 1959 y 5º del Decreto legislativo número 0290 de 1957, al desconocer las presunciones legales en ellos contenidas, presunciones éstas que por sí solas prueban los perjuicios reclamados''.

Si se tiene en cuenta que las obras de desecación y drenaje de aguas y los cultivos de pastos son mejoras, hay que concluir que en este caso el arrendatario contrajo dos clases de obligaciones, así: de un lado, la de restituir el terreno, y de otra parte, la de hacer las obras mencionadas. La sentencia admite que dicho arrendatario restituyó la finca arrendada, pero que ''no lo hizo cumpliendo la totalidad de la obligación de restituirlo en la forma como se pactó'', y expresa que, por haber aceptado el arrendador ese cumplimiento parcial, tendría el mismo arrendatario derecho a una rebaja de perjuicios, dando aplicación analógica a lo dispuesto por el artículo 1596 del Código Civil. Como, según el recurso, la obligación de restituir el fundo es diferente de la de ejecutar las obras pactadas y como el arrendatario no cumplió esta última obligación, no habría lugar a ninguna rebaja de perjuicios y por tanto, ''al decir el fallo que el artículo 1596 del Código Civil habría sido aplicable por analogía, lo viola por indebida aplicación, pues dicho texto sólo es aplicable a las obligaciones con cláusula penal, en las cuales no solamente hay una estimación contractual de la indemnización, sino dos obligaciones de diferente grado, supuestos éstos que en manera alguna aparecen en el caso de autos. Y violó también el artículo 31 del Código Civil, por indebida aplicación, ya que, según este texto, la extensión que puede darse a la ley está circunscrita por su genuino sentido, y el genuino sentido del artículo 1596, citado, impide su aplicación analógica al presente caso, como ya lo demostré''.

Aunque la tesis del incumplimiento parcial y de la rebaja de perjuicios no aparece haber tenido influjo en la sentencia, si acaso se admitiera lo contrario, esto es, que sí incidió en el fallo, habría éste infringido, por errada interpretación, el artículo 1605 del Código Civil, ya que, según esta norma, ''la obligación de 'entregar' forma parte de la 'dar', y la de hacer las obras es consecuencia de la de 'conservarla', de manera que al sostenerse que hubo incumplimiento parcial y no total de las obligaciones de hacer, se interpretó erróneamente este precepto legal''.

El artículo 1613 del Código Civil se refiere al incumplimiento total, al incumplimiento imper-

fecto y a la simple demora y no hace distinción respecto del tratamiento que da a la inejecución total o parcial. El artículo 1627 ibídem establece además que el pago se hará bajo todos sus respectos en conformidad al tenor de la obligación, y el 1649 dispone que no se puede obligar al acreedor a recibir por partes lo que se le debe, es decir, que la ley trata de igual modo el incumplimiento total y el incumplimiento parcial. "De manera —sostiene el recurso— que si se supusiere que el fallador pretendió hacer una distinción para sostener que por tratarse de incumplimiento parcial, la carga de la prueba se desplazó hacia el demandante, entonces, en tal hipótesis, el fallo habría violado también el inciso primero del artículo 1627 y el artículo 1649, citados, por no aplicación al caso del pleito".

El recurso continúa exponiendo así la serie de violaciones de ley que le imputa al fallo:

"Violó la sentencia el artículo 1603 del Código Civil, por falta de aplicación al caso del pleito, porque, según dicho artículo, el arrendatario estaba obligado a cumplir de buena fe sus prestaciones y a no incurrir en mora. Sin embargo, la sentencia absolvió al demandado, colocándolo a la postre en situación igual a la de quien cumple de buena fe lo expresado en el contrato. Esta violación influyó en el fallo.

"Violó el fallo el artículo 1613 del Código Civil, por no aplicación al caso *sub lite*, porque existiendo, como en realidad existen los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones de hacer, ha debido condenar al demandado al pago del daño emergente y del lucro cesante y no absolverlo como ocurrió, pues dicho artículo impone la obligación de indemnizar, bien se trate de incumplimiento total, de incumplimiento imperfecto, o de simple retardo.

"Violó la sentencia el artículo 1602 del Código Civil, que enseña que el contrato válidamente celebrado es ley para los contratantes y que sólo puede ser invalidado por mutuo consentimiento o por causas legales. Esto lo reconoce expresamente la sentencia, pero recorta su alcance al absolver al demandado, liberándolo así de las obligaciones no cumplidas por él, o sea que la 'ley de los contratantes' no cobijaría las consecuencias derivadas del incumplimiento, cuando lo cierto es que sí las cobija. Por consiguiente, la violación se efectuó por errada interpretación del texto legal citado, consistente en recortarlo en la forma que acabo de explicar".

Repite el recurso que en este juicio figuran demostrados tanto el incumplimiento de las obligaciones del demandado como la existencia de los perjuicios y que la prueba de estos últimos consiste en las presunciones que reposan en el mismo incumplimiento y en la circunstancia de ser mejoras las obras que debía realizar y no ejecutó el propio demandado.

Discurre luego el impugnante sobre la función de las presunciones respecto de la carga de la prueba, cita conceptos de algunos expositores y concluye tal estudio sosteniendo estas tesis: primera, que los preceptos que consagran presunciones y que determinan a quién corresponde en cada caso la carga de la prueba, son normas de derecho sustancial; segunda, que por tal razón el quebranto de esas disposiciones es motivo suficiente para formular un cargo en casación; y tercera, que en tal caso la acusación sería por infracción directa dentro del ámbito de la causal primera. De lo cual infiere esta conclusión: "En el caso de autos el Tribunal violó presunciones legales en sí mismas (no en sus presupuestos) y me exigió pruebas de las cuales estoy exento (prueba de negaciones), como anteriormente lo expliqué, por lo cual incurrió en infracción directa de la ley sustantiva".

Por último expresa el recurso que las jurisprudencias citadas por el fallo son inadecuadas para respaldarlo por hacer ellas referencia a casos distintos del presente y que en cambio las expuestas por el propio recurso son las conducentes para sustentar esta impugnación y para infirmar dicha sentencia.

Consideraciones de la Corte

I) El artículo 1602 del Código Civil prescribe que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, es decir, que vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones acordadas. El artículo 1603 ibídem dispone que los contratos deben cumplirse de buena fe y que por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella. Y los artículos 1626 y 1627 estatuyen que el pago efectivo es la prestación de lo que se debe y que dicho pago debe hacerse bajo todos los respectos al tenor de la obligación, sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes.

El contrato genera obligaciones, y la obligación válidamente contraída impone al deudor el deber de cumplirla, esto es, de efectuar la prestación estipulada. Esta prestación puede consistir en dar una cosa, en realizar un hecho o en abstenerse de ejecutar un acto determinado. El mismo contrato confiere al acreedor el derecho de exi-

gir el cumplimiento de la obligación, de modo que si el deudor no efectúa la prestación debida o si quebranta la abstención que se impuso, puede dicho acreedor demandar bien que se la cumpla en naturaleza o que se resuelva el contrato bilateral, o bien que se le indemnicen los perjuicios que le haya causado el incumplimiento. Esta reparación de daños es también efecto del contrato que dio origen a la obligación incumplida, se encamina a proporcionar al acreedor una satisfacción pecuniaria como equivalente de la prestación que no se ejecutó y puede ser demandada en unos casos en forma principal (Código Civil, 1610 y 1612) y en otros de manera accesoria o consecuencial (Código Civil, 1546 y 1918).

Cualquiera que sea la forma como se la proponga, la acción de resarcimiento en materia contractual está integrada por varios elementos, así: la preexistencia de una obligación jurídicamente eficaz, el incumplimiento culposo del deudor, un resultado antijurídico o un daño, una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.

Antes que todo se requiere la existencia de una obligación que goce de plena eficacia jurídica y que por lo mismo esté protegida por la ley y deba ser cumplida por el deudor. No ofrecen esta característica las obligaciones naturales ni las que nacen de un contrato afectado de invalidez. En casación de 15 de noviembre de 1949 expresó la Corte que el incumplimiento de una obligación surgida de un contrato viciado de nulidad absoluta, "no puede originar derecho para reclamar y obtener indemnización de perjuicios contractuales" (LXVI - 2077, 653).

El segundo factor de la acción en referencia consiste en el incumplimiento culposo del deudor, esto es, en que el obligado falte a la ejecución de lo debido y en que tal incumplimiento le sea imputable. La inejecución es imputable al deudor cuando se produce por un hecho dependiente de su voluntad y no por fuerza mayor o caso fortuito, a menos que el caso fortuito haya sucedido durante la mora o por culpa del propio deudor. Vale recordar a este propósito que, aunque a menudo se afirma que el incumplimiento de una obligación hace presumir la culpa del deudor, lo cierto es que dicho incumplimiento constituye por sí solo un acto culposo, o sea que no tiene propiamente el carácter de una presunción de culpa, sino que es una culpa consumada o realizada. Importa anotar así mismo que, comprobada la existencia de la obligación, el acreedor no tiene que demostrar el incumplimiento del deudor, sino que le basta afirmarlo. En este caso, corresponde al citado deudor acreditar o que ha cumplido su obligación, o, en caso contrario, que el incumplimiento no le es imputable.

Otro elemento de la acción indemnizatoria consiste en el perjuicio que el incumplimiento del deudor le cause al acreedor. Se tiene por tal perjuicio la lesión o menoscabo que sufre el patrimonio del acreedor a consecuencia inmediata o directa del incumplimiento. Ese menoscabo debe ser cierto y no simplemente eventual o hipotético y comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. Como el perjuicio resarcible ha de ser resultado necesario del incumplimiento, sucede que entre éste y el daño debe existir una relación de causa a efecto. De aquí que en esta materia de reparación de perjuicios ocasionados por la violación de un contrato, se requiera demostrar los tres elementos de culpa, de daño y de relación de causalidad entre uno y otro.

El incumplimiento de una obligación no siempre le infiere perjuicios al acreedor. Casos hay en que no produce daño alguno, o en que, por el contrario, le proporciona beneficios al propio acreedor. De aquí que no pueda considerarse el perjuicio como un efecto forzoso e inexorable del incumplimiento y que este último no sea tenido ni figure legalmente consagrado como una presunción de que se han causado daños. Prueba de ello es que sólo en dos casos excepcionales la ley presume que el incumplimiento de una obligación ocasiona perjuicios al acreedor. La primera de tales excepciones aparece consagrada por el artículo 1617 del Código Civil. Efectivamente, como el objeto de la indemnización consiste en el pago de una suma de dinero, sucede que el incumplimiento de una obligación que tiene este mismo objeto no daría lugar a exigir sino una cantidad pecuniaria igual a la debida, razón por la cual no hay necesidad de demandar en tal caso el resarcimiento, sino el pago del guarismo que se debe. Y como el dinero es cosa fructífera, el precepto citado autoriza demandar en el mismo supuesto el pago de intereses moratorios, y, por vía de excepción, dispone en su ordinal segundo que, cuando se cobran dichos intereses, el acreedor no necesita justificar perjuicios. La segunda excepción se halla establecida por el artículo 1599 ibídem, el cual prescribe que en todos los casos habrá lugar a exigir la pena estipulada, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio. La cláusula penal es una garantía de cumplimiento y puede ser exigida en todos los casos en que el deudor incumple y sin

necesidad de acreditar ningún daño derivado de la impuntualidad. La consagración expresa de estas dos excepciones confirma la regla general de que en todos los demás casos en que se pretenda obtener una reparación de perjuicios por el incumplimiento de una obligación, se requiere comprobar el daño causado por esa inejecución. De modo que, fuera de las dos excepciones anotadas, el incumplimiento de una obligación no constituye presunción de que se han inferido perjuicios al acreedor, porque el daño no siempre es consecuencia obligada de ese incumplimiento.

Si, pues, el incumplimiento por sí solo no constituye en principio presunción de haberse ocasionado perjuicios al acreedor, obvio es que tales perjuicios deben ser comprobados cuando se pretenda su reparación. ¿Sobre quién recae la carga de probarlos? Ya se ha dicho que la existencia del daño es uno de los elementos de la obligación de indemnizar. Quien demanda un resarcimiento de perjuicios afirma con ello la existencia de la correlativa obligación indemnizatoria a cargo del demandado, y esa afirmación le impone al actor la carga de acreditar los elementos que concurren a integrar dicha obligación, entre ellos el perjuicio inferido y la relación de causalidad entre el incumplimiento y ese mismo daño. Así lo establece el artículo 1757 del Código Civil al disponer que incumbe probar las obligaciones a quien alega su existencia. No cabe por tanto duda alguna de que corresponde justificar la existencia de los perjuicios a quien pretende que le sean reparados.

La anterior es la doctrina que con mayor reiteración ha sustentado la Corte. Así en casación de octubre 13 de 1949 se dijo: "En verdad esta Sala ha estimado estrictamente lógico que para condenar a indemnización de perjuicios, el juzgador debe tener ante sí la prueba de que el reo se los ha causado al actor, pues ellos son la sujeta materia de la condena, y sabido es, por otra parte, que, aunque el incumplimiento es culpa y ésta obliga en principio a indemnizar, bien puede suceder que no haya dado lugar a perjuicios, que no se los haya causado a la otra parte contratante, y no sería lógico condenar a indemnización de perjuicios inexistentes.

"El juzgador no tiene por misión repetir lo que dicen las leyes, sino aplicarlas y obedecerlas. Si una disposición legal establece en principio un derecho a indemnización, el respectivo fallo no puede limitarse a recordar que la ley así lo establece, sino que para darle contenido y eficacia en el respectivo litigio, tiene que pronunciar la consecuencial condena, y como ésta forzosamente necesita sobre qué recaer, el actor debe suministrar este elemento, esta base *sine qua non*.

"La regla segunda del artículo 1617 del Código Civil, relativo a mora del deudor de obligación de dinero, dice: 'El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo'. Esto indica a *contrario sensu* y por lo excepcional del precepto, que la regla general es la de que el acreedor al demandar perjuicios tiene que justificarlos.

"Por su lado, en las obligaciones con cláusula penal, en las que en principio se supone la pena como valoración previa que las partes hacen del perjuicio en caso de incumplimiento y una declaración antelada de ellas de que éste precisamente causará perjuicios, el artículo 1599 establece: 'Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio'".

"Esta disposición, también excepcional, hace ver por su lado, que la regla general es la antedicha, esto es, que quien demanda que se le indemnicen perjuicios debe demostrar que se le han causado, cuáles son y cuánto valen" (LXVI-2077, 625).

También en sentencia de 30 de mayo de 1956 se expresó lo siguiente: "En innumerables ocasiones la Corte, acatando un principio fundamental de derecho, ha repetido que quien demanda la indemnización de un perjuicio, está obligado a probar su existencia y extensión, demostrando primero los hechos que lo constituyen y luego su cuantía, o por lo menos las bases para determinarla. Esto porque aún en la hipótesis de incumplimiento o culpa demostrados, puede ocurrir que el daño no se haya producido, o que dichos incumplimiento o culpa hayan reportado beneficios" (LXXXII - 2167, 695).

Esta misma doctrina ha sido expuesta por la Corte en muchas otras oportunidades, como puede verse en casaciones de julio seis de 1909 (XXV - 1270, 109), de octubre primero de 1943 (LVI - 2001, 176), de febrero 27 de 1946 (LX-2029, 61), de marzo 25 de 1947 (LXII - 2046, 90), de mayo cuatro de 1954 (LXXVII - 2141, 550) y de julio 12 de 1955 (LXXX - 2155, 688), y en sentencias de junio 5 de 1957 (LXXXV - 2183, 597) y de marzo 11 de 1958 (LXXXVII - 2194, 650).

Cierto es que en algunas ocasiones dijo la Corte que "la ley presume que toda infracción de contrato origina perjuicios al acreedor" y que tal presunción es suficiente para dictar una condena al resarcimiento de perjuicios in genere *(Casación, julio 25 de 1924 —XXXI— 1600, 62); pero esta concepción, antes que prosperar, ha sido infirmada por la doctrina que la propia Corte ha expuesto con mayor frecuencia y que hoy se reitera.*

En esta materia, la regla general es, pues, que al acreedor incumbe demostrar tanto la especie como la cuantía de los perjuicios que le haya inferido el incumplimiento de una obligación contractual. La prueba de la cuantía o del importe pecuniario de esos perjuicios puede ser producida dentro del juicio respectivo o al ejecutarse el fallo que condena en abstracto, de acuerdo con lo estatuido por los artículos 480 y 553 del Código Judicial.

II) La sentencia acusada absolvió al demandado Gómez Tamayo porque no encontró que el actor Sabogal Perilla hubiera probado los daños que dijo haber recibido a consecuencia de que aquel no llevó a cabo algunas de las obras que se obligó a realizar en el fundo arrendado.

El recurso le imputa a ese fallo la violación directa de varias normas sustanciales y funda y desarrolla toda su argumentación sobre la tesis de que el incumplimiento de un contrato constituye una presunción de que se han causado perjuicios al acreedor. Queda visto que tal presunción no figura consagrada por ningún precepto positivo, salvo en los dos casos excepcionales que regulan los artículos 1599 y 1617 del Código Civil. Por el contrario, la ley exige, por regla general, la prueba del daño que da origen a la obligación de resarcir. De modo que la tesis central del recurso carece por completo de fundamento; en cambio, la sentencia se apoya en el principio de que corresponde al acreedor demostrar los perjuicios cuya indemnización pretende.

Es indiscutible que Gómez Tamayo no aró ni rastrilló el terreno que le fue arrendado ni eliminó los encañados transversales, es decir, que no cumplió la obligación de ejecutar estas obras. Pero también está fuera de duda que el demandante Sabogal Perilla no adujo prueba alguna de que hubiera en realidad sufrido perjuicios por causa del incumplimiento del demandado. Por esta razón no prosperó ni podía prosperar su pretensión de que se condenara a Gómez Tamayo a resarcirle esos supuestos perjuicios. ¿Y cuáles fueron ellos? El libelo inicial de esta litis no es muy claro ni expresivo a este respecto, pero en la demanda de casación sí se dice que los daños consisttieron en la inundación de gran parte del predio por falta de desagüe de una laguna, en el costo de la arada y rastrillada del terreno y de su preparación para la siembra de pastos y en lo que el demandante dejó de percibir por no haber podido plantar oportunamente esos pastos. Pues bien: el actor no comprobó la inundación del fundo, ni que por ello y por falta de la arada y rastrillada del terreno se hubiera desmejorado la misma finca, hasta el punto de que no fuera posible sembrar allí pastos y beneficiarse de ellos. El doctor Sabogal Perilla no acreditó, pues, los daños que dijo haber sufrido, y así no podía esperar que la sentencia condenara al demandado a resarcirle unos perjuicios simplemente afirmados por él.

Sostiene el recurso que el fallo violó por interpretación errónea el artículo 1610 del Código Civil al exigir la prueba de los daños cuya reparación pretende el actor y al desconocer que el incumplimiento de una obligación es por sí solo un medio bastante a demostrar esos perjuicios. El precepto citado confiere al acreedor el derecho de demandar la indemnización de daños por el incumplimiento de una obligación de hacer, pero no establece la presunción que alega el recurso. Es decir, esa norma no erige el dicho incumplimiento en presunción de que se han causado perjuicios al acreedor ni exonera a éste de la carga de probar los daños cuya indemnización pretende. Está dicho que el incumplimiento de una obligación no siempre infiere perjuicios al acreedor y que por ello mismo sólo hay casos excepcionales en que la ley autoriza demandar el resarcimiento sin acreditar daños. No consagrando el aludido artículo 1610 del Código Civil la presunción de que habla el recurso, es obvio que la sentencia no lo entendió equivocadamente ni lo violó al no admitir el solo incumplimiento del demandado como prueba de los perjuicios alegados por el actor y al concluir que éste no demostró esos daños.

El mismo recurso afirma que el artículo 1615 del Código Civil presume también que toda infracción de un contrato causa perjuicios al acreedor y que la sentencia quebrantó esta norma, por interpretación errónea, al echar menos y exigir la prueba de los daños que el demandante dice haber sufrido por motivo del incumplimiento del demandado. Esta disposición consagra el principio de que el resarcimiento de perjuicios es exigible desde el momento en que el deudor se ha constituido en mora o desde que ejecutó el hecho que le fue prohibido realizar, pero no establece la presunción de que el incumplimiento

de una obligación causa siempre perjuicios al acreedor. Y aunque es verdad que en contadas ocasiones la Corte acogió la tesis de que la ley presume que toda infracción de contrato produce perjuicios al acreedor, tal tesis no ha prosperado por no ajustarse a la realidad de los negocios jurídicos, ya que el incumplimiento de una obligación no es siempre causa de daños al dicho acreedor. Con base en este concepto la Corte ha sustentado en forma repetida la doctrina de que, en materia contractual, el demandante de una reparación de perjuicios debe probar tales daños, menos en casos excepcionales como los que aparecen regulados por los artículos 1599 y 1617 del Código Civil. Según esto, el fallo no entendió de manera equivocada, sino en forma correcta, el expresado artículo 1615 del Código Civil, al no prohijar la presunción de que habla el recurso, y no incurrió por tanto en la violación que a este respecto se le atribuye.

Se repite que, por regla general, quien busca que se le reparen los perjuicios inferidos por la inejecución de un contrato, carga con la prueba de esos daños, o sea que debe acreditar, entre otros, ese factor constitutivo de la obligación de resarcir. Al absolver en esta litis al demandado por la ausencia de prueba sobre los perjuicios cuya indemnización se demandó, el fallo no dejó de aplicar, sino que aplicó en debida forma el artículo 1757 del Código Civil, según el cual corresponde comprobar la existencia de una obligación a quien exige su cumplimiento. El actor le atribuye al demandado la obligación de resarcirle unos perjuicios y debió en consecuencia justificar que en realidad se le causaron esos daños; no habiéndose demostrado tales perjuicios, tampoco procedía reconocer y ordenar cumplir la obligación de repararlos. La sentencia no quebrantó, por falta de aplicación, el precepto legal que se cita.

Como en este juicio se planteó y se ha ventilado un problema de indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación contractual, la sentencia no aplicó ni tenía por qué aplicar a dicho asunto el artículo 2341 del Código Civil, que se refiere a la reparación de los daños inferidos por un acto extracontractual. Y al no aplicarlo por ser extraño a la cuestión en litigio, mal pudo infringirlo por una supuesta aplicación indebida. Y no es inútil repetir que, en el campo tanto contractual como extracontractual, se requiere, por regla general, acreditar la existencia de los perjuicios cuyo resarcimiento se pretende.

El demandante no comprobó los perjuicios que dijo haber sufrido a consecuencia del incumplimiento del demandado; por tal razón el fallo absolvió a este último. Sin prueba justificativa de los daños, la sentencia no podía reconocer ni mandar cumplir la obligación de repararlos. Vale anotar además que en este juicio se demandó, no el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el demandado, sino la reparación de los perjuicios provenientes de la inejecución de tales obligaciones. La absolución proferida por la sentencia se refiere por tanto a la obligación de indemnizar y no a la de cumplir lo pactado en el contrato de arrendamiento. Esa absolución, fundada en la ausencia de prueba de los perjuicios, no significa que el fallo hubiera desconocido la causa de las obligaciones del demandante, ni declarado extinguidas las del demandado, ni incurrido por estos supuestos motivos en el quebranto, por inaplicación, de los artículos 1624, 1625 y 1626 del Código Civil.

La sentencia absolvió al demandado porque el actor no justificó que hubiese sufrido en realidad perjuicios por efecto del incumplimiento del contrato. En ninguna parte de ese fallo se hace la distinción entre el cumplimiento total y la inejecución parcial para concluir que en este segundo caso correspondía al demandante la carga de probar los perjuicios. El fundamento del fallo es más radical, esto es, que al actor incumbía demostrar los daños y que no los acreditó. Este juicio no entraña ningún quebranto, por falta de aplicación, de los artículos 1627 y 1649 del Código Civil, porque es evidente que la carga de comprobar los daños pesa sobre quien demanda su resarcimiento, con las salvedades que se han dejado anotadas.

La sentencia no desconoció la fuerza obligatoria del contrato ajustado entre el demandante y el demandado ni las obligaciones contraídas por este último. Por el contrario, admitió la eficacia de esa convención y reconoció que el señor Gómez Tamayo no había cumplido unas de sus obligaciones. Pero como en esta litis no se pidió que se condenara al demandado a ejecutar las obras que se obligó a realizar, sino a resarcir al demandante los perjuicios inferidos por la inejecución de esos trabajos, correspondía al mismo actor demostrar los daños que afirma haber sufrido. No habiéndolos establecido, se absolvió al demandado. Al proceder así, la sentencia no violó, por falta de aplicación, los artículos 1602 y 1603 del Código Civil.

Para poder decretar el resarcimiento pedido, era menester que el demandante demostrase la existencia de los daños que dijo haber recibido a consecuencia de la inejecución de las obras que

el demandado se obligó a efectuar. No justificados esos perjuicios, se imponía por fuerza la absolución del demandado. Al decretar esta absolución, la sentencia obró en este caso con acierto, y no puede admitirse que por ello hubiera consagrado un caso de enriquecimiento sin causa y trasgredido, por inaplicación, los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887.

Puede que en ciertas circunstancias el arado y rastrillada de un terreno, la eliminación de canales y el avenamiento de campos cenagosos, sean obras que mejoran un predio y que la no ejecución de ellas redunde en desmedro de éste. Sin embargo, de ello, la inejecución de esa clase de trabajos no constituye presunción de que se hayan causado o se infieran perjuicios en todo caso. El demandante en este negocio no comprobó la especie de los daños que hubiera recibido su finca a consecuencia del incumplimiento del demandado en ejecutar las obras que se obligó a realizar, es decir, no demostró que ese fundo se hubiese anegado por falta del desagüe de la laguna y que por este motivo y por la inejecución de las otras labores perdiera el mismo predio su normal aptitud productiva. Cabe observar además que los artículos 30 de la Ley 26 de 1959 y 5º del Decreto legislativo número 0290 de 1957 no son normas atributivas de derechos ni tienen por ello carácter sustancial; la sentencia no las violó y, aun en el caso contrario, su quebranto carecería por sí solo de trascendencia en casación.

El fallo impugnado expresó que el arrendatario había cumplido unas de sus obligaciones y que, por haber aceptado el arrendador esa ejecución parcial, quizá podría el demandado tener derecho a una rebaja en la cuantía de la indemnización en el supuesto de que fuera procedente condenarlo, por aplicación analógica de lo prescrito por el artículo 1596 del Código Civil. No obstante reconocer que la sentencia formuló este concepto por vía de hipótesis, el recurso la acusa de violar, por aplicación indebida, tanto ese artículo 1596 como el 31 del Código Civil, y por interpretación errónea el 1605 ibídem. La sentencia se planteó un supuesto y concibió lo que en tal caso podría suceder, pero en realidad no aplicó al caso del litigio, debida ni indebidamente, los artículos 31 y 1596, citados, ni incurrió en interpretación equivocada del artículo 1605.

Aunque, según lo dicho, el demandante de una reparación de perjuicios carga por lo regular con la prueba tanto de la especie como del valor o cuantía de los daños, los artículos 480 y 553 del Código Judicial autorizan la condena en abstrato cuando dentro del juicio se demuestra la especie de los perjuicios y permiten regular su cuantía al ejecutar el fallo condenatorio. La sentencia no halló comprobadas en esta litis la existencia y especie de los daños y era por tanto improcedente y superfluo disponer la regulación de su monto pecuniario por los trámites que señala el artículo 553 del Código Judicial. No habiéndose probado los perjuicios, era inaplicable este precepto, y el fallo no lo violó por omitir su aplicación. Y además, debe tenerse en cuenta que esta norma no es de carácter sustancial.

El daño resarcible consiste en la lesión o menoscabo que sufren los bienes o la persona del acreedor. Ese perjuicio es siempre un hecho positivo y susceptible por tanto de ser probado. La sentencia no le exigió al demandante prueba de ninguna negación, ni incurrió por ello en el quebranto del artículo 595 del Código Judicial, que tampoco es norma sustancial.

Recordando lo dispuesto por el artículo 593 del Código Judicial, expresó la sentencia que toda decisión judicial debe fundarse en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa y en las pruebas allegadas para justificar esos hechos. Este concepto, lejos de constituir una interpretación errónea de esa norma, no es sino la repetición de lo que ella misma prescribe. De modo que el fallo no la violó por acogerse a sus términos ni por haber anotado la ausencia de prueba de los perjuicios. Vale recordar también que este precepto no tiene carácter sustancial (LVIII - 2016, 38).

La sentencia tampoco infringió el artículo 661 del Código Judicial, porque, según lo que viene expuesto, el incumplimiento de una obligación no está erigido en presunción de que se han causado perjuicios al acreedor, con las excepciones atrás apuntadas. El fallo admitió que el demandado había incumplido unas de sus obligaciones, pero no acogió la tesis de que esa inejecución de lo pactado fuera suficiente a tener por demostrados los perjuicios cuyo resarcimiento se pretende.

Sostiene por último el recurso que el fallo violó los preceptos que consagran presunciones aplicables al caso *sub lite*. Esta acusación genérica no es de recibo en casación: antes exigía el artículo 531 del Código Judicial y hoy lo prescribe el 63 del Decreto 528 de 1964 que el recurso señale en forma individual y concreta las normas sustanciales que estima violadas por la sentencia.

Las consideraciones que preceden llevan a la conclusión de que el cargo es infundado.

Resolución

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de diecisiete de octubre de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este juicio sobre indemnización de perjuicios promovido por el doctor Jorge E. Sabogal Perilla contra Daniel Gómez Tamayo.

Sin costas en el recurso extraordinario porque no se causaron.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

ARRAS

En qué consisten y su finalidad. — La estipulación de arras es de recibo tanto en la promesa bilateral de compraventa como en la promesa unilateral de venta o de compra. — Obligaciones civiles. — Garantía de su cumplimiento.—Policitación.—Resolución judicial.—Su aplicación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, 21 de febrero de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 3 de julio de 1963, en el juicio ordinario seguido por Bernardo y Eduardo Tafur Herrán frente a Alejandro Monsalve.

I

Antecedentes

En documento privado de 20 de diciembre de 1955, Alejandro Monsalve, por una parte y Bernardo y Eduardo Tafur Herrán, por la otra, celebraron un contrato por el cual el primero prometió vender a los segundos la mitad del dominio y posesión de una finca rural denominada "Venecia" —hoy "La Sierra"—, ubicada en jurisdicción del municipio de Chocontá, departamento de Cundinamarca, determinada por los linderos que tal documento reza, y en el cual se estipuló lo siguiente:

Que el precio de la venta sería la suma de $ 80.000.00 moneda corriente, pagadera por los prometientes compradores así: "la cantidad de siete mil pesos ($ 7.000.00) M/cte. que en esta fecha los prometientes compradores entregan al prometiente vendedor, en efectivo, y que el prometiente vendedor declara tener recibida a título de arras, y también a cuenta del precio"; y el resto, encargándose los prometientes compradores de pagar unos créditos a favor del Instituto de Crédito Territorial, de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero de Chocontá y del señor Juan Parra Arteaga, garantizados con sendas hipotecas del mismo predio. A este respecto, una de las estipulaciones del compromiso reza: "Los prometientes compradores se obligan a asumir el pago de dichos créditos, en su principal e intereses, a partir de la fecha en que se suscriba la escritura que perfeccione esta promesa, en los mismos términos y condiciones de sus títulos originales, siendo obligación del prometiente vendedor ponerlos al día en la fecha de dicha escritura, para efectos de definir las obligaciones de los prometientes compradores . . .";

Que el plazo para efectuar el otorgamiento de la escritura pública respectiva, ante el Notario Tercero de Bogotá, sería el de veinte días contados a partir de la fecha de la promesa, plazo dentro del cual el prometiente vendedor debía entregar a los prometientes compradores "los títulos de la finca, correspondientes a un período de treinta (30) años, complementados con el respectivo certificado de registro en igual período de tiempo, con el fin de que sean estudiados por dichos prometientes compradores, en forma de que puedan adquirir la certeza de que la mencionada titulación se encuentra en legal forma, y que el prometiente vendedor tiene la capacidad suficiente para efectuar debidamente la tradición del bien singularizado en la cláusula primera"; y

Que "por consiguiente, si del estudio de los títulos, los prometientes compradores llegaren a la conclusión de no ser conveniente el perfeccionamiento del contrato de compraventa, no se perseverará en la negociación, y por ese sólo hecho el prometiente vendedor se obliga para con los prometientes compradores a devolverles o restituirles, sin lugar a requerimientos de ninguna clase, el valor de las arras, en Bogotá".

II

El litigio

Con base en este documento y alegando "que el prometiente vendedor no dio cumplimiento a ninguna de las obligaciones de su cargo", pues ni entregó los títulos a que estaba obligado, para que los prometientes compradores pudieran estudiarlos dentro del plazo fijado para el otorgamiento de la escritura pública, ni tampoco puso al día los créditos de que éstos se harían cargo, ni menos aún presentó los comprobantes de encontrarse en paz y a salvo tanto él como el inmueble en referencia, para efectos de que pudiera perfeccionarse la operación (hecho 10º), los señores Eduardo y Bernardo Tafur Herrán trajeron a juicio ordinario, ante el Juez Segundo Civil de este Circuito, al señor Alejandro Monsalve, en solicitud de sentencia acerca de las siguientes súplicas:

Que se declare resuelto el referido contrato de promesa de compraventa, "en razón del incumplimiento por parte del demandado a las obligaciones que adquirió" por el mismo contrato;

Que, consecuencialmente, "se condene al demandado Monsalve, al pago de los perjuicios ocasionados a la parte demandante con el incumplimiento del contrato"; y

Que también se le condene a pagar a los mismos actores "la suma de catorce mil pesos ($ 14.000) M/cte. valor de las arras dobladas", con sus respectivos frutos.

En subsidio fueron propuestas estas peticiones:

Que se declare resuelto el aludido contrato de promesa de compraventa, "en razón a que del estudio de los títulos presentados extemporáneamente por el demandado Alejandro Monsalve, los demandantes Eduardo y Bernardo Tafur Herrán llegaron a la conclusión de no ser conveniente el perfeccionamiento del contrato de compraventa prometido, ni de estar obligados a perseverar en la negociación en referencia";

Que, por lo tanto, se condene al demandado a restituir a los demandantes "la suma de siete mil pesos ($ 7.000.00) M/cte. que éstos le entregaron a cuenta del precio de la compraventa, y a título de arras".

En su contestación, el demandado aceptó los hechos concernientes a la celebración de la promesa de venta; negó el que no hubiese entregado oportunamente los títulos del inmueble a la parte actora, afirmando por el contrario que, en cuanto pudo obtenerlos, los remitió junto con el certificado del registrador a los demandantes, quienes nada manifestaron fuera de que los iban a estudiar; que si en tal certificado no constaba que la propiedad estuviera inscrita a su nombre, ello no fue culpa suya, sino deficiencia imputable al registrador; y que en todo momento estuvo listo a cumplir el contrato de promesa, el que por ningún motivo facultaba a los demandantes para obrar caprichosamente. En consecuencia, se opuso a todas las peticiones de la demanda, y dijo interponer excepciones que denominó "Carencia de derecho en la acción impetrada", y "non adimpleti contractus".

Por el fallo de primera instancia se dispuso:

1º Declarar "resuelto, por incumplimiento del demandado, el contrato de promesa de compraventa" en referencia;

2º "Se condena, en consecuencia, al demandado doctor Alejandro Monsalve, tres días después de la ejecutoria del fallo, a favor de los demandantes Bernardo y Eduardo Tafur Herrán, la suma de catorce mil pesos ($ 14.000.00) M/cte., por concepto del valor de las arras dobladas, con arreglo a lo estipulado en el contrato de promesa, base de este juicio";

3º Negar las demás súplicas principales de la demanda por perjuicios (petición segunda) y por frutos (parte final de la petición tercera);

4º Declarar no probadas las excepciones perentorias propuestas por el demandado;

5º No haber lugar a considerar y decidir las súplicas subsidiarias; y

6º Condenar al demandado en las costas del juicio.

Habiéndose alzado el reo contra este pronunciamiento, confirmólo el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 3 de julio de 1963, hoy *sub júdice* ante la Corte, en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte vencida, y sobre el cual se decide en este acto.

III

Consideraciones del fallo recurrido

El Tribunal, partiendo del documento de promesa, que las partes no discuten, estimó lo siguiente:

"Según se desprende del contrato de promesa de compraventa pactado entre los demandantes Tafur Herrán y el demandado Monsalve, éste debía cumplir las siguientes cuatro obligaciones, a saber: a) entregar a sus demandantes, dentro de los veinte días subsiguientes al 20 de diciembre de 1955, 'los títulos de la finca' prometida

en venta 'correspondientes a un período de treinta (30) años' 'complementados con el respectivo certificado de registro en igual período de tiempo' (cláusula cuarta); b) poner al día en cuanto dice al pago de intereses hasta la fecha acordada para el otorgamiento de la escritura, los créditos hipotecarios que pesan sobre el inmueble, a fin de conocer ciertamente la cuantía de las deudas que por tal razón adquirirían los compradores entonces (primera parte del parágrafo único de la cláusula segunda); c) perfeccionar la compraventa prometida con el otorgamiento de la escritura pública correspondiente en la Notaría Tercera de Bogotá el 10 de enero del año siguiente; y d) hacer la entrega material de dicho bien 'simultáneamente con la firma de la escritura de compraventa' (cláusula quinta).

"Afirman los demandantes que su demandado no cumplió en la forma y tiempo debidos con las dos obligaciones primeramente anotadas y este es el hecho básico que invocan como fundamento de la acción instaurada.

"Para demostrar que la titulación les fue entregada tardíamente acompañaron con su demanda el recibo de 16 de enero de 1956 en donde se relacionan los documentos recibidos en esa fecha por los promitentes compradores, y que el demandado, al absolver el pliego de posiciones a que se le sometió en el juicio reconoció como cierto...

"De éste se infieren dos hechos fundamentales, a saber: a) que la titulación sólo les fue entregada a los prometientes compradores el 16 de enero de 1956, esto es, seis días después del último acordado contractualmente como plazo máximo para ello; y b) que como de esa titulación no aparecía el prometiente vendedor como dueño de la finca —no estaba la escritura de adquisición por éste ni la de quien se decía su tradente señor Juan Parra Arteaga y de otro lado el certificado del Registrador decía que era éste su propietario hasta entonces— debía calificarse como incompleta y deficiente, por lo cual, no solamente por su envío retardado sino además porque de acuerdo con ella los demandantes no podían 'adquirir la certeza de que la mencionada titulación se encuentra en legal forma, y que el prometiente vendedor tiene la capacidad suficiente para efectuar debidamente la tradición del bien', no se cumplía la condición prevista en la cláusula cuarta del contrato para que los demandantes tuvieran la obligación de presentarse a la Notaría a recibir la escritura de compra prometida.

"El demandado al contestar la demanda y al absolver el pliego de posiciones afirmó que la causa de la demora en la expedición de las copias la hizo saber oportunamente a sus demandantes y que éstos al aceptar el hecho le habían manifestado que se otorgaría 'un plazo mayor' para hacer la escritura. Sin embargo, tal aserto no pasa de ser una simple afirmación procesal, pues no se demostró en el juicio ni remotamente, la invocada modificación que respecto al plazo se hubiera acordado para el pacto inicial.

"Agrega que a pesar de ello desplegó toda su diligencia y actividad para que los funcionarios de la Notaría y el Registrador de Chocontá —quienes dice a la sazón se encontraban en vacaciones— le expidieran las copias de los títulos con la mayor rapidez y que gracias a la mediación de personas influyentes pudo obtenerlas y enviárselas a sus demandantes. Y con base en este hecho invoca en su defensa la *fuerza mayor* en el tardío cumplimiento de su obligación.

" ... ...

"Si, pues, la confluencia de lo imprevisible y de lo irresistible de un hecho es lo que le atribuye categoría de fuerza mayor y por ende el poder liberatorio suficiente para exonerar de responsabilidad civil al deudor de la obligación que por tal causa no se cumplió; debe seguirse que la demora en las Oficinas de Registro y Notaría en razón a los turnos establecidos para la expedición de copias, no es un hecho imprevisible para la persona que actúe con mediana inteligencia y cuidado. Este hecho, por no poderse calificar de raro sino contrariamente de frecuente ocurrencia, es normal y esencialmente previsible y por tanto ha debido precaverse por el obligado al celebrar el contrato de promesa exigiendo o estableciendo un plazo mayor para presentar a sus demandantes la titulación de la finca prometida en venta, haciendo así diligentemente un cálculo temporal para el cumplimiento de su deber. Si el demandado no previó que la posible demora en la expedición de las copias de la titulación era razón para impedirle el oportuno cumplimiento de la obligación, debe correr con las consecuencias de su actuación negligente.

"De otra parte, de las mismas declaraciones recibidas a petición del demandado se infiere que la compulsa de las copias sí lo fue en un lapso inferior a los 20 días que contractualmente acordaron para la entrega de la titulación a los promitentes compradores...".

Para hacer esta última aseveración, el sentenciador se funda en las declaraciones de los testigos Pablo Enrique Avendaño y Roberto

Gaviria, y en lo expresado en las copias por el mismo funcionario que las expidió.

Dice que, según el certificado que el prometiente vendedor presentó a los prometientes compradores el 16 de enero y que le había sido expedido el 11 del mismo mes, el poseedor inscrito de la finca era Juan Parra Arteaga, por compra hecha a Luis Antonio Leaño mediante la escritura número 1061 de 13 de mayo de 1955, por lo cual "los demandantes no adquirieron la certeza de que su contratante tenía 'la capacidad suficiente para efectuar debidamente la tradición del bien', que era precisamente el objetivo perseguido al exigir la entrega de la titulación"; y que "conforme al documento contentivo del contrato de promesa era también deber del prometiente vendedor poner al día, hasta el 10 de enero de 1956, el pago de los intereses correspondientes a las deudas hipotecarias que entonces afectaban al inmueble (parágrafo único de la cláusula segunda), 'para efecto de definir las obligaciones de los prometientes compradores'.

"Tal obligación —dicen los demandantes— tampoco la cumplió el demandado... ninguna prueba aportó el demandado para acreditar el cumplimiento oportuno de esta obligación, puesto que solamente se limitó a allegar el certifcado de paz y salvo suyo por concepto de impuesto sobre la renta y complementarios, pero nada en cuanto al pago de intereses a los acreedores hipotecarios de la finca prometida en venta, conforme a lo establecido en el contrato que dio nacimiento a este proceso".

En lo atinente a las excepciones propuestas por el demandado, estima el tribunal que los prometientes compradores cumplieron con entregar a su prometiente vendedor, el mismo día en que se firmó la promesa de contrato, la suma de siete mil pesos ($ 7.000.00) "a título de arras y también a cuenta del precio", única prestación "que debían ejecutar con antelación a los deberes de su demandado", y que "la obligación de presentarse a la Notaría 3ª de Bogotá a recibir la escritura de transferencia del inmueble el 10 de enero siguiente, estaba subordinada a la condición de que antes el prometiente vendedor les entregara la titulación completa y suficiente de la finca prometida en venta; lo que significa, en otros términos, que si para entonces no había recibido dicha documentación o si la recibida resultaba insuficiente para adquirir la certeza de que éste tenía facultad para hacer la tradición del bien, no tenían obligación de presentarse a la Notaría. Y si, como quedó visto, para el 10 de enero de 1956 los demandantes no habían recibido aun la titulación por cuanto el demandado no se la había hecho llegar, no puede aceptarse, como lo pretende el recurrente, que aquéllos estuvieran en mora de cumplir esta obligación puesto que, se repite, tal deber jurídico estaba supeditado en su existencia a un hecho dependiente de las actividades del demandado que no había ejecutado a la sazón".

Por todo lo cual, concluye que son improcedentes las excepciones propuestas por el demandado, y que "el decreto de resolución del contrato de promesa de compraventa contenido en la sentencia que se revisa es entonces legal y debe sostenerse".

Por último, luego de afirmar que las arras pueden tener cabida en una promesa de contrato y que en la de que aquí se trata se estipuló que los prometientes compradores entregaban al prometiente vendedor, quien la declaró recibida, la suma de siete mil pesos "a título de arras y también a cuenta del precio", habiéndose agregado que si el contrato prometido no se perfeccionaba a causa de la deficiencia de la titulación "por ese sólo hecho el prometiente vendedor se obliga para con los prometientes compradores a devolverles o restituirles, sin lugar a requerimientos de ninguna clase, el valor de las arras", dedujo el tribunal que "este pacto dice expresamente que las arras se daban como parte del precio, es decir, de las doctrinaria y jurisprudencialmente llamadas 'arras confirmatorias penales' ". Y valiéndose de una cita de la doctrina jurisprudencial, concluye que "la parte que no tiene culpa en la inejecución del contrato puede elegir, como en la cláusula penal, entre exigir su cumplimiento, o apropiarse las arras, caso de haberlas recibido, o exigirlas dobladas, caso de haberlas desembolsado".

Tal la fundamentación de la sentencia recurrida.

IV

La demanda de casación

Ubicada por sus propios términos en la órbita de la causal primera, dice el recurrente organizarla en tres cargos de que trata en capítulos separados y de los cuales cabe hacer el siguiente resumen:

Primer cargo. Está formulado por violación, en el sentido de aplicación indebida, de los artículos 1546, 1599 y 1859 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, en armonía con los artículos 1496, 1592 y 1610 (regla 3ª del mismo código), a consecuencia de errores de hecho mani-

fiestos en la apreciación de las pruebas, errores éstos que el acusador propone así:

Primer error. Refiriéndose a la cláusula del contrato, base del juicio, según la cual los Tafur Herrán entregaron la cantidad de $ 7.000.00 a Monsalve que éste declaró "tener recibida a título de arras, y también a cuenta del precio", y a la estipulación de su cláusula cuarta, de que si del estudio de los títulos los prometientes compradores llegaren a la conclusión de no ser conveniente el perfeccionamiento del contrato de compraventa, no se perseverará en la negociación, y "por ese sólo hecho el prometiente vendedor se obliga para con los prometientes compradores a devolverles o restituirles, sin lugar a requerimientos de ninguna clase, el valor de las arras, en Bogotá", argumenta el impugnante que "el Tribunal incurrió en el error de hecho manifiesto de dar por cierto sin serlo que en el referido documento de promesa de venta se estipuló a cargo del prometiente vendedor, para ciertos eventos, la obligación de restituir *dobladas* las arras que recibió como parte del precio de la venta prometida.

"En efecto, el Juzgado de la primera instancia condenó a mi mandante a pagar a los demandantes la suma de catorce mil pesos, es decir, el valor de las arras dobladas, y el Tribunal confirmó esa sentencia sin más fundamento que el texto que se deja reproducido, dentro del cual quedó incorporado lo que dijeron las partes en esa promesa de venta, sobre restitución de las arras; y como ese texto simplemente establece la obligación, en el evento allí contemplado, de restituir 'el valor de las arras', o sea la suma de siete mil pesos, resulta evidente el error de hecho del Tribunal al entender que se estipuló la obligación de restituir el valor de las arras *dobladas*".

Segundo error. Sostiene la censura que "el Tribunal incurrió también en el error de hecho manifiesto de dar por establecido, sin estarlo, que los Promitentes Compradores, en virtud del mismo documento privado del 20 de diciembre de 1955 sobre la promesa de venta (folios 13 a 14 del cuaderno primero del expediente), quedaron obligados a comprarle al promitente vendedor lo que éste prometió allí venderles".

Que al efecto, "en la cláusula cuarta de la mencionada promesa, después de estipularse la obligación del promitente vendedor de entregar a los promitentes compradores, dentro de cierto plazo, la documentación sobre los títulos de la finca aludida, se dice: 'por consiguiente, si del estudio de los títulos los promitentes compradores llegan a la conclusión de no ser conveniente el perfeccionamiento del contrato de compraventa no se persevera en la negociación'". Lo que significa que en realidad los demandantes no quedaron obligados a comprarle al demandado lo que éste prometió venderles, porque aquéllos siempre podían excusarse de comprarle alegando serles esto inconveniente dada la índole de la documentación. "La obligación de comprar quedó subordinada a la condición de que los promitentes compradores, después de estudiar los títulos de la finca, encontraran conveniente para ellos hacer la compra, o sea quedó subordinada a su propia voluntad de comprarla, y, por tanto, no quedaron obligados a ello; y de ahí que el Código Civil, aunque esto era innecesario, haya declarado que las obligaciones así contraídas son nulas (artículo 1535).

"Pero el Tribunal no tomó razón del texto preciso de dicha cláusula cuarta y no se dio cuenta de su auténtico sentido de dejar al arbitrio de los promitentes compradores el comprar o no comprar lo que el promitente vendedor prometió venderles, sino que, por el contrario, entendió que allí se estableció la obligación de los promitentes compradores de comprarle y que sólo podían excusarse *'a virtud de la deficiencia de la titulación'*, como lo dice en el texto que antes se transcribió y que es el constitutivo de los fundamentos de la confirmación de la condena al pago de las arras dobladas".

Tercer error. Se alega que "el Tribunal dio por establecido, sin estarlo, que las partes en la referida promesa estipularon arras confirmatorias penales, incurriendo así en error de hecho manifiesto", porque, ni los autores, ni la jurisprudencia estiman que cuando se dan arras como parte del precio, sean éstas las llamadas confirmatorias penales. El recurso invoca en su apoyo la doctrina de las sentencias de casación de 10 de julio de 1953 (LXXV, página 548) y de 6 de junio de 1955 (LXXX, página 414); y luego de discurrir sobre las categorías de arras que admite el Código Civil y observar que las confirmatorias que contempla el artículo 1861 o sea las que se dan "como parte del precio o como señal de quedar convenidos los contratantes", excluyen la facultad de retractación, desapareciendo la base para la pena prevista en el caso de las arras penitenciales de que trata el artículo 1859, sostiene que, en el caso de este juicio, al estipular las partes que la suma de siete mil pesos dada por los prometientes compradores al prometiente vendedor lo era "a título de arras y también a cuenta del precio", entendieron "excluir la facultad de retractación con la consecuencia de la pena de perder los siete

mil pesos los promitentes compradores y de restituirla doblada el promitente vendedor''.

Esa intención se ve en la cláusula cuarta del contrato de promesa, en donde, para el evento de que los prometientes compradores llegaran a la conclusión de no ser conveniente el perfeccionamiento del contrato prometido, se pactó que el promitente vendedor les restituirá ''el valor de las arras'', es decir, la suma de siete mil pesos recibida ''como arras y también a cuenta del precio''. ''Si la intención hubiera sido darle a dicha suma el carácter de arras penales, lo lógico hubiera sido, por lo menos, contemplar el evento del incumplimiento por parte del promitente vendedor para establecer, en tal evento, su obligación de restituir doblada esa suma''. Lo cual es así, no solo por lo ya dicho de que las arras ''como parte del precio'', según el Código Civil, excluyen su naturaleza penal, sino porque, siendo el pacto de arras accidental, debe estipularse con toda claridad, expresando el sentido del mismo.

Pero, el Tribunal no se dio cuenta de los hechos anteriores y de que, por consiguiente, en la frase ''a título de arras y también a cuenta del precio'', las partes sólo quisieron significar que quedaba en firme el contrato, sino que por el contrario entendió que fueron arras confirmatorias penales lo que ellas estipularon.

De todo lo cual deduce el acusador que el Tribunal, al confirmar la sentencia del juez *a quo,* por entender que se trataba de incumplimiento de un contrato bilateral que daba fundamento a la acción resolutoria con indemnización de perjuicios y que el demandado, por el hecho de su incumplimiento, adquirió la obligación de restituir doblada la suma de siete mil pesos que recibió como arras a cuenta del precio, violó indirectamente, por aplicación indebida, las disposiciones sustanciales al principio citadas, habiendo infringido también los artículos 606 y 637 a 665 del Código Judicial, al aplicar éstos dándole valor probatorio a unos elementos de hecho inexistentes.

En conclusión, bajo el epígrafe de *cómo ha debido ser el fallo del Tribunal,* dice la censura que si éste no incurre en tales errores de hecho manifiestos y, por el contrario, toma razón de que la cláusula cuarta de la promesa de venta no expresó la obligación del prometiente vendedor de restituir dobladas las arras sino sólo su valor; de que los prometientes compradores no quedaron obligados a comprar, por lo cual en ningún caso perderían las arras y tampoco se trataba de un contrato bilateral; y de que no hubo estipulación de arras confirmatorias penales, sino de arras simplemente confirmatorias, ''llega a la conclusión de que el incumplimiento de mi mandante de dicho contrato no le acarreaba la obligación de restituir dobladas dichas arras, y que era improcedente la acción resolutoria del contrato; y, en consecuencia, habría revocado la sentencia del juzgado y absuelto a mi mandante de todas las peticiones de los actores en el juicio''.

Segundo cargo. Impútasele al sentenciador la violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 1599, 1859, 1861 (inciso segundo) del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, ''a consecuencia de error de derecho'' en la apreciación del documento contentivo de la promesa de venta.

Se alega que el error consistió en haberle dado a ese documento, atendiendo a la expresión de que el prometiente vendedor recibía la suma de siete mil pesos ''a título de arras y también a cuenta del precio'', el valor de plena prueba de que las partes estipularon arras confirmatorias penales, con la consecuencia de perderlas quien las dio o de devolverlas dobladas quien las recibió, según fuere el infractor, ''aplicando así indebidamente el artículo 637 del Código Judicial, en armonía con el artículo 606 del mismo Código, y los artículos 8º de la Ley 153 de 1887 y 1859 y 1861 (inciso segundo) del Código Civil''.

Se trata de un error manifiesto —dice el impugnante—, por las siguientes razones: porque no existe disposición alguna que le haya dado a la susodicha expresión el valor de plena prueba de la estipulación de arras confirmatorias penales; porque no son aplicables por analogía al caso de autos el artículo 1859 y el inciso segundo del artículo 1861, relativos principalmente al contrato de venta, pues que tales textos excluyen la sanción para los casos en que las arras se dan como parte del precio; porque tales disposiciones sólo contemplan las arras llamadas penitenciales; porque, siendo normas de excepción, relativas a estipulaciones accidentales, no son susceptibles de aplicación por anología.

Tercer cargo. Bajo la formulación de que ''el Tribunal violó, por interpretación errónea el artículo 1859 y el artículo 1861 del Código Civil y por aplicación indebida el artículo 1599, del Código Civil, y el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, las dos últimas disposiciones directamente'', se hace consistir este reparo en que el Tribunal entendió que según los artículos 1859 y 1861 del Código Civil, la estipulación de ''recibir una suma de pesos como arras y a cuenta del precio'', acarrea las consecuencias del artículo 1859, ''interpretando así equivocadamente el sentido de tales disposiciones''.

Fue por ello por lo que procedió a aplicarlas, junto con el artículo 1599, al caso de autos, para condenar al demandado en la forma vista, con quebranto de dichas normas en los conceptos ya expresados. Si el sentenciador no hubiera incurrido en ese error de interpretación, hubiera encontrado que tales disposiciones no son aplicables al caso de autos, se habría abstenido de confirmar la sentencia del inferior, y la habría revocado "en lo relativo a la condena a pagar la suma de catorce mil pesos", absolviendo en el punto al recurrente.

V

Consideraciones de la Corte

1. El primero de los cargos expuestos ensaya tres motivos de error de apreciación probatoria, a intento de apoyar la imputación de quebranto de las disposiciones de derecho sustancial a que se refiere.

Pero es de notar que el planteamiento del primero y del último de esos alegados errores, adolece del defecto de proponer como yerro de hecho lo que es una conclusión jurídica sacada por el sentenciador de la promesa de contrato en referencia, cuyo documento, en lo pertinente al pacto de arras, leyó él sin variar en modo alguno la objetividad de sus términos, dándoles al respecto el efecto que consagra el artículo 1859 del Código Civil, atinente a las arras de retractación. Así, el cargo, en cuanto está montado sobre los supuestos errores primero y tercero no daría margen a la necesidad de estudiar la censura en estos puntos, por contraria a la técnica del recurso extraordinario. Sin embargo, como la materia que ellos entrañan informa la acusación contenida bajo los capítulos segundo y tercero, será, al atender a éstos, cuando se ventile tal cuestión.

Por lo que hace al segundo error que bajo el mismo primer cargo se destaca, la Corte encuentra lo siguiente:

2. En verdad erró el Tribunal, al leer el documento de la promesa en el sentido de que por él los llamados prometientes compradores, señores Tafur Herrán, quedaron obligados a comprar al prometiente vendedor, doctor Alejandro Monsalve, el bien a que el negocio se refería. Porque, lo cierto es que por la cláusula cuarta del convenio promisorio se pactó que si los Tafur Herrán, del estudio de los títulos que Monsalve debía entregarles dentro del plazo fijado para el otorgamiento de la escritura pública de la venta "*llegaren a la conclusión de no ser conveniente el perfeccionamiento del contrato de compraventa, no se perseverará en la negociación*", caso en el cual el prometiente vendedor estaría obligado a restituirles el valor de las arras.

Las voces de esta cláusula indican que se dejó al arbitrio de los Tafur Herrán la apreciación de los títulos y el decidir si, en vista de éstos, les era, sí o no, *conveniente* el negocio, para perseverar o no, según el caso, en su perfeccionamiento. O lo que es lo mismo que por el convenio promisorio que obligó a Monsalve a vender a los Tafur Herrán, si éstos se decidían a comprar, los últimos no quedaron obligados a hacerlo.

3. Pero este error del tribunal en la inteligencia del documento de promesa no induce la nulidad que el recurrente cree encontrar en ese convenio, con el argumento de que, habiendo la obligación de los prometientes compradores quedado supeditada a su propia voluntad de comprar, se está entonces en el caso del artículo 1535 del Código Civil, según el cual "son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga", porque olvidó el censor que el acto consignado en el referido documento de promesa, cuyos elementos estructurales ya están vistos, constituye una promesa unilateral de venta que obligó a Monsalve a cumplir las obligaciones por éste contraídas en tal documento a favor de los Tafur Herrán, en cuya pro se estableció, por lo tanto, la opción de que trata el artículo 23 de la Ley 51 de 1918, opción que corresponde ciertamente a la llamada promesa unilateral.

4. Y si *es propio de las obligaciones civiles el que su eficacia o cumplimiento puedan ser respaldados con cualesquiera seguridades de las permitidas por la ley, es claro que Monsalve podía caucionar su compromiso, sometiéndose, en cuanto a la suma de dinero que recibía de los Tafur Herrán como anticipo, desde luego condicional, de parte del precio, al régimen legal de las arras, que es lo que claramente significa el que se le hubiera dado este específico nombre a tal anticipo.*

Y es éste ciertamente el criterio de nuestros doctrinantes. Así, Rodríguez Fonnegra en su tratado "Del Contrato de Compraventa y Materias Aledañas" (número 728 literal e), dice que "puesto que en dichos artículos 1859 y 1860 no hay sino regulación de pacto que sin tales artículos obraría en razón de la normal autonomía de las partes en materia contractual y hasta en fuerza de los principios generales del código sobre actos y obligaciones condicionales, esos textos no son exclusivos para el contrato de compraventa que se perfecciona o se proyecta

celebrar, y la reglamentación hecha con ellos, basada en la voluntad probable de las partes, concierne: a la policitación de cualquier contrato, sea real, consensual o solemne; al bilateral de ejecución instantánea que es celebrado cuando se dan las arras; y al contrato bilateral de que surjan obligaciones continuativas que no deban comenzar a pagarse hasta que llegue el día fijado para ello...". Como se ve, según este autor, hasta la policitación misma de un contrato —policitación que quiere decir "promesa que no ha sido aceptada todavía—", puede ser garantizada con pacto de arras. También Pérez Vives, en su tratado de la "Compraventa y Permuta en Derecho Colombiano" (número 50), después de haber discurrido sobre las promesas bilateral y unilateral en punto de compraventa, dice: "En todos los casos contemplados hasta aquí, en este capítulo, pueden otorgarse arras...". Y entre los tratadistas extranjeros, Planiol y Ripert con Hamel (versión de Díaz Cruz y Le Riverend Brusone, tomo X, número 208), expresan que el Código Civil Francés "menciona las arras en el artículo 1590 al referirse a las promesas de venta; las reglas sentadas por ese artículo deben aplicarse a las promesas de venta unilaterales lo mismo que a las promesas sinalagmáticas..." (los subrayados son de la Corte).

Flaquea, así, el cargo por los aspectos que quedan vistos.

5. Situado, pues el problema en el campo de la promesa unilateral de venta, falta por ver de este capítulo de la censura lo concerniente a la tacha de violación indirecta, por aplicación indebida, del artículo 1546 del Código Civil, en cuanto el Tribunal confirmó la sentencia del *a quo* que declara la resolución por incumplimiento de un contrato que estimó *bilateral, no siéndolo. A lo cual se observa: es cierto que la resolución judicial no se aplica, en principio, sino a los contratos sinalagmáticos, salvo los casos de ciertos contratos unilaterales en que, por la índole de los mismos, permite el derecho la entrada en ellos a esa especie de resolución: tales, por ejemplo, las hipótesis de los artículos del Código Civil 2202 tocante con el contrato de Comodato y 2296 atinente al de Renta Vitalicia.*

Ahora bien: la promesa unilateral de venta, que es la que aquí se ha encontrado establecida, no requería, en el caso de incumplimiento del prometiente vendedor, que se la declaráse resuelta para que los destinatarios de la misma pudieran hacer uso de los derechos consiguientes a ese incumplimiento. A tal fin, lejos de hacer resolver el convenio promisorio, les bastaba apoyarse sobre éste para exigir, en aplicación del mismo, la restitución de las arras dobladas.

Mas, como al estudiar los demás cargos va a encontrarse que ellos no son hábiles para desquiciar la condenación del demandado al pago de las arras dobladas, el desvío del sentenciador al decretar la resolución de la promesa unilateral de venta, por haber creído que se trataba de una promesa bilateral de compraventa, no alcanza a tener trascendencia en el recurso extraordinario, pues, por vía distinta a la de la resolución en cumplimiento del pacto de arras, tendría que llegarse a la misma condena en que se polariza en definitiva el resultado del litigio.

6. Cuanto al capítulo segundo del libelo acusatorio o cargo segundo, aunque dice formularse por violación indirecta de los artículos 1599, 1859 y 1861 (inciso segundo) del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, como indebidamente aplicados, a consecuencia de error de derecho en la apreciación del documento contentivo de la promesa, con quebranto también por aplicación indebida del artículo 637 del Código Judicial en relación con el 606 ibídem, acontece que todo el desarrollo de la censura se hace, no sobre la base de que el sentenciador le hubiera atribuído a ese documento un valor formal que la ley le niegue, en lo que radicaría el yerro de valoración, sino sobre los efectos jurídicos del pacto de arras, los que el impugnante estima erróneamente deducidos por el tribunal.

Se atenderá, pues, al estudio de este cargo, juntamente con el que informa el capítulo tercero de la impugnación o cargo tercero, propuesto éste por interpretación errónea de los artículos 1859 y 1861 del Código Civil y aplicación indebida de los artículos 1599 ibídem y 8º de la Ley 153 de 1887, pues que la sustancia de uno y otro capítulo es la misma.

En efecto, por ellos se le imputa al fallador el error jurídico de haberle asignado a las arras pactadas en el documento de promesa de venta de 20 de diciembre de 1955, el carácter de arras de retractación, carácter que no podía atribuirles por cuanto fueron dadas "a cuenta del precio" y, por lo mismo, como confirmatorias del negocio, sin que por otra parte pudieran en este caso aplicarse por analogía las disposiciones del artículo 1859 y del inciso segundo del 1861 estatuidas excepcionalmente para el contrato de venta.

7. *Como lo enseña la doctrina jurisprudencial, las arras, en sentido lato, consisten en la entrega de una cosa (generalmente dinero) por una de las partes a la otra, en señal de un contrato que*

se celebra, y con uno de tres fines, a saber: o de confirmar simplemente el contrato mismo, dándose así las arras como prueba simbólica o señal de la confirmación del contrato, caso en el cual se denominan "simplemente confirmatorias" (Arrha insignum consensus interpositti data); o de confirmar el contrato y garantizar su ejecución, convirtiéndose entonces ellas en una estimación o liquidación anticipada de los perjuicios por el incumplimiento, supuesto en el cual se llaman "arras confirmatorias penales"; o de poder desistir del contrato cada una de las partes, mediante la sanción de perderlas quien las ha dado o de tener que restituirlas dobladas quien las ha recibido, hipótesis en que reciben el nombre de "arras de retractación".

En el primer caso o sea el de las arras simplemente confirmatorias, si el contrato se realiza, las arras deben restituirse a quien las dio o imputarse a buena cuenta del precio; y si no se realiza, la parte inculpable tiene derecho a la indemnización de perjuicios mediante liquidación judicial.

En el segundo caso o sea el de las arras confirmatorias penales, la estipulación tiene los caracteres de la cláusula penal, de la que sólo se diferencia en cuanto ésta no es como aquellas prestación real y antelada. Las partes no pueden apartarse del compromiso contractual; y en caso de incumplimiento de una de ellas, la que las haya recibido, si no ha tenido culpa en la inejecución del contrato, puede elegir, como en la cláusula penal, entre exigir el cumplimiento de éste o apropiarse las arras. En cambio, la parte que lo incumple no puede, como en las arras de retractación, imponer a la otra uno u otro extremo.

En el tercer caso o sea el de las arras de retractación, la prenda se ha dado con la intención de ofrecer a cada una de las partes un medio de desistir del contrato sujetándose a penalidad (arrha quae ad jus penitendi pertinet): *quien las ha entregado puede retractarse perdiéndolas; quien las ha recibido puede desligarse pagando el doble al otro contratante, cuando la prenda consiste en dinero, o si ésta consiste en otro objeto, restituyendo la cosa recibida más el equivalente de la misma cosa en dinero (casación, 6 de junio de 1955, LXXX, 2154, páginas 413 a 415).*

Nuestro Código Civil habla de las arras únicamente en los contratos de compraventa y de arrendamiento (artículos 1859, 1860, 1861, 1932 y 1979). Lo cual no quita, como está visto atrás, el que puedan estipularse en cualquiera de sus especies, en otros contratos, en uso de la libertad de contratación, por cuanto ni la ley lo impide, ni repugna ello a la índole de las arras según ha sido explicado. Su regulación por el Código Civil, en relación con la compraventa, nada tiene de excepcional y restrictivo, pues no se ofrece con tal carácter y, así, las normas al respecto, a virtud de lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, son susceptibles de aplicación por analogía al pacto de arras en relación con otros contratos, en tanto el derecho no lo prohíba. Entonces, la estipulación de arras de retractación es de recibo, tanto en la promesa bilateral de compraventa como en la promesa unilateral de venta o de compra.

8. Aunque en el caso *sub júdice* las partes hablaron de que los Tafur Herrán entregaban a Monsalve la cantidad de siete mil pesos "a título de arras, y también a cuenta del precio", es incuestionable que tal entrega no podía tener el carácter de arras confirmatorias de un contrato de promesa de compraventa, desde luego que la firmeza de éste quedó supeditada a la condición de que los Tafur Herrán optasen por perfeccionar la compraventa prevista, dentro de los veinte días fijados al efecto y en cuanto Monsalve les hubiera entregado oportunamente, para su examen, los títulos de propiedad del inmueble. La naturaleza misma de la opción allí establecida en favor de los Tafur Herrán hacía jurídicamente imposible el que la suma dada por éstos a Monsalve con imputación a parte del precio tuviera ese carácter de "arras confirmatorias". Entonces, dentro de los perfiles de la operación, la cantidad así entregada, en cuanto pudiera llegar a ser imputable al precio, no podía tener lógicamente otra calidad que la de un anticipo condicional de parte del mismo, hecho por los Tafur Herrán para el evento de que éstos optasen por llevar adelante el negocio. Y, como a ese anticipo los contratantes le dieron el calificativo de "arras", no puede haber duda de que entendieron pactar "arras de retractación", porque la susodicha expresión: *arras,* cuando la constitución de éstas no se hace o no puede hacerse en el sentido de confirmatorias, significa facultad para desistir del contrato, con los efectos que a su ejercicio asigna el artículo 1859 del Código Civil. Vale decir que Monsalve, quien otorgó la opción y recibió las arras, podía desistir de su compromiso, devolviendo éstas *dobladas* a los Tafur Herrán.

9. Si, en la especie del litigio, el tribunal calificó como *confirmatorias penales* las arras recibidas por el prometiente vendedor, sin embargo como condenó a éste a restituirlas dobladas a

los demandantes y como ese efecto, según lo visto, corresponde a las arras de retractación, es claro que el simple yerro en la calificación jurídica induce apenas a la rectificación doctrinal que se deja hecha, pero en modo alguno a la infirmación del proveído.

Y como el sentenciador, con fundamento en las pruebas que tuvo a la vista, estimó que el prometiente vendedor no cumplió dos de sus obligaciones liminares, cuales eran las de entregar a sus demandantes, dentro de los veinte días subsiguientes al 20 de diciembre de 1955, los títulos de la finca correspondientes a un período de treinta años complementados con el respectivo certificado de registro, lo cual era indispensable para colocar a los Tafur Herrán en condición de ejercitar su derecho de opción y la de poner al día, para la fecha en que tendría que otorgarse la escritura de la compraventa, los intereses de las deudas hipotecarias que pesaban sobre el inmueble, a efecto de definir las obligaciones de los Tafur Herrán en caso de comprar, resulta obvio que el demandado, al abstenerse de cumplir tales obligaciones, desistió implícitamente de su compromiso, colocándose así en el imperativo de restituir dobladas las arras, en que se tradujo la condena decretada por el juzgador.

No prosperan, pues, los cargos.

No habrá lugar a condena en costas, a virtud de la rectificación de doctrina.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha tres (3) de julio de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior de Bogotá.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al Tribunal de origen.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario

ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR LESION ENORME

Naturaleza jurídica de la compraventa. — No siempre la venta de derechos hereditarios es aleatoria. — Prueba adecuada para demostrar la lesión enorme. — A qué equivale la expresión "error jurídico". La determinación de si un contrato es conmutativo o aleatorio es una cuestión de hecho y no un punto de derecho.

Corte Suprema de Justicia.
Sala de Casación Civil.

Bogotá, D. E., febrero 22 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava.*

El señor Eduardo Escallón Umaña, obrando en su calidad de heredero de la difunta señora Paulina Escallón viuda de Tobar, demandó al señor Alberto Escallón Guarín ante el Juez Octavo Civil del Circuito de Bogotá para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara rescindido, por causa de lesión enorme, el contrato de compraventa que la causante Paulina Escallón celebró con el demandado Escallón Guarín mediante la Escritura número 1241, extendida en la Notaría Octava de esta ciudad el 12 de abril de 1956, contrato por el cual la primera cedió al segundo el derecho herencial que a ella le correspondía en la mortuoria de la señorita Julia Escallón Umaña. En la demanda se pidió también la declaración de que el demandado debía expresar si consentía en la rescisión o en completar el justo precio del derecho cedido y de que, en caso de consentir, se lo condenase a restituir ese derecho y a pagar los frutos del inmueble en que está radicado y las costas del juicio.

Los hechos pertinentes de la demanda pueden condensarse así:

1. Por la Escritura número 1241, otorgada en la Notaría Octava de Bogotá el 12 de abril de 1956, la señora Paulina Escallón de Tobar le cedió al señor Alberto Escallón Guarín, a título de venta y en la suma de $ 55.000.00, el derecho herencial que la vendedora tenía en la sucesión de la señorita Julia Escallón Umaña, derecho que se dijo estar vinculado a la hacienda llamada "La Estancia", ubicada en jurisdicción del Municipio de Madrid y alindada como se expresa en la demanda.

2. El precio de $ 55.000.00 en que se vendió el mencionado derecho herencial, es muy inferior al justo precio del mismo derecho, máxime si se tiene en cuenta que el pago de los gastos y del respectivo impuesto de sucesiones corrió a cargo de la vendedora.

3. Dentro de la sucesión de la señorita Julia Escallón Umaña se le adjudicó al demandado Escallón Guarín una cuota parte de la hacienda "La Estancia" para cubrirle el derecho herencial que le había comprado a la señora Paulina Escallón de Tobar.

4. Al comprarle su derecho a esta señora, el demandado Escallón Guarín era ya comunero en la hacienda "La Estancia", de modo que con esa adquisición no hizo sino aumentar su cuota o sus derechos en tal comunidad.

5. También por la Escritura número 4603, extendida en la misma Notaría Octava de Bogotá el 31 de diciembre de 1956, el señor Eduardo Escallón Umaña le vendió al citado Alberto Escallón Guarín en $ 55.000.00 el derecho herencial que correspondía al vendedor en la mortuoria de la causante Julia Escallón Umaña, derecho que era igual al que Paulina Escallón cedió al propio Escallón Guarín.

6. No obstante el precio de compra expresado en la sobredicha Escritura número 4603, posteriormente, por la Escritura número 1566,

otorgada en la Notaría Sexta de Bogotá el 30 de mayo de 1958, el comprador Alberto Escallón Guarín reconoció que el valor real del derecho que le cedió el señor Eduardo Escallón Umaña era de $ 176.000.00 y se obligó a pagar este precio en la forma expresada en dicho segundo instrumento público.

7. El demandante Eduardo Escallón Umaña es heredero de la señora Paulina Escallón de Tobar y así fue reconocido en el correspondiente juicio sucesorio.

El demandado guardó silencio sobre la demanda y el juicio siguió su curso y fue resuelto en primera instancia mediante fallo de 30 de octubre de 1961, en el cual se denegaron las súplicas formuladas, se absolvió al mismo demandado y se condenó en costas al actor.

La sentencia acusada

Abierto y surtido el segundo grado por apelación de la parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá pronunció la sentencia de 15 de junio de 1962, por la cual se confirmó la de primera instancia y se condenó en costas al apelante.

El fallo del Tribunal expone los términos del litigio y acomete el examen del contrato de venta que de su derecho herencial en la mortuoria de Julia Escallón Umaña celebró la señora Paulina Escallón de Tobar con el señor Alberto Escallón Guarín en orden a definir si se trata o no de un contrato aleatorio, como lo calificó la sentencia de primer grado. Anota que, aunque ningún precepto positivo excluye los contratos aleatorios de la acción rescisoria por lesión enorme, la doctrina y la jurisprudencia han deducido esa exclusión de la naturaleza misma del contrato que coloca a las partes en una incertidumbre o contingencia respecto de las ganancias o pérdidas que de él puedan derivarse. Cita una doctrina de la Corte sobre este punto, vuelve sobre la venta de los derechos de la señora Escallón de Tobar al demandado Escallón Guarín y dice en seguida: "Estos derechos, para el momento en que el contrato se formalizaba, no habían logrado concretarse aún en cuerpo cierto o en cuota determinada del inmueble a que se hallaban vinculados, por cuanto la liquidación y consiguiente adjudicación de lo que a cada asignatario pudiera corresponder, sólo vino a realizarse veinte meses después, diciembre 12 de 1957, en que se presentó y fue aprobada la correspondiente partición. Y si en el momento de la celebración del contrato ninguna de las partes podía conocer la extensión precisa de los derechos que se enajenaban, hay que reconocer entonces que la venta, desde este punto de vista, era aleatoria, es insusceptible por lo tanto de ser atacada por la vía de la rescisión a que da lugar la lesión enorme. Era cierto e indudable que a la vendedora le iban a corresponder dentro de la sucesión de su hermana Julia unos derechos vinculados a la finca de 'La Estancia'; pero no lo era la cuantía de esos derechos, que, susceptible de aumento o disminución, resultaba desconocida e incierta . . .".

Observa la sentencia que la acción rescisoria por lesión enorme se refiere al precio de la cosa al tiempo del contrato y expresa que, aunque el mencionado factor de incertidumbre en la cuantía del derecho cedido no fuera en este caso bastante para enervar la acción instaurada, sucede que en este juicio no se demostró cuál pudo ser el justo precio de ese derecho. En efecto, el único elemento de juicio que sobre dicho precio se adujo, consiste en la manifestación que hizo el mismo demandado Escallón Guarín en la Escritura número 1566, de 30 de mayo de 1958, sobre que el valor del derecho adquirido de Eduardo Escallón era de $ 176.000.00. A este respecto hace referencia al argumento de la parte demandante de que el derecho comprado al señor Escallón Umaña era igual al cedido por la señora Escallón de Tobar y de que, si el cesionario Escallón Guarín había reconocido que el derecho adquirido del primero valía $ 176.000.00, tal declaración constituye una confesión del demandado sobre que el otro derecho habido de la segunda tenía un precio igual, y esta confesión prueba la lesión enorme sufrida por la misma Paulina Escallón, y sobre tal argumento dice a continuación:

"Pero es que, aun supuesta la más absoluta igualdad en el valor de los derechos que a doña Paulina y a don Eduardo habían de corresponderles en la finca de 'La Estancia', como herederos de su hermana Julia, el acuerdo a que, mediante la Escritura número 1566 de 30 de mayo de 1958, llegaron este último y don Alberto para ajustar en la suma de $ 176.000.00 el precio de $ 55.000.00 que simultáneamente le habían dado en la venta de que trata la Escritura número 4603 de 31 de diciembre de 1956, apenas demuestra que para el tiempo en que se otorgaba aquella escritura, 30 de mayo de 1958, los derechos de don Eduardo valían, en concepto de los dos estipulantes, la expresada suma de $ 176.000.00, mas no que ese mismo fuera el justo precio de los de doña Paulina, veinticinco meses antes, o sea para el 12 de abril de 1956, en que se formalizó la venta cuya rescisión se

demanda. El lapso de más de dos años entre una y otra estipulación, no permite deducir, ni siquiera para un mismo e idéntico objeto, que el justo precio de la una sea también el que justamente debe corresponderle a la otra, habida consideración de las mutaciones comerciales y económicas que durante él han debido producirse. Con menos razón en tratándose de objetos no idénticos, sino apenas equivalentes, y para los cuales pueden mediar, en consideración a las distintas circunstancias que los rodean, factores determinantes de un justo precio diferente del acordado para la primera enajenación. Como exactamente se advierte en el caso de esta controversia. Para don Alberto Escallón no era lo mismo adquirir unos primeros derechos sobre la finca 'La Estancia', en 1956, que ensanchar luego esa propiedad con la compra de otros más, como los adquiridos en 1958.

"Pero, como según el artículo 1947 del Código Civil, en que se funda la rescisión que se demanda, 'el justo precio se refiere al tiempo del contrato', resulta entonces que, aun aceptando como una confesión de don Alberto, el justo precio de $ 176.000.00 que en mayo de 1958 les reconoció a los derechos que adquiría de don Eduardo, no puede concluirse que este mismo haya sido el justo precio de los comprados a doña Paulina en abril de 1956".

El recurso de Casación

La parte demandante recurrió en casación y con respaldo en la primera de las causales señaladas por el artículo 520 del Código Judicial, formula contra la sentencia de segundo grado dos cargos que la Corte procede a exponer y examinar.

Primer cargo. Consiste en la violación directa, por falta de aplicación, de los artículos 1946, 1947 y 1948 del Código Civil.

El recurso inicia la exposición de este primer motivo diciendo que el fallo cometió "un grave y manifiesto error jurídico" al calificar de aleatorio el contrato celebrado por la señora Paulina Escallón de Tobar con el señor Alberto Escallón Guarín mediante la Escritura número 1241, de de 12 de abril de 1956, contrato por el cual la primera vendió al segundo el derecho herencial que ella tenía en la sucesión de su hermana Julia Escallón Umaña.

La demanda de casación reproduce los pasos de la sentencia en que se afirma que, si bien es cierto e indudable que a la vendedora Escallón de Tobar le iban a corresponder en la sucesión aludida unos derechos vinculados a la hacienda "La Estancia", ninguna de las partes contratantes podía conocer la extensión o cuantía de esos derechos, y que por esa razón la compra de ellos resultaba aleatoria e insusceptible de ser atacada por causa de lesión enorme. Transcribe también el artículo 1498 del Código Civil y una doctrina de la Corte y sostiene que, de acuerdo con dicho precepto y tal doctrina, un contrato sólo puede tenerse por aleatorio cuando la ganancia o pérdida que de él esperan obtener las partes depende de un hecho incierto. Según esta noción, no puede admitirse que toda compraventa de derechos herenciales sea necesariamente un contrato aleatorio. En respaldo de esta tesis cita lo expuesto por la Corte en casación de tres de agosto de 1954 (LXXVIII, 2145, 233) y dice que, conforme a ese concepto, "en la compraventa de derechos herenciales no puede descartarse de plano la procedencia de la acción rescisoria por lesión enorme bajo el pretexto de que tal contrato es aleatorio, ya que cuando el negocio se verifica después de practicada la diligencia de inventarios y avalúos, conociéndose así el monto del caudal hereditario, se sabe a ciencia cierta quiénes son los herederos del de cujus, la eventualidad o incertidumbre, que es nota consustancial del contrato aleatorio, queda completamente despejada y, por ende, la compraventa en esta circunstancia celebrada debe calificarse como contrato conmutativo".

La doctrina de la Corte cobra mayor evidencia y relieve cuando el derecho herencial cedido se halla vinculado a un inmueble determinado, cuando han sido aprobados ya el inventario y avalúo de bienes y cuando se conocen el número y la calidad de los herederos y sólo falta por ejecutar la partición. Celebrada la compra de aquel derecho en estas circunstancias, no puede calificarse el contrato de aleatorio. "En el caso *sub júdice* —dice el recurso— se encuentran demostradas a cabalidad las circunstancias anotadas en los párrafos anteriores, las que necesariamente llevan a calificar como contrato conmutativo la compraventa de derechos hereditarios celebrada por la señora Paulina Escallón Umaña v. de Tobar y el señor Alberto Escallón Guarín mediante la Escritura pública número 1241, del 12 de abril de 1956, Notaría Octava de Bogotá, contrato que se refiere a los derechos y acciones que le correspondían a la vendedora en la mortuoria de su hermana Julia y que estaban vinculados concretamente al inmueble La Estancia".

Repite el recurso que cuando se celebró el contrato entre los señores Escallón de Tobar y Escallón Guarín ya estaban practicados y apro-

bados el inventario y el avalúo de bienes en la mortuoria de Julia Escallón y reconocidos los herederos de esta causante. Se sabía entonces que a la vendedora Paulina Escallón le correspondería en esa mortuoria la quinta parte de una cuota o derecho proindiviso avaluado en $ 205.239.70 y vinculado a la hacienda nombrada. De manera que, al tiempo del contrato, el derecho herencial de la señora Escallón era cierto y conocido y no una mera expectativa ni un álea.

La sentencia reconoce ser cierto e indudable que a la vendedora Escallón le iba a corresponder en la sucesión de su hermana Julia un derecho vinculado a la finca "La Estancia", pero añade que al tiempo de la venta de ese derecho no se podía conocer su extensión o cuantía, y con base en este juicio le atribuye al contrato la calidad de aleatorio. En sentir del recurso, este concepto constituye "un grave y manifiesto error jurídico", porque tal derecho era ya conocido y se sabía que estaba constituido por la quinta parte de una cuota con precio determinado y con vinculación al inmueble dicho, esto es, que no era una contingencia incierta de ganancia o pérdida.

El recurso concluye así la exposición de esta primera censura:

"Esclarecido como queda hasta la saciedad que el contrato de compraventa celebrado por la señora Escallón v. de Tobar y el señor Escallón Guarín, es claramente conmutativo, resalta meridianamente el grave error jurídico en que incurrió el Tribunal *ad quem* al calificarlo como aleatorio.

"Este error jurídico indujo al sentenciador a considerar improcedente en este caso la acción rescisoria por lesión enorme, siendo claramente procedente, y, por ende, a no aplicar, siendo aplicables al caso, los artículos 1946, 1947, 1948 y concordantes del Código Civil, quebrantándolos en consecuencia por falta de aplicación".

Segundo cargo. Versa sobre la violación indirecta, por falta de aplicación, de los mismos artículos 1946, 1947 y 1948 del Código Civil, a causa de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Sobre esta segunda censura dice el recurso que "el Tribunal *ad quen* incurrió en dos errores evidentes de hecho en la apreciación probatoria, errores que lo llevaron a considerar no demostrado en el juicio que el justo precio de los derechos herenciales vendidos por doña Paulina a don Alberto, era en la época del contrato más del doble de la suma que le pagó el comprador Escallón Guarín a la vendedora Escallón v. de Tobar, a pesar de que este presupuesto fundamental de la acción se encuentra de bulto acreditado en el proceso".

El primero de los errores de hecho que señala el recurso consiste en no haber la sentencia tenido en cuenta la confesión contenida en las posiciones absueltas por el demandado y considerado por ello que no eran iguales, sino simplemente equivalentes los derechos que el propio Escallón Guarín les compró a los señores Eduardo y Paulina Escallón. En efecto, el demandado absolvió unas posiciones y en ellas admitió y confesó que el derecho herencial adquirido de Eduardo Escallón era igual al comprado a la señora Escallón de Tobar. El fallo pasó por alto esta confesión, que prueba la igualdad de los derechos mencionados, y se dedicó a hacer consideraciones reñidas con los hechos del proceso para deducir una pretendida y mera equivalencia entre esos derechos, incurriendo así en un evidente error de hecho.

Fuera del anterior, la sentencia cometió otro error de hecho que consiste en no haber visto tampoco las Escrituras números 4603, de 31 de diciembre de 1956, y 1566 de mayo 30 de 1958, por las cuales el demandado Escallón Guarín le compró a Eduardo Escallón Umaña su derecho herencial en la misma mortuoria de Julia Escallón y en donde el propio comprador, en forma libre y espontánea, declaró que el valor de este derecho era de $ 176.000.00. Si esta cifra era el justo precio de tal derecho, también lo era del comprado a la señora Paulina Escallón, por ser ambos derechos absolutamente iguales. El fallo no tuvo en cuenta estos instrumentos y no vio que ellos demuestran que el justo precio del derecho adquirido de doña Paulina era el mismo que el demandado pagó por el derecho que le cedió don Eduardo Escallón.

Finalmente dice el recurso: "los anteriores y por demás clarísimos errores de hecho que sufrió el sentenciador y que le impidieron reconocer, contra la evidencia procesal, que los derechos hereditarios vendidos por la señora Escallón v. de Tobar al señor Escallón Guarín, son exactamente iguales a los vendidos por el señor Escallón Umaña al mismo señor Escallón Guarín, y que el justo precio fijado mediante escritura pública por el señor Escallón Guarín a los derechos comprados al señor Escallón Umaña, se refieren a un negocio celebrado en 1956, o sea en los mismos días en que se realizó la compraventa Escallón v. de Tobar - Escallón Guarín, le impidieron también al fallador *ad quem* entender que el

justo precio de los derechos vendidos por doña Paulina a don Alberto es de $ 176.000.00, mediante el obvio razonamiento de que si los derechos vendidos por doña Paulina y por don Eduardo a don Alberto son absolutamente iguales, necesariamente el justo precio de ambos derechos debe ser idéntico, o sea la suma de $ 176.000.00, desde luego que ambos contratos de compraventa los celebró el señor Escallón Guarín en la misma época, es decir, en el año de 1956.

"Queda entonces meridianamente en claro que si el justo precio de los derechos hereditarios vendidos por doña Paulina a don Alberto, es de $ 176.000.00, y que si la vendedora recibió apenas $ 55.000.00 del comprador, según reza la cláusula segunda de la Escritura pública 1241, varias veces citada, doña Paulina sufrió lesión enorme en el negocio, conforme a lo estatuido por el artículo 1947 del Código Civil.

"Y como el sentenciador *ad quem*, en virtud de los errores de hecho ya puntualizados, consideró que no estaba configurada en este caso la lesión enorme para la vendedora, estando ella claramente comprobada, vino a quebrantar, por falta de aplicación, siendo aplicables al proceso, los artículos 1946, 1947, 1948 y concordantes del Código Civil, que son las normas reguladoras de la rescisión de la compraventa por lesión enorme".

Consideraciones de la Corte

I. *El artículo 1497 del Código Civil divide los contratos en gratuitos y onerosos y dispone que el contrato es oneroso "cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro".*

A su vez el artículo 1498 ibídem subdivide los contratos onerosos en conmutativos y aleatorios y prescribe que "el contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio". Según los doctrinantes, esta distinción entre contratos conmutativos y aleatorios no ofrece más interés que el de sustraer estos últimos de la acción rescisoria por lesión enorme. La propia naturaleza del contrato aleatorio repudia esta acción rescisoria por enorme engaño.

El contrato de compraventa es oneroso por esencia y conmutativo por naturaleza. Se dice que es conmutativo por naturaleza porque hay casos excepcionales en que puede asumir el carácter de contrato aleatorio. En casación de 20 de febrero de 1948 se expresó así la Corte sobre este punto: "El contrato de venta, oneroso por esencia, es generalmente conmutativo y hasta puede tenerse como tipo de los de esta clase, porque las prestaciones a que da nacimiento se conocen ciertamente desde su celebración en forma que las partes puedan determinar el beneficio o la pérdida que van a reportar; comúnmente se estima que la cosa vale lo que por ella se paga. Sólo excepcionalmente puede asumir la venta la naturaleza de contrato aleatorio, en que la extensión de las obligaciones de los contratantes o la existencia de ellas penda de un suceso futuro e incierto que no les permita establecer inmediatamente la ganancia o la pérdida, tal como acontece cuando la venta tiene por objeto una cosa futura y se expresa o aparece de la naturaleza del contrato que se compró la suerte; o cuando el objeto de la venta es un derecho litigioso, o un derecho en una herencia en que no hay datos ciertos sobre los resultados de su liquidación. Aceptan los doctrinantes que también puede tener esa calidad excepcional la venta de una mina propiamente dicha, sin elaboración ninguna, esto es, sin datos más o menos ciertos sobre su cantidad de producción y de su consiguiente precio, pero no las que se vendan en estado de explotación, porque, disponiéndose entonces de noticias y datos utilizables para la determinación del precio y el ajuste de la economía contractual, se excluye el evento futuro que le comunica imprevisibilidad a los resultados del contrato" (LXIII - 2057, 705).

El derecho real de herencia puede ser cedido a cualquier título, con efectos que varían según el modo de cederlo, según que el título sea gratuito u oneroso y según que haya o no inmuebles entre los bienes relictos. En doctrina asentada anteriormente por la Corte se expresó que, cuando se cede este derecho sin especificar los bienes del caudal hereditario, el cedente no responde de nada si el título es gratuito o sólo responde de su calidad de heredero cuando el título es oneroso. Además, en este segundo caso, esto es, cuando el título es lucrativo y no hay especificación de bienes, el contrato que da lugar a la cesión tiene el carácter de aleatorio y no es por tanto susceptible de ser rescindido por lesión enorme (casación de marzo 11 de 1942 - LIII - 1983, 115). Y más tarde, después de examinar los varios aspectos y consecuencias que puede presentar la cesión de un derecho hereditario, la Corte precisó así su doctrina en sentencia de casación de tres de agosto de 1954: "No se puede sostener de manera absoluta que la venta de derechos hereditarios sea siempre de carácter aleatorio. Cuando al

momento de efectuar la cesión se conoce de manera cierta por los contratantes la cuantía del activo y del pasivo de la sucesión, y el número y calidad de los herederos, el objeto vendido no es cosa que quede sometida totalmente al azar de una pérdida o ganancia. La prestación en este caso no depende de un acontecimiento incierto que haga imposible su justiprecio al momento del contrato. Puede ocurrir, por ejemplo, que la cesión se efectúe después de practicados los inventarios y avalúos, cuando ya se han fijado precisamente los elementos integrantes del patrimonio herencial y los valores de los bienes relictos. En este caso la venta de los derechos herenciales no tendrá carácter aleatorio.

"De tal manera que si por regla general la venta de derechos hereditarios sin determinación de especie, es contrato aleatorio, habrá casos en que ella tenga carácter conmutativo, siendo procedente entonces la acción rescisoria al existir lesión enorme, si los derechos cedidos valieren al tiempo del contrato más de la mitad de su justo precio" (LXXVIII - 2145, 233).

También importa recordar aquí que, como la lesión ultradimidium exige confrontar el precio convenido en el contrato con el justo valor de la cosa transferida al tiempo de celebrar ese contrato, es de todo punto necesario demostrar dicho precio justo, y que, según doctrina invariable de la Corte, la prueba adecuada para ello es el dictamen de peritos. Así lo ha expresado la Corte en repetidas oportunidades, como puede verse, por ejemplo, en casaciones de julio 30 de 1943 (LV - 1998, 616), de julio 10 de 1953 (LXXV 2131, 556), de marzo 17 de 1954 (LXXVII 2138, 99) y de junio 17 de 1960 (XCII - 2225, 952).

II. La señorita Julia Escallón Umaña murió en Medellín el 30 de marzo de 1953.

El juicio mortuorio de esta causante se abrió en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, el 27 de agosto del mismo año de 1953. En dicho juicio fueron reconocidos herederos, en su calidad de hermanos legítimos de la difunta, los señores Eduardo, Paulina, Mercedes, Luis y Elvira Escallón Umaña, representados los dos últimos por sus respectivos hijos, o sea sobrinos de la citada causante.

La diligencia de inventario y avalúo de bienes se practicó allí mismo el cinco de agosto de 1954. En el inventario se relacionó como bien relicto un derecho o cuota parte correspondiente a la difunta Julia Escallón en la comunidad existente sobre la hacienda "La Estancia", ubicada en jurisdicción del Municipio de Madrid y constante de 541 fanegadas de tierra. Todo este inmueble fue avaluado en $ 728.050.56, y el derecho de la causante Julia se apreció en $ 205.239.70. También se incluyeron en el inventario otros bienes por valor de $ 11.725.65, de modo que todo el activo de la sucesión quedó apreciado en $ 216.965.36. El pasivo ascendió a $ 10.012.30.

Dicho inventario fue aprobado por auto de 16 de marzo de 1956, y la partición de los bienes se solicitó el nueve de abril y se decretó el 11 de mayo del mismo año.

Por la Escritura número 1241, extendida en la Notaría Octava de Bogotá el 12 de abril de 1956, la señora Paulina Escallón viuda de Tobar dijo transferir "al señor Alberto Escallón G., a título de venta, todos los derechos y acciones que pertenecen a la exponente como heredera reconocida de su hermana, señorita Julia Escallón Umaña, cuyo juicio de sucesión cursa ante el Juez Cuarto Civil de este Circuito, vinculados a la hacienda La Estancia, situada en jurisdicción del Municipio de Madrid". Esta venta se hizo en la cantidad de $ 55.000.00, que la vendedora declaró tener recibida a su satisfacción de manos del comprador.

Por la Escritura número 1242, otorgada en la propia Notaría Octava de Bogotá el mismo 12 de abril de 1956, la señora Leonor González de Ogliastri transfirió también al señor Alberto Escallón Guarín, a título de venta y por la suma de $ 55.000.00, el derecho herencial que correspondía a la vendedora en la sucesión de la misma Julia Escallón Umaña por transmisión de su madre Elvira Escallón de Ogliastri, hermana esta última de la causante nombrada.

Por la Escritura número 4603, pasada ante el mismo Notario Octavo de Bogotá el 31 de diciembre de 1956, el señor Eduardo Escallón Umaña expuso: "Primero. Que con fecha primero de marzo del año en curso el exponente celebró con el señor Alberto Escallón Guarín un contrato de venta de todos los derechos y acciones que corresponden o puedan corresponder al exponente como heredero de su legítima hermana, señorita Julia Escallón Umaña, que se sigue ante el señor Juez Cuarto Civil de este Circuito, contrato que hasta la fecha no se había perfeccionado con la solemnización legal. Segundo. Que por medio de este instrumento el compareciente procede a transferir al señor Alberto Escallón G., a título de venta, todos los derechos y acciones que le corresponden o puedan corresponderle al exponente en la sucesión de su legítima hermana Julia Escallón Umaña que se sigue ante el señor

Juez Cuarto Civil de este Circuito, siendo entendido que el pago de los impuestos es de cargo del exponente. Que esta transferencia queda vinculada exclusivamente a los derechos que corresponden o puedan corresponder al exponente, sin reserva ni limitación de ninguna clase, en la hacienda La Estancia, situada en jurisdicción del Municipio de Madrid . . . Tercero. Que el precio de esta venta es la cantidad de cincuenta y cinco mil pesos ($ 55.000.00) moneda corriente, que el exponente vendedor declara tener recibidos de manos del comprador a su entera satisfacción''.

Por la Escritura número 1566, extendida en la Notaría Sexta de Bogotá el 30 de mayo de 1958, los nombrados señores Eduardo Escallón Umaña y Alberto Escallón Guarín dijeron: ''Primero. Que según aparece de la Escritura pública número cuatro mil seiscientos tres (4.603), de treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), de la Notaría Octava del Circuito de Bogotá, el compareciente Eduardo Escallón le vendió y transfirió, a título de venta, al compareciente Alberto Escallón Guarín todos los derechos y acciones que le correspondan o pudieran corresponderle en la sucesión de su legítima hermana Julia Escallón Umaña que se seguía ante el Juzgado Cuarto Civil de este Circuito, siendo entendido que el pago de los impuestos era de cargo del vendedor Eduardo Escallón, exclusivamente, habiéndose dejado constancia de que la transferencia quedaba vinculada exclusivamente a los derechos que le correspondían o pudieran corresponderle a Eduardo Escallón Umaña, sin reserva ni limitación de ninguna clase, en la hacienda de la Estancia, situada en jurisdicción del Municipio de Madrid (Departamento de Cundinamarca) y según la alinderación y demás especificaciones que se hicieron en la supradicha Escritura número cuatro mil seiscientos tres (4.603), del treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), de la Notaría Octava de Bogotá. Segundo. Que en la cláusula tercera de la ya dicha Escritura número cuatro mil seiscientos tres (4.603), se dijo que el precio de la venta de los derechos de Eduardo Escallón a Alberto Escallón, era la cantidad de cincuenta y cinco mil pesos ($ 55.000.00) moneda corriente, que el vendedor Eduardo Escallón declaró tener recibidos a su satisfacción de manos del comprador Alberto Escallón Guarín. Cuarto. Que los comparecientes, libre y espontáneamente, por esta escritura declaran y reconocen que Alberto Escallón Guarín no le pagó a Eduardo Escallón Umaba los cincuenta y cinco mil pesos ($ 55.000) moneda corriente, fijados como precio de la cesión o venta que Eduardo Escallón le hacía a Alberto Escallón Guarín por la tantas veces citada Escritura número cuatro mil seiscientos tres (4.603) y por lo mismo ni Alberto Escallón Guarín pagó ni entregó ni Eduardo Escallón recibió los aludidos cincuenta y cinco mil pesos, ($ 55.000.00) moneda corriente. Quinto. Que entre los comparecientes Alberto Escallón Guarín y Eduardo Escallón Umaña se ha convenido hoy en hacer un ajuste real y efectivo del verdadero precio de los derechos y acciones que Eduardo Escallón transmitió a Alberto Escallón Guarín por Escritura número cuatro mil seiscientos tres (4.603), atrás citada, y al efecto han convenido Alberto Escallón Guarín y Eduardo Escallón Umaña fijar en la cantidad de ciento setenta y seis mil pesos ($ 176.000.00), moneda corriente, el valor de los derechos y acciones que Alberto Escallón Guarín adquirió de Eduardo Escallón Umaña por la citada Escritura número cuatro mil seiscientos tres (4.603), de la Notaría Octava, cantidad que Escallón Guarín le paga a Eduardo Escallón, así: . . . Sexto. Eduardo Escallón Umaña, en su propio nombre, ratifica y confirma en todas sus partes y para todos los efectos a que haya lugar el contrato de venta que celebró con Alberto Escallón Guarín y que consta en la supradicha Escritura número cuatro mil seiscientos tres (4.603), de la Notaría Octava de Bogotá, antes citada, y consecuencialmente ratifica y comprueba (sic) en todas sus partes las actuaciones de Alberto Escallón Guarín como cesionario de Eduardo Escallón Umaña y que se practicaron y tuvieron lugar en el juicio de sucesión de la señorita Julia Escallón Umaña que se ventiló ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito''.

Los datos anteriores ponen de relieve estas circunstancias:

a) Cuando por la Escritura número 1241, de 12 de abril de 1956, la señora Paulina Escallón le cedió a Alberto Escallón Guarín su derecho hereditario en la sucesión de la difunta Julia Escallón Umaña, ya en el proceso mortuorio habían sido reconocidos los herederos de la causante, integrantes de cinco ramas, y estaban practicados y aprobados el inventario y el avalúo de los bienes relictos y solicitada la partición de esos bienes.

b) Según el inventario mencionado, el principal bien de la sucesión consistía en un derecho o cuota parte en la comunidad constituida sobre la hacienda ''La Estancia'', de 541 fanegadas.

c) El aludido derecho o cuota parte estaba justipreciado en la suma de $ 205.239.70.

d) Al ceder la señora Escallón de Tobar a Escallón Guarín su derecho hereditario, se expresó que tal derecho se hallaba vinculado a la hacienda "La Estancia".

Los antecedentes anotados permiten llegar a la conclusión de que, cuando la señora Paulina Escallón le cedió su derecho hereditario al señor Alberto Escallón Guarín, existían ya datos ciertos sobre el número y calidad de los herederos de la causante Julia Escallón, sobre la cuantía del activo y del pasivo de la sucesión de ésta, sobre la naturaleza de los bienes relictos, sobre el justiprecio del derecho aludido y sobre su calidad de inmueble, y de que estos datos concurrían a disipar la incertidumbre que pudiera abrigarse sobre la realidad del mismo derecho y sobre la extensión o cuantía del beneficio que su cesión reportaría a los contratantes nombrados, imprimiéndole al contrato carácter conmutativo. No obstante esto, la sentencia consideró que, al tiempo de esa cesión, el derecho era aún incierto o contingente y que por ello la convención celebrada entre los dichos cedente y cesionario tenía carácter aleatorio y no era por lo mismo susceptible de ser rescindida por lesión enorme.

III. El recurso estima que la sentencia cometió un "grave error jurídico" al tener por aleatorio el contrato ajustado entre la señora Escallón de Tobar y el señor Escallón Guarín y dice que ese yerro condujo a la misma sentencia a quebrantar, por falta de aplicación, los artículos 1946, 1947 y 1948 del Código Civil.

Según doctrina de la Corte, la expresión "error jurídico" equivale a la violación directa de la ley sustancial y se la emplea a menudo para distinguir ese yerro del que se denomina error de derecho o error de valoración probatoria que conduce al quebranto indirecto de la misma ley sustancial (XCIII - 2228, 93). De modo que, cuando en casación se dice que una sentencia cometió "un error jurídico", ha de entenderse que se la acusa de haber infringido directamente una norma de aquella especie, bien por falta de aplicación, o por aplicación indebida o por interpretación equivocada.

En el caso presente, el "error jurídico" que el recurso le imputa a la sentencia consiste en haber ésta considerado aleatoria la venta que de su derecho hereditario le hizo la señora Escallón de Tobar al demandado Escallón Guarín, y añade el propio recurso que ese yerro condujo a la misma sentencia a violar, por inaplicación, los preceptos legales antes citados.

Pues bien: atrás se transcribieron los pasos de la casación de tres de agosto de 1954 en que se expresa que la venta de derechos hereditarios no siempre tiene carácter aleatorio. El recurso reprodujo los mismos párrafos para sustentar su concepto de que el contrato *sub júdice* no es aleatorio y para refutar la tesis contraria expuesta en la sentencia impugnada. A continuación de los párrafos transcritos figura otro en la misma casación en que se expone esta doctrina: "La calificación de la naturaleza aleatoria o conmutativa de la venta de derechos hereditarios, para decidir sobre la procedencia de la acción rescisoria por lesión enorme, es cuestión de hecho que corresponde determinar al juzgador en cada caso, teniendo en cuenta los antecedentes y las circunstancias en que se celebre el contrato, con base en las pruebas allegadas al juicio" (LXXVIII - 2145, 233).

De acuerdo con esta doctrina, la determinación de si un contrato es conmutativo o aleatorio es una cuestión de hecho y no un punto de derecho, porque depende de la certeza o de la contingencia que ofrezcan las prestaciones a que las partes se obligan. Y siendo una cuestión de hecho, corresponde apreciarla al juez de mérito, y el juicio de éste sobre tal materia sólo puede ser acusado en casación por la vía del quebranto indirecto de la ley en que la sentencia haya incurrido a causa de error de hecho o error de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a los factores de certeza o contingencia de las prestaciones aludidas.

Conforme a lo expuesto, la calificación de aleatorio que la sentencia le dio al contrato celebrado entre la señora Escallón de Tobar y el demandado Escallón Guarín, no constituye un error jurídico, porque no se trata de una cuestión de derecho. Si el recurso la juzgaba equivocada por estimar conmutativo el mismo contrato, ha debido acusar el fallo por violación indirecta de la ley a causa de un error de hecho o de un error de derecho en la apreciación de las pruebas concernientes a los factores y circunstancias determinantes de ese carácter conmutativo de la venta del derecho hereditario. No formulado así, sino por la vía del error jurídico o de la violación directa de la ley, el cargo resulta ineficaz.

IV. La sentencia no encontró demostrado el precio justo que al tiempo del contrato tuviera el derecho hereditario cedido por la señora Escallón de Tobar al señor Escallón Guarín, y por este aspecto el recurso la acusa de haber incurrido en dos errores de hecho que la condujeron a violar, por falta de aplicación, los mismos artículos 1946, 1947 y 1948 del Código Civil.

El primero de los aludidos errores de hecho consiste en que la sentencia no tuvo en cuenta las posiciones absueltas por el demandado Escallón Guarín y en las cuales admitió éste que el derecho comprado a la señora Escallón de Tobar era igual al que le cedió el otro heredero Eduardo Escallón Umaña. Según el recurso, esta omisión llevó a la sentencia a considerar que los dos derechos mencionados eran equivalentes, pero no iguales.

El segundo error de hecho se hace consistir en que el fallo no vio las Escrituras números 4603, de 31 de diciembre de 1956, y 1566 de 30 de mayo de 1958, en las cuales aparece que el señor Escallón Guarín reconoció que el precio justo del derecho hereditario comprado por él a Eduardo Escallón Umaña era de $ 176.000.00. Sostiene el recurso que las posiciones y las escrituras expresadas, demuestran que los derechos hereditarios comprados por el demandado a Paulina y Eduardo Escallón son iguales y que, si el derecho cedido por este último tenía un precio de $ 176.000.00, este valor era también el precio justo del derecho transferido por la primera. Según el impugnante, la sentencia omitió apreciar aquellas pruebas, cometiendo así los dos aludidos errores de hecho, los cuales la llevaron a estimar no probado el justo precio del derecho adquirido de la señora Escallón de Tobar y a denegar la rescisión por lesión enorme, con quebranto, por falta de aplicación, de los preceptos sustanciales antes citados.

La sentencia no olvidó considerar las escrituras que señala el recurso; por el contrario, las apreció de manera expresa y dijo que, aun en el supuesto de la más completa igualdad de los derechos mencionados, ellas no demostraban que el precio justo del derecho de la señora Escallón de Tobar fuera el mismo de $ 176.000.00, porque este valor se le fijó al derecho cedido por Eduardo Escallón en mayo de 1958, esto es, veinticinco meses después de celebrado el contrato entre la nombrada señora Escallón y el demandado Escallón Guarín, y porque las variaciones comerciales y económicas que debieron producirse durante aquel lapso, no permitían deducir que el valor dado por un derecho pudiera corresponder al precio justo del otro derecho que se vendió en circunstancias diferentes. De modo que el fallo sí vio y tuvo en cuenta las escrituras sobredichas y por este aspecto no cometió el error de hecho que le atribuye el impugnante. Otra cosa bien distinta es que no hubiera juzgado adecuados y eficaces esos instrumentos para comprobar el justo precio del derecho cedido por la señora Escallón de Tobar al tiempo del contrato.

Cabe anotar por último que, si bien es verdad que el fallo no hizo expresa referencia a las posiciones absueltas por el demandado, ni tuvo por iguales, sino como equivalentes los derechos hereditarios cedidos por Paulina y Eduardo Escallón, no podría por ello deducirse que incurrió en un error de hecho, desde luego que las pruebas no se presumen omitidas y que la propia sentencia admitió en hipótesis la igualdad de aquellos derechos para concluir que ni aun en tal supuesto se podría dar por establecido que el valor de $ 176.000.00, fijado a uno de los mismos derechos en mayo de 1958, correspondiera al precio justo del otro derecho en abril de 1956, dadas las distintas épocas y circunstancias en que fueron concertadas las cesiones y considerados los diversos factores que en cada caso particular determinan el justo precio de una cosa.

En resolución, los cargos no aparecen fundados.

Como aquí se rectifica un concepto expuesto en la sentencia impugnada, no hay por ello lugar a condenar en costas.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de quince de junio de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario sobre rescisión por lesión enorme propuesto por Eduardo Escallón Umaña, como heredero de Paulina Escallón viuda de Tobar, contra Alberto Escallón Guarín.

Sin costas.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario

CONTRATO DE SEGURO

Sus elementos peculiares. — La prescripción de la acción penal no es un reconocimiento de la inocencia del procesado.

Corte Suprema de Justicia.
Sala de Casación Civil.

Bogotá, 7 de marzo de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse.*

Se desatan los recursos de casación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario promovido por Jaime Gutiérrez Rave contra la compañía denominada "La Fénix de Colombia, S. A.".

Antecedentes.

La cuestionada demanda impetra de la jurisdicción que se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª Que la compañía 'La Fénix de Colombia, S. A.', está en la obligación de pagarle al señor D. Jaime Gutiérrez R., de las condiciones civiles enunciadas, la suma de noventa y siete mil pesos ($ 97.000.00), cantidad ésta en que fueron aseguradas las drogas y el vehículo en que éstas se transportaban, conforme a los hechos primero y segundo de esta demanda y con arreglo a las estipulaciones contractuales de las pólizas números A-252 y 1006 de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco y del certificado número 2185 del mismo mes.

"2ª Que, igualmente, 'La Fénix de Colombia, S. A.', está en la obligación de pagar los intereses de la suma expresada en el numeral anterior, desde que la obligación se hizo exigible hasta que se verifique el pago.

"3ª Que, así mismo, 'La Fénix de Colombia, S. A.', está en la obligación de pagar al demandante los gastos del juicio.

"4ª Subsidiariamente a la declaración solicitada en el numeral 1º, pido que 'La Fénix de Colombia, S. A.', sea condenada a pagar a la parte demandante los valores que se dedujeron por razón del juicio".

Como hechos sustentadores de la demanda indica los siguientes:

"Primero. El día ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, solicitó mi poderdante a la compañía denominada 'La Fénix de Colombia, S. A.', entidad con domicilio en Bogotá, pero con ejercicio comercial en todo el país, con oficina en Medellín, agenciada por Mora Gómez Limitada, un seguro de transporte para amparar la conducción de unas drogas entre la ciudad de Medellín y la de Montería, en el Departamento de Córdoba, drogas éstas cuyo valor fue fijado en la suma de ochenta y cinco mil pesos ($ 85.000.00).

"Segundo. De igual suerte hizo la solicitud para asegurar los daños que el acarreo pudiera ocasionar al vehículo de placas número 115-88, que habría de conducir la mercancía mencionada, y ese aparato fue valorado en la suma de doce mil pesos ($ 12.000.00).

"Tercero. Sus solicitudes fueron aceptadas y una vez que hubo cubierto el valor de las correspondientes primas, le fue expedida la póliza número A-0252 y se le dio constancia del seguro de transportes e indemnización, en virtud del certificado de seguro número 2185 del 8 de noviembre de 1955, en relación con la póliza número 1006 del mismo mes.

"Cuarto. El vehículo con las drogas en cuestión fue despachado de Medellín hacia Montería el día diez de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, conducido por el chofer Gabriel González, hombre de capacidad y pericia en el manejo de vehículos.

"Quinto. Al día siguiente, once de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, en las horas de la mañana, el vehículo con su carga de drogas sufrió un aparatoso volcamiento a consecuencia del cual se sumergió en el río Cauca y se produjo la pérdida total, tanto del vehículo como de las drogas que se transportaban, hechos éstos ocurridos en jurisdicción del Municipio de Valdivia (Puerto Antioquia).

"Sexto. Una vez mi poderdante tuvo conocimiento del siniestro se trasladó al Municipio de Medellín (se hallaba en el de Montería esperando el cargamento) y puso en conocimiento de la compañía lo acaecido. En asocio del señor Inspector de Riesgos de aquella sociedad, León Alzate, se trasladó al lugar de los acontecimientos y allí se practicó la diligencia correspondiente, con la presencia también del señor Arturo Gómez y de varios testigos.

"Séptimo. La Fénix de Colombia, S. A., contrató los servicios de la sociedad denominada 'Dargan y Cía.', a efecto de que ajustaran el precio del seguro, en relación con lo acaecido, y ésta rindió el informe correspondiente en fecha oportuna.

"Octavo. Inmediatamente después de todo lo anterior, Jaime Gutiérrez R. formuló a la compañía aseguradora de que vengo hablando la solicitud de pago del seguro y su petición no ha sido resuelta aún, no obstante haber llenado todos los requisitos que exige el contrato de seguro celebrado con ella por él.

"Noveno. A principios de mil novecientos cincuenta y seis la compañía aseguradora, en forma escrita, ofreció pagarle a mi poderdante como indemnización únicamente el valor del vehículo en que transportaba el cargamento, propuesta que como es lógico hube de rechazar".

El señor Philip M. Tible, en su carácter de representante legal de la compañía demandada y por conducto de apoderado, contestó la demanda, oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas y rechazando la exposición de los hechos en la forma en que fueron presentados por el actor.

El juez del circuito resolvió favorablemente las peticiones de la demanda, en la siguiente forma:

"1º Declárase que la compañía 'La Fénix de Colombia, S. A.', está en la obligación de pagarle al señor Jaime Gutiérrez R., mayor y de este vecindario, la suma de noventa y siete mil pesos ($ 97.000.00) valor convenido para los seguros del vehículo y las drogas que éste transportaba, conforme al recibo número 0453 y al certificado número 2185, respectivamente (folios 7 y 8 del cuaderno número 3). Este pago deberá hacerse dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

"2º La compañía La Fénix de Colombia, S. A., está en la obligación de pagar a Jaime Gutiérrez R., los intereses legales de la suma dicha en el numeral anterior, desde la exigibilidad de la obligación hasta que se haga el pago.

"3º Costas a cargo de la compañía demandada".

Ambas partes apelaron de la sentencia de primer grado. Llenados los procedimientos de rigor el superior desató el recurso confirmando el numeral primero del fallo recurrido "pero con la modificación de que la suma debida por la sociedad, será fijada en armonía con lo previsto por el artículo 553 del Código Judicial. Se revocan los numerales segundo y tercero pues no hay lugar a condena al pago de intereses y costas".

La sentencia recurrida.

El fallo de instancia luego de reproducir la parte petitoria de la demanda y de anotar los hechos que la respaldan entra al estudio de fondo del negocio y hace las siguientes anotaciones:

"Consta en el expediente de modo cierto que el 8 de noviembre de 1955 el demandante aseguró en la compañía demandada el vehículo y las drogas de que habla en su libelo de demanda, por intermedio de la sociedad 'Mora Gómez Limitada' (folios 7, 8, cuaderno 2º), que pagó las respectivas primas (folios 192, 193, cuaderno 1º), lo que no desconoció el representante legal de la sociedad en las posiciones que absolvió (folios 27 a 29, cuaderno 2º). Sea de lugar observar que con certificación de la Cámara de Comercio de esta ciudad fue acreditada la existencia de la sociedad 'Mora Gómez, Limitada', y también se demostró que ésta actuó como agente de la compañía demandada (folios 32 y siguientes, cuaderno 2º) (artículo 40, Ley 28 de 1931).

"En armonía con las previsiones legales resulta incuestionable a través de las diversas constancias procesales que entre las partes litigantes surgieron los contratos de seguro sobre que versa el proceso, por los cuales la sociedad se constituyó en aseguradora del demandante, que tales contratos versaron sobre seguros terrestres (artículos 637, 685, Código de Comercio) que en ellos fueron satisfechas todas aquellas exigencias de ley para que tengan existencia jurídica, como capacidad de las partes e interés (artículo 642 Código de Comercio), objetos ciertos (artículo

646), pago de prima (artículo 665), elaboración de póliza (artículos 638, 640, 719), etc.

"Habida cuenta de lo anterior, cabe ver si efectivamente está demostrado un siniestro (artículo 636) que actualice obligación a cargo de la sociedad aseguradora (artículo 674 y siguientes Código de Comercio)".

El Tribunal continúa examinando algunas pruebas del proceso para llegar a la conclusión de que está demostrado el siniestro al cual se refiere el actor y que en su acaecimiento no hubo intención dolosa por parte del asegurado y al efecto dice:

"No estando demostrado que por vicio propio de lo asegurado o culpa imputable a la persona que tomó los seguros se haya presentado el siniestro (artículo 676 Código de Comercio) o algún otro hecho exonerativo, es del caso concluir en la forma antes anotada. Verdad es que en la providencia del Tribunal, de fecha diecinueve de septiembre de mil novecientos sesenta y dos (1962) parece sostener que el accidente de que se trata se debiera a intención dolosa (folios 151, 152, cuaderno 1º), pero no sobra advertir que dicha providencia no quedó en firme y que naturalmente por sí sola no basta para afirmar liberación de la sociedad, tesis que en el fondo viene a estar respaldada por lo transcrito antes de la providencia del Juzgado Tercero Superior.

"Examinado ya lo atinente a si la sociedad estaba obligada o no para con el demandante, debe verse en seguida cuál sea el alcance de la prestación a su cargo.

"Los seguros fueron contratados por la suma de ochenta y cinco mil pesos ($ 85.000.00) y doce mil pesos ($ 12.000.00), esto es, por un total de noventa y siete mil pesos ($ 97.000.00), suma a la cual condenó el juzgado de primera instancia (folios 33 a 39, cuaderno 1º), lo que no puede aceptar la Sala, en atención a lo siguiente:

"Es básico en materia de seguros sobre bienes objeto de ellos el principio de que '...el seguro es contrato de mera indemnización, y jamás puede ser él ocasión de una ganancia' (artículo 641 Código de Comercio), por lo que únicamente es eficaz el seguro hasta concurrencia del verdadero valor del objeto asegurado (artículo 656 ibídem), el asegurador sólo está obligado al valor del objeto asegurado, al tiempo del siniestro (artículo 699 ibídem), y el asegurado debe justificarlo (numeral 7, artículo 680, Código de Comercio).

"Habida cuenta de lo que se acaba de anotar, es de completo fundamento sostener que no es posible hacer condena en los términos de la providencia recurrida, por cuanto que en los autos no resulta acreditado de modo cierto que en realidad bienes asegurados la representen, de donde fluye que lo pertinente es hacer una condenación en abstracto (artículo 480, Código Judicial), para que luego sea determinada la cuantía respectiva, conforme al procedimiento previsto por el artículo 553 del Código Judicial. No vale argüir en contrario que en el certificado de seguro sobre drogas fue fijada la cantidad de ochenta y cinco mil pesos ($ 85.000.00) y que en el recibo de la prima relativa al camión fuera señalado un valor de doce mil pesos ($ 12.000.00) (folios 7, 8, cuaderno 2º), por cuanto que la sociedad aseguró '...por los correspondientes valores...' y porque en la póliza de seguro del camión está claramente expresado que la cantidad a cargo de la sociedad es por el valor real de la pérdida (folio 194, cuaderno 1º). Lo anotado es suficientemente claro y no requiere amplias explicaciones. Acaso la situación en examen fuera diferente si la parte aseguradora hubiera estipulado estar a la estimación que el asegurado hiciera del daño sufrido (artículo 664, Código de Comercio).

"Es de certeza en el proceso que el actor era dueño del vehículo asegurado y que en él eran transportadas drogas, dentro del plazo de duración de los seguros, y de allí que sí se disponga de base para afirmar obligación a cargo de la sociedad, pero, como ya está dicho, sin determinación de su cuantía. Al respecto, debe observarse que en el expediente falta determinación probatoria atendible acerca del monto del daño sufrido en relación con el camión y que tampoco se dispone de certidumbre sobre cuáles drogas, qué cantidad se perdiera y qué valores tuvieron, lo que obviamente sustenta una condenación en abstracto.

"En la demanda fue solicitado que se condenara también a la solución de intereses (folio 3, cuaderno 1º), a lo que accedió la sentencia de primer grado (folio 39, cuaderno 1º), de la cual se pidió aclaración en el sentido de que los intereses debidos son los previstos por el artículo 25 de la Ley 105 de 1927, la que fue denegada (folios 41 a 43, cuaderno 1º).

"Consta en el expediente que la firma J. P. Dargan Jr. y Cía. Limitada, ajustadora que intervino a nombre de la entidad opositora, dirigió al actor nota en el sentido de ajustar lo relativo al camión, para luego o independiente obrar en relación con las drogas (folio 143, cuaderno 1º), lo que no fue aceptado por él, según lo reconoció en el numeral 9º de los hechos enunciados en el libelo de demanda (folio 2 vuelto, cuaderno 1º). Esto sólo basta para concluir que no es del caso

imputar mora a la sociedad e imponerle el pago de intereses (artículos 1608, 1617, etc., Código Civil), como es claro y lo muestran otras constancias del expediente.

"El artículo 25 de la Ley 105 de 1927, corregido por el artículo 3º de la Ley 89 de 1928, establece que toda sociedad de seguros está ligada a solucionar el seguro contratado dentro de los noventa días siguientes a aquel en que se le haga la respectiva reclamación '...aparejada de los comprobantes que, según la póliza, sean indispensables' y que de lo contrario debe solucionar intereses. La disposición legal en cita no resulta aplicable a la sociedad en el caso tratado, puesto que, según está visto, el actor no documentó o acreditó debidamente el valor de las drogas que se perdieran. Despréndese entonces que no se dispone de un fundamento de mérito para sostener que la sociedad cayera en verdadera mora, lo que está demostrado aun en este proceso, puesto que el accionante no aportó elementos suficientes para establecer con exactitud el valor de lo asegurado. Sea oportuno observar que las cantidades señaladas en un principio como montos máximos de los seguros por sí solas no producen la consecuencia de hacerse definitivas o ciertas en orden a concretar obligaciones de la sociedad, conforme a lo que antes fue anotado y que no requiere mayores explicaciones.

"De lo anterior fluye que en esta providencia no habrá de imponerse a la sociedad la solución de intereses, sino después de que sea hecha la respectiva liquidación, esto es, a partir de ella.

"Visto ya lo sustancial del litigio, surge la conclusión que debe ser reformada la sentencia de primera instancia, mejor dicho, confirmada en cuanto que declara obligación a cargo de la parte opositora, pero revocada en cuanto al señalamiento de la suma debida, la que se fijará como antes fue dicho, y al pago de intereses. Además, debe revocarse esa sentencia en cuanto a la condena en costas, pues no hay lugar a la imposición de ellas".

No está por demás observar que la sentencia del Tribunal aparece con salvamento de voto de uno de los Magistrados, quien luego de hacer el análisis de los elementos probatorios del proceso, considera que ha debido absolverse a la compañía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 663 del Código de Comercio.

Los recursos.

Ambas partes interpusieron el recurso extraordinario de casación, presentaron las correspondientes demandas que fueron contestadas por los respectivos opositores.

Como la demanda del actor en el juicio se limita a atacar la condenación en abstracto hecha por el fallador de instancia y la demanda de la parte opositora entra a considerar el fondo del negocio para llegar a la conclusión de que la sentencia cuestionada ha de casarse en su integridad, la Corte estima por procedimiento lógico entrar a estudiar esta última en primer término.

La demanda del opositor hace una síntesis de los antecedentes del negocio y transcribe el auto del Juzgado Superior de Medellín fechado el 2 de marzo de 1961.

Cuatro cargos contra la sentencia formula el demandado recurrente en el libelo respectivo. Se estudia, en primer término, por así imponerlo una razón de método, la cuarta censura contenida en el capítulo segundo que el recurrente funda en el ordinal segundo del artículo 520 del Código Judicial, "pues la parte resolutiva de la sentencia acusada está en desacuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes...".

Para fundar el cargo se transcriben las peticiones de la demanda cuya subsidiaria contenida en el numeral 4º impetra que la Fénix de Colombia, S. A., "sea condenada a pagar a la parte demandante los valores que se dedujeren por razón del juicio". O sea —dice el recurrente—, "por los conceptos indicados se condene al pago de la suma de $ 97.000.00 o *los valores que se dedujeren por razón del juicio* (súplicas primera y cuarta)".

"Claramente se ve que las peticiones anteriores son fundamentales en el presente litigio y que constituyen razón de ser y causa de la demanda". Transcribe el aparte de la motivación del fallo en que el Tribunal dijo: "Al respecto, debe observarse que en el proceso falta determinación probatoria atendible acerca del monto del daño sufrido en relación con el camión y que tampoco se dispone de certidumbre sobre cuáles drogas, qué cantidad se perdiera y qué valores tuvieran, lo que obviamente sustenta una condenación en abstracto" (folio 161, cuaderno 4º). Y efectivamente, en la parte resolutiva hizo esta condenación.

Agrega el recurrente demandado que "ha dicho la Corte que la determinación del 'quantum' de una condena con posterioridad al fallo procede cuando se trata de prestaciones accesorias, pero no cuando versa sobre un punto principal de la demanda".

Para respaldar su pensamiento cita una sentencia de la Corte, de fecha 2 de abril de 1936 y agrega: "Está fuera de toda duda que la súplica principal de Gutiérrez es que se condene a la Fénix de Colombia, S. A., a pagarle $ 97.000.00 y subsidiariamente a los valores que se dedujeren del juicio, pero en ningún caso a los valores que se dedujeren después del juicio".

Para terminar este cargo afirma el impugnante: "Al proferir una condena en abstracto, el Tribunal en la parte resolutiva de su fallo, se pronuncia 'extra petita', pues ello ni le fue pedido en la demanda, ni era posible de decretar por tratarse de una cuestión accesoria, como frutos o intereses, sino de un aspecto fundamental de pleito que no fue demostrado por el interesado, en ninguna de las instancias".

La Corte considera:

El Tribunal en la sentencia objeto del recurso confirmó el numeral 1º del fallo del *a quo* pero con la modificación en el sentido de que la suma debida por la sociedad Fénix de Colombia, S. A., será fijada en armonía con lo previsto por el artículo 553 del Código Judicial, y se revocan los numerales 2º y 3º, pues no hay lugar a condenar al pago de intereses y costas.

Y al hacerlo no incurrió en una resolución "extra petita", porque la petición subsidiaria es clara en cuanto allí se manifiesta: "que la compañía Fénix de Colombia, S. A., sea condenada a pagar a la parte demandante los valores que se dedujeren por razón del juicio". Lo que en sentir del Tribunal, sólo puede verificarse en el incidente del artículo 553 citado, incidente que no es otra cosa que la ejecución de la sentencia, en cuanto le impone a la entidad demandada el pago de la correspondiente indemnización de perjuicios, por razón del siniestro a que aluden los autos.

Si el fallador consideró que había motivos suficientes para condenar a la sociedad la Fénix de Colombia, S. A., al pago de los perjuicios, no procedió "extra petita" al determinar que ellos fueran precisados de acuerdo con la norma citada en el fallo y en desarrollo de la petición cuarta de la demanda. Esto no obsta para que en debida oportunidad en esta providencia se hagan las críticas necesarias al fallo acusado.

Se rechaza el cargo.

Primer cargo.

Por la causal prevista en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial.

Dice el recurrente:

"Como preámbulo manifiesto que en este pleito se debaten dos contratos de seguros: uno de transporte y otro de automóviles. El cargo que estoy fundamentando se refiere al seguro de transporte. La honorable Corte, en varias ocasiones, ha sostenido que cuando deja de aplicarse una norma sustantiva, ésta se viola por infracción directa. Y de acuerdo con este concepto, acuso la sentencia por violación de las disposiciones sustantivas contenidas en los artículos 1757 del Código Civil, 593 del Código Judicial y 648, 674 y 680 del Código de Comercio Terrestre, normas todas, especialmente la del artículo 648 del Código de Comercio, que fueron infringidas directamente en el mencionado fallo.

"Es principio general que el asegurador debe darse cabal cuenta de las cosas cuyo riesgo toma a su cargo. De ahí la correlativa obligación del asegurado de detallar lo que se asegura. Basta, para corroborar lo anterior, ver que en la definición de seguro que trae el artículo 634 del Código de Comercio se lee de riesgos que corren 'ciertos objetos' y que toda póliza debe contener, según el artículo 640 del mismo código, la descripción clara y precisa del valor y naturaleza de los objetos asegurados".

"Como excepción a estos principios generales el artículo 648 del Código en cuestión dice:

"Los establecimientos de comercio, como almacenes, bazares, tiendas, fábricas y otros, y los cargamentos terrestres o marítimos pueden ser asegurados con o sin designación específica de las mercaderías y otros objetos que contengan. Los muebles que constituyen el menaje de una casa pueden ser también asegurados en esa misma forma, salvo los que tengan un gran precio, como las alhajas, cuadros de familia, objetos de arte y otros análogos. En uno y otro caso el asegurado deberá individualizar los objetos asegurados y justificar su existencia y valor al tiempo del siniestro".

Manifiesta que genéricamente se convino en el seguro de transporte de drogas sin haberlas especificado debidamente y que en la hipótesis de que se hubieren especificado, que no lo fueron, tampoco mejoraría la situación del demandante ni dejaría de ser violatorio de la ley sustantiva el fallo acusado. Reproduce nuevamente el paso de la sentencia que se ha citado antes al examinar el cargo cuarto y manifiesta que: "No obstante el reconocimiento explícito de la ausencia de pruebas en estas circunstancias, perentoriamente exigidas por el artículo 648 del Código de Co-

mercio, la sentencia en su parte resolutiva condena a la compañía aseguradora.

Dice que al fallar en esa forma el Tribunal "violó por infracción directa el artículo 648 del Código de Comercio, pues no obstante ser de estricta aplicación y de obligatorio cumplimiento, lo ignoró y no le dio aplicación al caso debatido".

Que, así mismo, violó el artículo 1757 del Código Civil que prescribe: "Incumbe probar las obligaciones y su extinción a quien alega aquéllas o ésta; que violó así mismo el artículo 680, ordinal 7º del aludido Código que impone al asegurado la obligación de probar la coexistencia de todas las circunstancias necesarias para establecer la responsabilidad del asegurador; y que el artículo 674 del Código de Comercio que establece la obligación del asegurador de pagar al asegurado la suma asegurada o parte de ella 'siempre que el objeto asegurado se pierda total o parcialmente', y que algunas de las circunstancias que deben coexistir son las descritas en el último inciso del artículo 648 del Código de Comercio o sea la individualización de los objetos asegurados y la justificación de su existencia y valor al tiempo del siniestro".

Insiste nuevamente en que el Tribunal "declara y reconoce expresamente en la motivación de su proveído que ni se individualizó ni se probó la existencia o valor del cargamento asegurado, y, sin embargo, en la parte resolutiva condena a la compañía al pago de la suma asegurada o parte de ella"; y que debido a esta flagrante e injustificada contradicción entre los motivos y la resolución del fallo pone de manifiesto la violación directa de las normas sustantivas citadas, lo mismo que del precepto del artículo 593 del Código Judicial, pues no basó su decisión en la existencia y verdad ni en la prueba plena y completa, según la ley, de los hechos conducentes de la demanda.

Segundo cargo.

Dice el mismo recurrente: "Cuando se incurre en la inaplicación de una norma sustantiva algunos expositores han sostenido que la violación de la ley no ocurre por infracción directa sino por aplicación indebida" (de otra). En apoyo de esta proposición cita al doctrinante Manuel de la Plaza en su obra sobre Casación Civil.

Y para sostener la censura vuelve el impugnante a transcribir la casi totalidad de lo expuesto en el cargo que se acaba de insertar, agregando que al no aplicar el artículo 648 del Código de Comercio el Tribunal aplicó indebidamente en la parte resolutiva del fallo el artículo 674 de la misma obra, y consecuencialmente lo violó, pues no procediendo declarar obligación del asegurador de pagar la suma asegurada o parte de ella, la sentencia condenó a la compañía demandada, en abstracto, al pago en cuestión, condena que no procede por no haberse individualizado ni haberse justificado la existencia y valor de las cosas aseguradas, circunstancias todas cuya coexistencia debe probar el actor y que constituyen verdaderas condiciones de la acción promovida.

Para rematar esta censura transcribe la siguiente jurisprudencia de la Corte, contenida en la sentencia de casación de 25 de febrero de 1944 (*Gaceta Judicial*, tomo LVII, números 2006 a 2009, página 71): "La Corte estima que, por lo menos, la prueba de la existencia de la cosa asegurada al tiempo del siniestro debe darse en el juicio en que se discute la obligación de pagar el seguro, porque la existencia de la cosa al tiempo del siniestro hace parte de la acción. Tratándose como en el caso de seguro de almacenes que se renuevan constantemente por las operaciones de venta y reemplazo no basta que aquéllas existieran al tiempo de contratar el seguro o después, sino que existan al tiempo del siniestro, pues bien ha podido el asegurado disponer de tales cosas en el tiempo intermedio y no sufrir entonces perjuicios que se le deban indemnizar. No sucede lo mismo con la prueba del valor de la cosa asegurada al tiempo del siniestro, porque probada la existencia de aquélla en ese tiempo, en el juicio en que se discute la obligación de pagar el siniestro sólo quedarían por determinar el monto o cuantía del perjuicio sufrido en relación al precio de la cosa al tiempo del siniestro, lo que sí puede ser materia de controversia posterior sobre aquéllas conforme a la ley".

Tercer cargo.

Dice el impugnante demandado que "en caso de siniestro, el asegurado está obligado a demostrar, en forma plena y completa, según la ley, el daño sufrido por los objetos asegurados; así se infiere no sólo de la norma sobre pruebas de las obligaciones contenidas en el artículo 1757 del Código Civil, sino también del texto del artículo 680 del Código de Comercio, ordinal 7º, que dice: ...el asegurado está obligado... 7º A probar la coexistencia de todas las circunstancias necesarias para establecer la responsabilidad del asegurador". "Y aún es más clara la disposición del artículo 664 del Código de Comercio norma que dice que si expresa y contractualmente el asegurador se compromete a aceptar la estimación que el asegurado haga del daño sufrido, tal convenio no producirá más efecto que imponer al primero la obligación de la prueba, o sea que si no me-

diare cláusula específica sobre el particular, que en el presente caso no la hubo, el asegurado lleva la carga de la prueba del daño sufrido para usar la terminología del citado artículo... Por estas razones y con la aclaración de que el cargo que estoy formulando abarca los dos contratos de seguros materia del pleito: el de transportes y el de automóviles, acuso dicha sentencia por violación de las disposiciones sustantivas contenidas en los artículos 1757 del Código Civil y 674 y 680, ordinal 7º del Código de Comercio, normas que fueron infringidas directamente por el citado fallo''.

Insiste el acusador demandado en los mismos planteamientos que ha hecho en los cargos anteriores para sostener la censura.

La anterior demanda fue replicada por el opositor respectivo y en un aparte de su réplica dice:

''Todos los cargos que el apoderado de la compañía demandada formula caen por tierra ante la disposición legal que sirvió de base a la condena en el juicio civil que se profirió en primera instancia por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín. (Ley 27 de 1888 que reforma el Código de Comercio). Artículo 13. En toda clase de seguros, cuando las partes acordaren fijar el valor asegurable en una suma determinada, la suma convenida será obligatoria para ambas partes como valor asegurable en una suma determinada. Sin embargo, el asegurador conservará en todo tiempo el derecho de pedir una reducción del avalúo si probare que éste ha sido exagerado, especialmente si excede del valor que los objetos puedan tener en el lugar del destino. La responsabilidad del asegurador, determinada por la diferencia en que se halla el valor asegurado con la valoración, disminuye en los mismos términos que la reducción del avalúo. Y por ello la Corte se ha pronunciado en estos términos: 'Para que deje de regir el avalúo estipulado por los contratantes, es necesario que el asegurador ejercite el derecho de pedir rebaja, dando la prueba de la exageración. Con esto no se niega la libertad de estipular, sino que se expone la doctrina legal referente a la modificación que sobreviene en el evento de una reclamación fundada del asegurador' ''. (Cas. de 27 de agosto de 1930 XXXVIII-125).

Afirma el mismo opositor que la compañía demandada no ejercitó ese derecho y no pudo probar, ni siquiera la del pretendido siniestro intencional o la de la ''falsa factura''.

El opositor cita y transcribe un paso de la sentencia proferida por la Corte que corre publicada en el tomo XLII, páginas 325 y siguientes).

Se considera:

Antes de entrar a decidir sobre el libelo de casación del demandado recurrente, se hacen las siguientes anotaciones:

Primera. De acuerdo con el artículo 1603 del Código Civil los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella. Pero *en tratándose del contrato de seguro, la buena fe es un elemento especialmente vinculado a la naturaleza de esa institución jurídica. Por eso el tratadista J. Efrén Ossa G., ''Tratado Elemental de Seguros'', página 150, dice:*

''k) Es contrato de buena fe. Como todos los contratos. Sólo que el seguro lo es en más alto grado (uberrimae fidei), lo que tiene un fundamento ostensible en la intangibilidad de la mercancía que constituye su objeto y en la imprecisa consistencia de los elementos que se utilizan para regular el precio de ella. En los preliminares del contrato, en su desenvolvimiento sucesivo y en su ejecución, el asegurador debe encomendarse a la lealtad del asegurado, de cuya honestidad y de cuya prudencia depende, por modo casi exclusivo, el equilibrio de la relación económico-jurídica que los vincula. De ahí 'la drasticidad de algunas de las sanciones especialmente de las caducidades o de las que conciernen a la declaración del riesgo en que incurren los asegurados que no observan escrupulosamente sus obligaciones'. Se puede agregar que todo lo que el seguro tiene de peculiar en su conformación jurídica corresponde a la uberrima fides *que lo caracteriza, a lo menos desde el punto de vista ético, frente a los demás actos de la vida civil o mercantil''.*

Segunda. El interés asegurable pertenece a la esencia del contrato de seguros y como lo dice el mismo tratadista: ''Puede definirse como la relación económica, amenazada en su integridad por uno o varios riesgos, en que una persona se halla consigo misma o con otra persona, o con otras cosas o derechos tomados en sentido general o particular... Y aparece claro por qué la ausencia de interés asegurable llevaría implícito un estímulo a la actividad delictuosa. Porque en su afán de ganar, el asegurado podría eliminar barreras legales y morales y provocar la consumación del siniestro''.

Tercera. Pertenece también a la esencia del contrato de seguros el ser de mera indemnización para el asegurado; así lo establece el artículo 641 del Código de Comercio, que dice: ''Respecto del asegurado, el seguro es un contrato de

mera indemnización, y jamás puede ser para él la ocasión de una ganancia". Si lo fuere, este contrato, que reposa característicamente sobre la buena fe, permitiría un enriquecimiento sin causa acudiendo a procedimientos que trataran no simplemente de indemnizar la pérdida real de los bienes asegurados, sino el de obtener una ganancia ilícita a base de informaciones fraudulentas.

En el caso que se estudia se acusa el fallo por infracción directa del artículo 648 del Código de Comercio "pues no obstante ser de estricta aplicación y obligatorio cumplimiento, el Tribunal lo ignoró y no le dio aplicación al caso debatido". El artículo en cita dispone que: "Los establecimientos de comercio como almacenes, bazares, tiendas, fábricas y otros, y los cargamentos terrestres o marítimos pueden ser asegurados con o sin designación específica de las mercaderías y otros objetos que contengan. Los muebles que constituyen el menaje de una casa pueden ser también asegurados en esa misma forma, salvo los que tengan un gran precio como las alhajas, cuadros de familia, objetos de arte u otros análogos. *En uno y otro caso el asegurado deberá individualizar los objetos asegurados y justificar su existencia y valor al tiempo del siniestro".*

Como se ha dejado expuesto anteriormente, el opositor transcribe un párrafo de la sentencia acusada en que se manifiesta "que falta en el proceso determinación atendible acerca del monto del daño sufrido en relación con el camión, y que tampoco se dispone de certidumbre sobre cuáles drogas, qué cantidad se perdiera y qué valores tuvieran, lo que obviamente sustenta una condenación en abstracto".

Por lo que respecta a este cargo es evidente que el fallo del Tribunal no da base de la cual pueda deducirse que del seguro genérico que se contrató en la póliza sobre transporte pueda deducirse la individualización y valor de los bienes perdidos en el siniestro; caso en el cual la prueba de tales circunstancias incumbía al asegurado que está reclamando el valor total de la póliza, cuando en ella no se individualizaron, ni se avaluaron en forma concreta y específica los efectos a que se contrae tal documento; consiguientemente, tiene razón el recurrente, cuando afirma que el actor en el juicio ha debido dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 1757 del Código Civil, que "impone probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o ésta".

Atendiendo al mandato imperativo del artículo 648 del Código de Comercio, que no es otra cosa que el desarrollo de la disposición imperativa contenida en el artículo 640 de la obra citada, cuando establece en el numeral 3º que: "Toda póliza debe contener... 3º La designación clara y precisa del valor y naturaleza de los objetos asegurados, se ve claramente que el certificado de seguro número 2185, folio 7 y siguientes del cuaderno 2 que corresponde a la póliza respectiva, folio 154, cuaderno 4º, contiene genéricamente un seguro por 76 cajas de drogas por un valor de $ 75.000.00".

Se precisa, sin lugar a dubitaciones, que esa expresión genérica de 76 cajas de drogas no contiene ninguna especificación respecto a la existencia y naturaleza de tales drogas, ni a sus calidades ni a los valores individualizados de cada una de ellas, con la grave circunstancia de que el actor en el juicio acepta que el valor de las drogas que venía acumulando lo estimaba "más o menos en $ 85.000.00" y que no llevaba ni lleva libros de contabilidad y que no puede "precisar ni aproximada ni exactamente la cantidad de aureomicina que incluyó en el despacho hecho a Montería".

Esa falta del asegurado en relación con la determinación del valor, especificación y contenido de las 76 cajas de drogas, colocaban a la compañía aseguradora en el trance de no poder demostrar dentro del proceso civil que el avalúo era excesivo porque el asegurador desconocía en forma concreta los bienes sobre los cuales pudiera alegar el exceso en el justo precio.

La Corte estima que este cargo se encuentra fundado y, por tanto, debe casarse el fallo por este aspecto.

Demanda de casación del actor.

Invocando la causal primera contemplada en el artículo 520, el recurrente formula contra la sentencia tres cargos.

Por el primer ataque se acusa el fallo por error de derecho consistente "en la apreciación errónea de determinadas pruebas", que llevó al Tribunal a violar el artículo 13 de la Ley 27 de 1888; los artículos 1757, 66, 27, 71, 1768, 1608 y 1607 del Código Civil; 634, 661, 721, 298, 640, 680 y 684 del Código de Comercio, el 25 de la Ley 105 de 1927 y el 3º de la Ley 89 de 1928.

En el segundo se acusa el fallo "por error de hecho consistente en la falta de apreciación de determinadas pruebas".

La mayor parte de los errores apuntados se refieren a pruebas y copias de autos que obran dentro del proceso penal adelantado contra Gutiérrez Rave; y el ataque por estos aspectos llega directamente a la conclusión, por manera especial

de la violación del artículo 13 de la Ley 27 de 1888, aspecto éste a que alude el tercer cargo en el cual se acusa la setencia por falta de aplicación de las mismas normas a que se ha hecho referencia anteriormente, y de los artículos 480 y 553 del Código Judicial.

El cargo cuarto se formula en forma subsidiaria, "por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte demandante".

Al juicio fueron aportadas copias de los autos de proceder y de prescripción proferidos por las autoridades penales correspondientes y de que luego se hablará.

El cargo tercero se refiere, como se ha dicho, especialmente a la infracción cometida por el Tribunal, según la censura, por no haberle dado aplicación al artículo 13 de la Ley 27 de 1888, "que reformó el Código de Comercio, quitando de los hombros del asegurado la carga de la prueba para imponerla a la compañía aseguradora en caso de que ésta pidiera reducción del avalúo y pidiera que se le eximiera de pagar el total convenido y aportara la prueba de esa diferencia de valores". Y que por eso el Tribunal incurrió en error al formular condena en abstracto, porque según el impugnante el valor consignado en las pólizas obligaba al asegurador, mientras éste no demostrara exceso en el valor asegurable. Las demás proposiciones se reducen a sustentar los anteriores puntos de vista, agregando que la sentencia ha debido condenar al pago de intereses en la forma establecida por el artículo 25 de la Ley 105 de 1927, corregido por el artículo 3º de la Ley 89 de 1928.

Se considera:

Como gran parte de los fundamentos del recurso del actor se apoya en las providencias dictadas por los falladores penales, la Corte estima conveniente hacer las siguientes anotaciones:

1. El Tribunal Superior (folio 27 cuaderno 4), decretó la suspensión del negocio civil, en virtud de que ante la Justicia Penal se adelantaba un proceso contra Gutiérrez Rave, cuyos resultados podían tener incidencia en el negocio civil.

El 12 de agosto de 1957 el Juzgado Tercero Superior de Medellín, dictó auto de proceder contra Jaime Gutiérrez Rave por los mencionados delitos (folio 62, cuaderno 4).

El Tribunal que conoció de la apelación de esta providencia por auto de 17 de enero de 1958 la revocó y sobreseyó temporalmente a favor de los sindicados ordenando reabrir la investigación para que se practicaran las diversas pruebas allí indicadas.

El juzgado *a quo* penal, después de cumplir lo ordenado por el Tribunal, volvió a proferir auto de llamamiento a juicio, fechado el 2 de marzo de 1961 y allí declaró extinguida la acción penal contra el chofer Gabriel González por muerte del procesado (folio 112, cuaderno 4). Este auto de proceder fue apelado para ante el Tribunal, entidad que en su Sala de Decisión (folio 102, cuaderno 4), luego de un detenido estudio del elenco probatorio confirmó el auto enjuiciatorio contra Jaime Gutiérrez Rave por el delito de estafa...

En presencia de la solicitud formulada por los defensores que llevaban la personería de Gutiérrez Rave, impetrando el recurso de reposición, el mismo Tribunal, con indudable demora en la tramitación, en providencia de 30 de mayo de 1963 (folio 45 vuelto, cuaderno 4), declaró prescrita la acción penal "a favor de Jaime Gutiérrez Rave por el delito de estafa que se le imputa".

Es bueno anotar que la defensa en esta ocasión solicitó la reposición para que se dictara auto de "sobreseimiento definitivo o subsidiariamente se revocara la providencia y en su lugar se dictara sobreseimiento temporal, y por último, para que se pronunciara la sentencia del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, por haberse operado la prescripción del delito de estafa". El Tribunal no encontró mérito para decretar los sobreseimientos impetrados y accedió a la declaración de prescripción de la acción en presencia del fenómeno cronológico en virtud del cual la facultad del Estado había cesado para proseguir el negocio penal por el transcurso del tiempo.

El fallador civil dictó auto para mejor proveer y en virtud de ese ordenamiento llegaron a los autos las copias de las piezas a que se ha hecho referencia, pero, sin que los diversos testimonios y diligencias que allí obraban fueran debidamente trasladados al proceso civil.

La prescripción de la acción penal no es un reconocimiento de la inocencia del procesado, sino que, como se ha advertido antes, por el lapso transcurrido el Estado pierde el derecho de proseguir la acción o de imponer la pena correspondiente. Entre el fenómeno de la prescripción y el sobreseimiento definitivo en su caso, la sentencia absolutoria, hay diferencias esenciales que los tratadistas y la doctrina han precisado con perfiles inconfundibles; de ahí que el Tribunal Penal negara las peticiones principales de los defensores de Gutiérrez Rave, y en su lugar decretara la prescripción.

Y se han hecho estas referencias al proceso penal porque el actor recurrente hace mérito especial a lo allí resuelto para deducir que como el auto de proceder no fue confirmado y en su lugar se dictó una providencia en que se declaró la prescripción de la acción, "ello equivale a establecer que si no hubo prueba de los elementos constitutivos del delito en el proceso penal contra Jaime Gutiérrez Rave, es porque la suma convenida entre las partes como valor asegurable correspondía a la realidad: $ 85.000.00 para las drogas y $ 12.000.00 para el camión" y que en consecuencia, el fallador violó el artículo 13 de la Ley 27 de 1888, y que estimarlo de manera contraria es apreciar erradamente la prueba de la prescripción de la acción penal "y de allí el motivo de la causal que se está demostrando".

La parte demandante ha pretendido, pues, que la compañía "La Fénix de Colombia, S. A.", debe pagar la totalidad de las sumas a que se refieren las copias de las pólizas que obran en autos, y para ello sostiene que es de imperativa observancia lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 27 de 1888, sin parar mientes en que, como se ha dejado consignado al estudiar la demanda del opositor demandado, el actor ha debido demostrar con plenitud la existencia, individualización y valor de los objetos asegurados al tiempo del siniestro; en forma alguna el demandante en la acción cumplió con esta imperante exigencia legal, y por lo tanto, los cargos que se han relacionado no pueden prosperar. La sentencia recurrida consignó lo siguiente: "...debe observarse que en el expediente falta determinación probatoria atendible acerca del monto del daño sufrido en relación con el camión y que tampoco se dispone de certidumbre sobre cuáles drogas, qué cantidad se perdiera y qué valor tuvieran, lo que obviamente sustenta una condenación en abstracto", conclusión esta última, que, por lo que se ha visto, no podía tener ninguna prosperidad jurídica. La disposición del artículo 13 de la Ley 27 en cita presupone que por parte del asegurado se hubiere determinado el valor de los objetos asegurados para que la entidad demandada pueda ejercitar el derecho que la misma disposición le concede para pedir "la reducción del avalúo si probare que éste ha sido exagerado, especialmente si excede del valor que los objetos pudieran tener en el lugar del destino"; para que el asegurador esté en capacidad de reclamar contra el exagerado avalúo, es necesario, como lo dispone el artículo 648 del Código de Comercio en su último inciso que el asegurado haya individualizado los objetos asegurados, justificando su existencia y valor al tiempo del siniestro. Circunstancias que no demostró en el juicio.

El actor recurrente pretendiendo apoyar la vigencia del artículo 13 tantas veces citado, transcribe apartes de una doctrina de la Corte consignada en la página 325 de la *Gaceta Judicial,* en su tomo XLII, doctrina que carece de pertinencia en el caso presente, en tratándose del seguro de drogas, pues la Corte en esa sentencia se refirió a la póliza del seguro de un bien determinado en forma concreta y especificado en su valor, pues se trataba de una nave que naufragó.

Cabe observar, finalmente, que no es de recibo en casación el formular como lo hace el recurrente, un cargo subsidiario; así lo ha determinado en diversas oportunidades la doctrina de la Corte.

El cargo, pues, no prospera en cuanto hace relación al seguro consignado en la póliza número 1006 referente a las drogas.

Por lo que dice relación al automotor asegurado por la suma de $ 12.000.00, en autos aparece comprobado el accidente que ocasionó su pérdida; se trata de un bien concreto y determinado; la compañía aseguradora aceptó dicho valor y no logró demostrar, como ha debido hacerlo, que ese avalúo hubiera sido exagerado y por lo tanto, debe pagar la totalidad del valor aceptado en la póliza.

Consta en autos que la entidad demandada sí ofreció pagar en debida oportunidad ese valor a Gutiérrez Rave y que éste rechazó esa oferta. En este evento "La Fénix de Colombia, S. A.", ha podido cumplir el procedimiento señalado en el artículo 975 y siguientes del Código Judicial, en armonía con las normas contenidas en el Capítulo 7º, Título 14, Libro 4º del Código Civil, para que la consignación válidamente hecha hubiera extinguido la obligación de pagar los intereses correspondientes; la simple oferta no exonera, pues, a la entidad demandada del pago de los intereses fijados por el artículo 25 de la Ley 105 de 1927 y corregido por el artículo 3º de la Ley 89 de 1928, intereses que se deben desde la notificación de la demanda, o sea, desde el diez de agosto de 1958, comoquiera que el asegurado no logró demostrar la fecha precisa de la reclamación "aparejada de los comprobantes indispensables".

Decisión.

En mérito de lo que se deja expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, fechada el

doce (12) de noviembre de mil novecientos sesenta y tres (1963), en el juicio ordinario seguido por Jaime Gutiérrez Rave contra la compañía de seguros "La Fénix de Colombia, S. A.", y como juzgador de instancia,

Resuelve:

Revócase la sentencia de primera instancia de fecha veinticinco (25) de junio de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín, y en su lugar se dispone:

Primero. CONDÉNASE a la compañía "La Fénix de Colombia, S. A.", a pagar a Jaime Gutiérrez Rave, mayor y vecino de Medellín, la suma de doce mil pesos ($ 12.000.00) moneda corriente, valor del seguro del automotor a que se contrae la póliza número A-252 y a que se alude en la parte motiva de esta providencia, más los intereses señalados por el artículo 25 de la Ley 105 de 1927, corregido por el artículo 3º de la Ley 89 de 1928, intereses que se deben desde la notificación de la demanda o sea desde el diez (10) de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho (1958).

La fijación de los intereses se hará por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

Segundo. ABSUÉLVESE a la entidad demandada de los demás cargos a que se refiere la demanda.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

QUIEBRAS

La Sala de Casación Civil de la Corte conoce también de los fallos de tipo penal que se produzcan dentro de tales juicios. El recurso de casación no procede contra la providencia que declara la cesación del procedimiento penal.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, marzo 16 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse.*

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, pronunció la providencia de 17 de diciembre próximo pasado, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del sindicado Carlos Alberto Sánchez, contra el fallo proferido por el Juez Promiscuo Unico del Circuito de Popayán, dentro de la parte penal del juicio de quiebra adelantado contra la sociedad "Farmacia y Droguería Colón Limitada".

El *a quo* dispuso lo siguiente:

"1º Declarar que en el presente negocio se ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, y que por consiguiente, la presente investigación no puede proseguirse.

"2º Ordenar, en consecuencia, cesar todo procedimiento contra el procesado Carlos Alberto Sánchez, de las condiciones civiles vistas en su primera indagatoria (folio 35, cuaderno número 1, investigación penal).

"3º Decretar el levantamiento del embargo y secuestro de los bienes que fueron objeto de la medida preventiva en auto que declaró la quiebra de la sociedad "Farmacia y Droguería Colón Limitada" (folios 88 a 93, cuaderno principal) y el cese de la detención de la correspondencia del quebrado relativa a sus negocios; se librarán los oficios que sean necesarios, teniendo en cuenta el auto citado.

"4º Ordenar, que ejecutoriado el presente proveído sea archivado el juicio, previas las anotaciones de rigor en los libros correspondientes".

En la providencia del Tribunal se resolvió confirmar los ordinales primero y segundo de la sentencia proferida por el juez del circuito; adicionar el ordinal segundo "en el sentido de ordenar también la cesación de todo procedimiento por el delito de quiebra, en favor de Aicardo Gil Burbano C."; revocar los ordinales 3º y 4º y por último en el numeral 4º se dispuso que el juicio civil de quiebra continuara su tramitación normal.

Contra esta providencia el apoderado del sindicado Carlos Alberto Sánchez, interpuso el recurso extraordinario de casación, el que le fue concedido por auto de 7 de febrero próximo pasado, estimando el fallador que la sentencia que había proferido admitía tal recurso "según el artículo 55 ordinal 2º del Decreto-ley número 528 de 1964, ya que el delito de quiebra tiene señalada pena máxima de prisión de seis años (artículo 419, Código Penal) ..."

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 64 del decreto-ley antes citado, procede la Corte a estudiar si el recurso es o no admisible.

Los artículos 17 y 18 del Decreto 750 de 1940, establecen que el juez de la quiebra es el competente para aprehender "directa y exclusivamente la instrucción del sumario hasta agotar los trámites del Código de Procedimiento Penal y dictar la sentencia a que hubiere lugar", cuando en el juicio civil se establezca la existencia de ilícitos penales que den motivo al correspondiente proceso. El Tribunal Superior en su Sala Civil es, así mismo, el competente para conocer los incidentes que se presenten a virtud de recursos que se interpongan contra las decisiones penales que tome el juez civil de la quiebra. En este sentido la jurisprudencia de la Corte es suficientemente explícita; así en fallo de 2 de marzo de 1966, de la Sala Plena, no publicada aún en el

órgano de la Corporación, se dijo: "El juicio de quiebra, no obstante que en él se entremezcle la acción penal, es básicamente de naturaleza civil, y su conocimiento está atribuido por la ley, expresamente al juez civil en lo concerniente a dicha acción penal, por lo cual su juzgador ad quem, *es la Sala Civil del Tribunal ...".*

Sobre estos antecedentes es apenas lógico que la Sala de Casación Civil de la Corte conozca también de los fallos de tipo penal que se produzcan dentro del juicio de quiebra.

Si lo anteriormente dicho es inobjetable, no lo es menos que la sentencia proferida por el Tribunal que concedió el recurso extraordinario, no admite tal recurso. Se trata de una providencia en que se declaró la cesación del procedimiento penal por haber ocurrido el fenómeno de la prescripción de la acción correspondiente y se hacen otras declaraciones que en ningún caso podrían motivar el recurso, por ser de carácter simplemente interlocutorio.

En efecto, la Corte por conducto de su Sala de Casación Penal, en doctrina reiterada ha resuelto que las sentencias sobre declaratoria de prescripción de la acción penal, no pueden ser objeto del recurso de casación, así en fallo de 13 de noviembre de 1965, consignó la siguiente doctrina que hace mérito de otras de la misma Sala: "... No puede, pues, dársele a la providencia en que se declara la prescripción, el carácter de una decisión condenatoria. ¿Será ella una sentencia propiamente tal? La Sala no puede menos de ratificar la doctrina que sobre el particular ha venido sosteniendo de manera constante y uniforme, y en forma general como compete hacerlo a una Sala de Casación, ya que, como dice Carcano, el Tribunal de Casación es la magistratura de las máximas, de las definiciones, de los teoremas, en una palabra, de la ciencia legal. El Tribunal de Casación —agrega— no juzga del derecho del litigante, sino del derecho de la ley, *non juris litigatoris, sed de jure constitutionis.* Es a la faz de tal derecho, como la Corte ha condensado esa doctrina así: 'El proveído que se pronuncia en los casos del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, no es una sentencia en el sentido estricto del vocablo. Ella, enseñan los autores, es la definición de la relación jurídico-procesal y está en íntima relación de dependencia con el contenido de los cargos y del debate, de suerte que no puede hablarse de sentencia sin que se presupongan de modo necesario cargos y pruebas. Pero no puede negarse que es una providencia definitiva que, al menos en cuanto a la persona o personas en cuyo favor se profiere, le pone fin al proceso...' 'Resulta impropio llamar sentencia —dice en otros autos— a una decisión que se tomó en la etapa sumaria, muchas veces sin haberse agotado la investigación y aun sin haberla hecho, porque el caso así lo exigía. Y de ahí que en la jurisprudencia, con un sentido más de respeto que de acatamiento a esa denominación que el legislador le dio a la providencia dictada en virtud del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, se haya convenido en llamarla 'sentencia *sui generis*'. 'Las mal llamadas sentencias —repite en otros proveídos— a que dé lugar la aplicación del artículo 153 no son susceptibles del recurso de casación, medida extraordinaria que presume la terminación de un juicio, previo un debate formal, cuyas más salientes actuaciones están subordinadas a ser objeto de crítica. además: ¿de qué manera operaría este recurso contra una providencia de tal género?'.

"En seguida demuestra la Corte cómo ninguna de esas causales puede proponerse contra dichas sentencias..."

Vale lo anteriormente expuesto, para llegar a la conclusión de que en el caso presente no es admisible el recurso de casación interpuesto contra la providencia del Tribunal Superior de Popayán que antes se ha relacionado y que el fallador *ad quem,* por consiguiente, incurrió en error al conceder el recurso, ya que no es pertinente la invocación del precepto legal por él anotado.

Por lo tanto, se declara inadmisible el recurso de casación de que se trata y se dispone devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

PARTICION MATERIAL

Normas aplicables al juicio. En casación no pueden formularse nuevas objeciones al trabajo partitivo. — No hay normas legales que ordenen al partidor levantar planos del terreno. — Violación directa de la ley.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, marzo 17 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Arturo C. Posada.*

Alejandro Morales demandó a Moisés Torres R. en el Juzgado Civil del Circuito de Guamo, para que se decretara la partición material de los predios denominados Balsillas y Limón, situados en el Municipio de Ortega y deslindados como se expresa en el libelo (cuaderno 1º folios 76 a 77).

Decidida la oposición presentada por el demandado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué decretó la división material de los dos inmuebles (cuaderno 3, folios 9 y 17).

Presentado el trabajo de partición, el demandado le hizo cinco objeciones, que el Juzgado, por auto de 24 de agosto de 1957, declaró infundadas (folios 37 vuelto y siguientes, cuaderno 4).

El Tribunal, en providencia de 23 de noviembre de 1957, admitió la primera y cuarta "en cuanto al formar la hijuela o lote de gastos perjudicó al copartícipe Moisés Torres R. en la suma de doscientos nueve pesos, cuarenta y siete centavos ($ 209.47) moneda legal, y en cuanto adjudicó al copartícipe Alejandrino Morales dicho lote o hijuela, en vez de ordenar que se venda en pública subasta"; y la tercera, "en cuanto el partidor omitió en la formación o composición de las hijuelas, especificar o particularizar, cuántas hectáreas de cada clase y avalúos dados por los peritos avaluadores y clasificadores del terreno partible, componen o forman los respectivos lotes o hijuelas adjudicadas a los copartícipes".

Declaró infundadas la segunda y quinta, y dispuso rehacer el trabajo de partición material en la forma indicada en la parte motiva de la providencia.

Presentado el segundo trabajo de partición (cuaderno 4, folios 47 a 51 vuelto), el Juzgado lo aprobó en fallo de 9 de junio de 1958 (folios 51-52, cuaderno 4).

Apelada la decisión del Juzgado por el objetante, el Tribunal de Ibagué la confirmó en sentencia de 22 de septiembre de 1958 (folios 61 a 63, cuaderno 4).

La Corte decidió el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia del Tribunal, en fallo de 16 de diciembre de 1959, por el cual casó el de segunda instancia; revocó el del Juzgado, improbó la partición, y ordenó al partidor rehacerlo "adjudicando en cada uno de los inmuebles denominados Balsillas y El Limón, la porción que a cada partícipe le corresponda a prorrata de su cuota en la comunidad de cada fundo. En lo demás, el partidor ajustará su tarea a las órdenes contenidas en el auto del Tribunal Superior de Ibagué, fechado el 29 de noviembre de 1957 (folios 33 y siguientes del cuadernos 4 del expediente)" (folios 21 vuelto a 35, cuaderno 7).

El partidor, obedeciendo lo dispuesto por la Corte, presentó la tercera cuenta (folios 44 a 50 vuelto), que el Juzgado aprobó mediante sentencia de 14 de diciembre de 1960 (folios 50 vuelto 51 y 51 vuelto).

La parte objetante llevó al Tribunal Superior en alzada el fallo de primer grado, que fue confirmado por sentencia de 28 de noviembre de 1961 (folios 67 vuelto, 68 vuelto y 69, cuaderno 7), por encontrarlo ajustado "a las modalidades exigidas tanto por el Tribunal como por la

Corte y agrega solamente que en relación con la suerte del terreno de Torres, que en el primer trabajo presentado lesionaba su derecho en $ 209.47, quedó en el último trabajo corregida, pues se le deduce lo que proporcionalmente le corresponde pagar por la hijuela de gastos, o sea la suma de $ 4.525.00. Con lo que la partición así modificada no ofrece más reparos y debe aprobarse''.

Recurso de casación

Inconforme la parte objetante, trajo a la Corte la decisión del Tribunal Superior en recurso extraordinario, que sustentó proponiendo seis cargos, de los cuales cinco hace consistir en violación directa de normas sustanciales, y uno en ''un grave error''.

Se consideran conjuntamente el primero y el segundo, el tercero y el cuarto por la íntima relación que hay entre ellos.

Primer cargo

Se refiere a la parte de la sentencia de la Corte en que dispone que en lo demás el partidor debe ajustarse ''a las órdenes consignadas en el auto del Tribunal Superior de Ibagué de fecha 29 de noviembre de 1957''. Y observa que de las 331 hectáreas, 5.688 metros cuadrados que fueron adjudicados a Digna María Beltrán en el fundo de Balsillas, sólo 168 hectáreas, 5.308 metros cuadrados le quedan en su favor, pues las restantes 163 hectáreas 380 metros cuadrados están ocupadas por terceros que se consideran dueños; que el partidor no deslindó estas últimas sino que formó un solo lote; y que con adjudicación tan desigual y desproporcionada, Beltrán ''no recibe sino una parte pequeña de lo que realmente le corresponde''.

''El sentenciador con la aprobación del trabajo de división material violó los artículos 1394 y 2338 del Código Civil por no aplicarlos'', e infringió también, por la misma razón, los artículos 601 y 593 del Código Judicial. ''Estas violaciones las hizo de modo directo por no aplicar las disposiciones citadas''.

Segundo cargo

En esta censura insiste el recurrente en que con la adjudicación a Digna María Beltrán, de 163 hectáreas, 380 metros cuadrados en terrenos ocupados por terceros poseedores se le perjudica, porque lo legal y equitativo habría sido medir esos terrenos y adjudicarlos a los dos comuneros en proporción a sus derechos. Los terrenos ocupados por terceros poseedores no fueron avaluados para que el partidor hubiera hecho la asignación proporcional, ''sobre este punto hubo objeción que no ha sido resuelta''.

El sentenciador ''infringió directamente, por no aplicación, los artículos 1394 y 2338 del Código Civil y también quebrantó, por no aplicación, los artículos 601 y 593 del Código Judicial''.

La Corte considera:

De las objeciones propuestas al primer trabajo de partición, que son las únicas que deben tenerse en cuenta tanto en las instancias como en el recurso de casación, en la quinta se dice que a Moisés Torres, cedente de Digna María Beltrán, se le adjudicó ''un lote de terreno en comunidad con terceros poseedores de una gran cantidad de tierra perteneciente a los predios de Balsillas y El Limón, sin determinar la cantidad de terreno poseído por esos terceros y la poseída por los otros''. Añade que estos terceros sostienen que son dueños de tales predios por haberlos poseído por más de treinta años; y que, en cambio a Morales se le destinó el lote número cuatro, ''poseído por terceras personas, quienes han manifestado que están listas a comprar las parcelas, pues ellos sí reconocen dominio ajeno''.

Basado el Tribunal Superior en que tanto a uno como a otro copartícipe se le adjudicaban tierras ocupadas por terceros poseedores, en el auto que la Corte dispuso tenerse en cuenta por el partidor, declaró infundada la objeción quinta que, como se ve, es la misma que el impugnante alega en los motivos primero y segundo de la demanda de casación.

Los cargos son inoperantes.

Tercer cargo

Transcribe el censor el paso de la sentencia del Tribunal, en el cual este encuentra ostensible que el partidor omitió el detalle de las hectáreas de cada clase y avalúo que entraron a formar los respectivos lotes adjudicados a los copartícipes, por lo cual ordena que ''el partidor complete el trabajo de partición con la determinación precisa del número de hectáreas de cada clase y avalúo dados, que entran en la formación de las respectivas hijuelas o lotes adjudicados a los copartícipes''.

Añade que el partidor no se sujetó a esta orden, porque en el trabajo presentado ahora afirma que hay tierras de varias clases, pero no determina en el plano dónde se encuentran ellas;

que la simple afirmación sobre las clases de tierras y su avalúo no puede producir efectos legales sin un respaldo técnico; que los peritos que intervinieron discrepan en el avalúo y clasificación de las tierras y no señalaron dónde se encontraban las distintas clases de ellas y correspondía al partidor decirlo en el plano, quien se limitó a copiar lo que aquellos dijeron pero no lo verificó en el plano y en el estudio que debía hacer para que el trabajo resultara preciso.

Y concluye: "acuso la sentencia del honorable Tribunal por este otro motivo que acabo de exponer y que trae como consecuencia la infracción directa por no aplicación al caso de la controversia, los artículos 1394 y 2338 del Código Civil, que son las normas sustantivas que han debido tenerse en cuenta al tiempo de estudiar el trabajo de partición".

Cuarto cargo

La impugnación se refiere a que el predio El Limón tiene, según el partidor, 28 hectáreas, 8.241 metros cuadrados, compuesto de 19 hectáreas 1.743 metros cuadrados de primera clase; 7 hectáreas, 7.919 metros cuadrados de segunda; y "una hectárea 8.579 metros cuadrados"; y que el partidor dejó por fuera dos islas pequeñas que los peritos midieron, pues aquél nada dice en relación con ellos.

En el plano tampoco se hace separación de las varias clases de tierras, lo cual es fundamental para orientar al juez y a los adjudicatarios en el estudio del trabajo, para saber dónde están ubicadas y poder reclamar contra el modo de compensación de los lotes.

Aprobando el Tribunal la partición "lisa y llanamente" violó directamente los preceptos ya citados por no haberlos aplicado; "e infringió igualmente los artículos 601 y 693 del Código Judicial por haber aceptado como prueba las afirmaciones del partidor sin respaldo en el plano".

La Corte considera:

Para resolver este cargo cabe observar, en primer término, que lo referente a que se dejaron por fuera dos islas que fueron medidas por los peritos, no figura en ninguna de las tachas presentadas al primer trabajo de partición. Y alegarla en casación constituye una nueva objeción que no puede proponerse en este recurso, limitado como queda solamente a las que fueron planteadas oportunamente, y se declararon probadas en las instancias y en el fallo proferido por la Corte, como juzgador de instancia, según ocurre en el presente negocio.

En segundo término, el Tribunal Superior en la providencia de 29 de noviembre de 1957, declaró fundada la objeción tercera, "en cuanto el partidor omite en la formación o composición de las hijuelas especificar o particularizar, cuántas hectáreas de cada clase y avalúo forman los respectivos lotes o hijuelas adjudicados a los copartícipes".

El partidor para la distribución de los bienes comunes debe atenerse al avalúo y, llegado el caso, a la mensura y clasificación de los terrenos. No hay norma legal que le ordene al partidor levantar planos del terreno. Si lo hace, es para mayor ilustración, claridad y determinación de los lotes.

El Tribunal no dispuso que el partidor levantara planos, y señalara en ellos las clases de terrenos que componen las hijuelas, sino simplemente que especificara y particularizara cuántas hectáreas de cada clase y avalúo dados por los peritos forman cada lote. Y esto es lo que ha hecho en el último trabajo. En efecto, en las explicaciones del plano con que ilustra la partición hace la siguiente especificación:

Predio El Limón

Area. Clase de tierra.	*Valor*
Lotes: número 1: Alejandro Morales. 98.162 m². 1ª y 4ª	$ 5.421.72
Número 2: Digna Beltrán Celis. 190.079. 298.241. 1ª, 2ª y 4ª ...	8.562.06
	$ 13.990.78

Predio Balsillas

Lotes: número 1: Alejandro Morales. 2.449.541 m². 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 6ª	$ 26.699.05
Número 4: Alejandro Morales. 1.094.823 m². 3ª, 4ª y 5ª	11.525.20
Número 3: De gastos. 396.945 m². 1ª, 2ª, 3ª, 5ª y 6ª	4.525.00
Número 2: Digna Beltrán Celis. 3.315.688 m². 7.056.997. m². 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 6ª	5.888.90
	$ 98.638.15

Zona carretera. 43.201. 17.100.198.

Y esta clasificación y avalúo son los que contienen las cartillas de adjudicación de los dos comuneros.

Aparece manifiesto que el partidor cumplió con la orden del Tribunal al respecto, pues, además de las clases de tierra, el valor que les señaló es el que fijaron los peritos.

Finalmente, *el cargo hecho por violación directa de normas sustanciales, como lo tiene repetido la Corte, no toca con las cuestiones de hecho, sino exclusivamente con las de derecho, para lo cual deben admitirse las primeras como las encontró y aceptó el fallador de instancia. En el evento* sub lite, *el Tribunal aprobó el trabajo de partición porque vio que las hijuelas estaban formadas de las diversas clases de tierra que forman los lotes que en dicho trabajo se dividieron materialmente.*

Las censuras carecen de fundamento.

Quinto cargo

Conforme a este cargo, el Tribunal violó el artículo 964 del Código Judicial, porque confirmó la sentencia de primera instancia sin haber dado traslado de la partición.

Para el recurrente era procedente el traslado, ya que debía hacerse la división de dos comunidades y no de una sola, como lo aceptó la Corte, debido a que los predios por partir eran dos. Es cierto que el artículo 965, ibídem, dispone que reformada la partición en los términos ordenados, el juez debe aprobarla, pero según la misma norma, la aprobación no se decreta sino cuando se ajusta a lo ordenado.

Termina la sustentación el impugnante diciendo que "el sentenciador violó directamente por no aplicación el artículo 964 del Código Judicial e infringió por interpretación errónea el artículo 965 de la misma obra, e indirectamente por no aplicación los artículos 2338 y 1394 del Código Civil".

La Corte considera:

Por mandato del artículo 1152 del Código Judicial al juicio de partición material de los bienes comunes son aplicables las normas contenidas en "los artículos 959 a 967 relativas a la partición de la herencia en lo pertinente". Ahora bien, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 964 y 965 sólo hay lugar al incidente de objeciones cuando, dado el traslado de la primera partición a los interesados, alguno de estos la objeta, pues no presentada ninguna tacha, el juez la aprueba presumiendo que los copartícipes se hallan conformes con el trabajo.

Presentadas las objeciones y tramitado el incidente, el juez lo decide aprobando la partición si halla infundadas las objeciones, u ordenando que se rehaga en los términos que la misma providencia ordena, si halla fundadas alguna o algunas de las objeciones.

A partir de esta etapa del juicio, la actuación se limita exclusivamente a que el partidor rehaga el trabajo sometiéndose a lo dispuesto por el juez en el auto en que se resolvieron las objeciones. De modo que, presentado un segundo trabajo, si el juez encuentra que se ajusta a lo resuelto antes por él, lo aprueba. Este es el alcance del artículo 965 del Código Judicial que estatuye: "Reformada la partición en los términos ordenados, el juez la aprueba". De esta norma no se infiere, como lo pretende el recurrente, que se vuelva a dar traslado; ya no caben nuevas objeciones, porque sólo está pendiente que la partición se someta a las que se encontraron fundadas, y de ellas debe ocuparse el recurso de casación, llegado el caso.

La Corte en sentencia de 19 de noviembre de 1965 sobre la única oportunidad que hay para presentar objeciones a la partición, dijo: "... Para fijar el alcance de los cargos relacionados, debe tenerse en cuenta que en los términos del artículo 964 del Código Judicial y la sostenida doctrina de la Corte, la única oportunidad que tienen los interesados para proponer objeciones a la partición es aquella en que, presentado el primer trabajo, el juez ordena dar traslado de él precisamente para que dentro del término máximo de diez días se formulen las que encuentren los que no se sientan conformes con tal trabajo.

"Presentadas objeciones por alguno o algunos de los interesados, continúa el debate solamente en relación con las propuestas hasta rematar en el recurso de casación de la sentencia aprobatoria de la cuenta, el cual no puede comprender sino censuras relacionadas con dichas objeciones".

El cargo no puede prosperar.

Sexto cargo

Encuentra el impugnante que el partidor le pone al predio de Balsillas 710 hectáreas 198 metros cuadrados de superficie sobre la cual efectúa su trabajo, en tanto que los peritos afir-

man que sólo tiene 632 hectáreas; que hay una discrepancia de 72 hectáreas, 5.198 metros cuadrados. "Si se acepta lo afirmado por el partidor entonces el dictamen pericial (folio 50 vuelto del cuaderno 3) no vale nada. Ese dictamen no fue objetado. Si se acepta este dictamen, entonces lo expuesto por el partidor no tiene base de certeza. En estas condiciones existe un gran error. Este error fue materia de objeciones y ninguna autoridad se ha pronunciado contra él. Si existe error la partición cae por su base porque entonces hay desigualdad en las hijuelas y no se cumple con los mandatos de la ley..."

"El sentenciador al apreciar la partición sin reparar en el error anotado violó directamente" por falta de aplicación, el artículo 1394 del Código Civil, que dispone darle a cada asignatario lo que se le deba, y el 2338, ibídem, porque si existe error en la mensura no hay proporción en la adjudicación de los derechos de cada copartícipe en la comunidad.

También violó los artículos 722 del Código Judicial "y de contera" los artículos 601 y 593, ibídem, por no haberlos aplicado al caso de la controversia.

La Corte considera:

De lo dicho en el estudio de los cargos anteriores, la acusación en el recurso extraordinario no puede versar sino sobre las objeciones formuladas y que se declararon fundadas.

De éstas, solamente en la primera observa el objetante que el trabajo no expresa "cuál es el número de hectáreas del predio Bellavista (sic) ni el área de la finca llamada El Limón. Aparece de los lotes adjudicados a cada uno de los copartícipes, inclusive del lote de gastos, la cantidad de 734 hectáreas con 5.247 metros cuadrados. No se sabe de esta área cuánto corresponde al lote de Balsillas y cuánto al lote de Limones".

Esta objeción la halló fundada la Corte, por eso casó la sentencia, para que se adjudicaran separadamente de los dos lotes asignados a cada comunero la porción correspondiente a su derecho. La objeción no observó nada respecto de la disconformidad entre la superficie del lote de Balsillas distribuida en la partición y la que le fijaron los peritos. En estas condiciones en la sujeta materia del recurso, el cargo constituye una nueva objeción o medio nuevo que no es admisible.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en mérito de las razones expuestas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 28 de noviembre de 1961 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio divisorio seguido por Alejandro Morales contra Moisés Torres R.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

DERECHO DE HERENCIA

No se confunde con el de dominio. — La sucesión por causa de muerte como uno de los modos de adquirir el dominio de los bienes dejados por el causante. Alcance de la partición cuando no intervienen todos los copartícipes.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., marzo 18 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava.*

La Corte procede a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de doce de diciembre de 1962, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este juicio ordinario de Josefina Rosero de Arteaga contra los cónyuges Miguel Angel Domínguez y Clemencia Vela de Domínguez.

Antecedentes

1. Los señores José Elio Mera y Agripina Trejo se unieron en matrimonio en Ipiales el dos de septiembre de 1911.

2. El cónyuge Mera falleció el 26 de junio de 1920, y la señora Trejo murió el 21 de mayo de 1932.

3. Los cónyuges Mera y Trejo tuvieron cuatro hijos legítimos que les sobrevivieron, llamados Concepción, Inés, Aura Elina y José Mera Trejo.

4. Los mismos consortes Mera y Trejo habían adquirido y dejaron al morir un solar con casa de habitación de dos pisos, construida de tapias y cubierta de teja, inmueble que se halla ubicado en el área urbana de la ciudad de Ipiales.

5. Los cuatro legitimarios de los difuntos Mera y Trejo cedieron sus derechos herenciales en las sucesiones de estos causantes: los derechos de la heredera Concepción Mera Trejo vinieron a pertenecer por sucesivas cesiones a la señora Josefina Rosero de Arteaga, y los derechos de los otros tres herederos Inés, Aura Elina y José Mera Trejo son hoy de los cónyuges Miguel Angel Domínguez y Clemencia Vela de Domínguez.

6. La nombrada señora Josefina Rosero de Arteaga, cesionaria de uno de los referidos derechos herenciales, promovió la apertura del juicio mortuorio de los difuntos José Elio Mera y Agripina Trejo; en ese juicio se hicieron las publicaciones de rigor, pero ninguno de los otros herederos ni sus cesionarios se presentaron a intervenir en él.

7. En el inventario practicado en el aludido juicio sucesorio se relacionó y avaluó como único bien relicto el solar con casa de habitación de dos pisos que los causantes dejaron en Ipiales.

8. Una vez cubierto el impuesto de sucesiones, se dictó en el mismo juicio mortuorio la sentencia de 17 de agosto de 1959, por el cual se le adjudicó a la única interviniente Josefina Rosero de Arteaga "una acción y derecho, equivalente a la cuarta parte del bien inventariado", esto es, la cuarta parte del mentado solar con casa de habitación.

El litigio

Posteriormente la citada Josefina Rosero de Arteaga demandó ante el Juez Civil del Circuito de Ipiales a los cónyuges Miguel Angel Domínguez y Clemencia Vela de Domínguez para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que la casa de habitación de la ubicación y linderos indicados en el hecho segundo de esta demanda, con sus mejoras, servidumbres,

usos y costumbres, pertenece en su totalidad a Josefina Rosero de Arteaga, por ser la única que legalmente compareció al juicio sucesional intestado de los causantes José Elio Mera y Agripina Trejo de Mera, pues la no comparecencia de los otros herederos, a pesar de la citación legal, implicó no aceptación de las asignaciones hereditarias.

"Segunda. En subsidio, que en la casa de la ubicación y linderos expresados en el hecho segundo de esta demanda, dejada por los cónyuges Mera-Trejo al tiempo de su fallecimiento, le corresponde a mi mandante Josefina Rosero de Arteaga, además de la cuarta parte adquirida y adjudicada por el Juzgado Civil de este Circuito, el mayor valor equivalente a la totalidad de los gastos hechos por ella con motivo del obligatorio juicio de sucesión intestado de José Elio Mera y Agripina Trejo y en cuantía demostrada dentro de este juicio, inclusive los de protocolización, aparte de las mejoras establecidas en una de las piezas de habitación que integran la casa aludida.

"Tercera. Sea que se decrete lo primero o lo segundo, que los demandados están obligados a restituir en favor de mi mandante el excedente que, con base en la única pieza que posee, falte para cubrirle la totalidad de la casa en el primer caso, o la cuarta parte, más los gastos, en el segundo caso, así como los frutos naturales y civiles percibidos desde la ejecutoria de la sentencia de adjudicación dictada en el sucesional referido, en cuantía igual a $ 100.00 mensuales o en la que a juicio de peritos se compute como probable rendimiento, hasta que se cumpla con la obligación de entregar.

"Cuarta. Los demandados pagarán las costas de este juicio".

Fuera de los antecedentes narrados antes, la demanda expresa que la actora Josefina Rosero de Arteaga está en posesión de una de las piezas que integran la casa y que allí ha hecho mejoras; que los demandados poseen materialmente el resto de la misma casa; que la citada Rosero pagó la totalidad de los gastos del juicio mortuorio, así como el impuesto de sucesiones; que el señor Luis Campaña Chaves era el cesionario de los otros tres derechos herenciales cuando se propuso el juicio de sucesión y que dicho señor no se presentó en ese juicio a hacer valer sus derechos; que Campaña transfirió tales derechos a los demandados Miguel Angel Domínguez y Clemencia Vela de Domínguez por la Escritura número 1189, extendida en la Notaría Segunda de Ipiales el 10 de noviembre de 1959; que "los esposos Domínguez-Vela fueron advertidos cuando se supo que habían comprado las acciones y derechos que había tenido Campaña, de quien no sabíamos que los había adquirido. Pero se negaron a cualquier transacción, alegando que son dueños exclusivos de las tres cuartas partes de la casa y que la otra cuarta parte es la pieza que tiene mi mandante, sin caer en cuenta que la casa tiene 11 piezas y patio adyacente, que mi mandante mejoró la pieza que posee y pagó los gastos del juicio sucesional, motivo por el cual y en defensa de sus derechos mi mandante presenta esta demanda para que se le reconozcan por la justicia".

Los demandados contestaron el libelo oponiéndose a las pretensiones de la actora, admitiendo unos hechos, negando otros y expresando además que ellos son dueños de las tres cuartas partes de la casa que es materia de este juicio y que tienen en su poder y por su cuenta determinada porción de ese inmueble; que la demandante también está en posesión, desde hace mucho tiempo, de "lo principal y más valioso y utilizable de los aposentos de la casa a que se refiere la demanda"; que, en relación con los gastos del juicio mortuorio, no se tuvo en cuenta que, por razón de las sucesivas transferencias de derechos herenciales, se había pagado en gran parte el respectivo impuesto de sucesiones, y que, "en cuanto a la no efectividad de la transacción a que se refiere la parte actora, entiendo que no se ha llevado a cabo no sólo por la falta de voluntad de la demandante, sino principalmente porque la división invocada, atendiendo al número de piezas que integran la casa, con exclusión del valor venal que cada una representa, no es ni puede ser una norma justa de división". Los mismos demandados propusieron varias excepciones, entre ellas la de prescripción adquisitiva de dominio.

El primer grado del juicio concluyó con la sentencia de nueve de febrero de 1962, en la cual se resolvió:

"1º Absolver a los demandados, señores Miguel Angel Domínguez y Clemencia Vela de Domínguez, de los cargos contra ellos formulados en la petición principal (primera) de la demanda de 15 de noviembre de 1960, por la señora Josefina Rosero de Arteaga.

"2º Condenar a los mismos demandados, señores Miguel Angel Domínguez y Clemencia Vela de Domínguez, a pagar los gastos del juicio sucesorio de los causantes José Elio Mera y Agripina Trejo, y los impuestos fiscales del mismo, todo en proporción de las tres (3) cuar-

tas partes que, como compradores de tres acciones y derechos en dicho juicio, les corresponden, según liquidación que oportunamente se hará con base en los documentos aducidos al juicio; cuyo pago se hará en favor de la demandante por haberlos cubierto en su totalidad. En esta liquidación no se tendrán en cuenta las mejoras hechas por la demandante, porque ellas se hicieron en el local poseído por ella. Costas comunes".

La sentencia acusada

Apelado por ambas partes el fallo de primera instancia y surtido el segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto profirió la sentencia de doce de diciembre de 1962, por la cual se confirmó el ordinal primero de la parte resolutiva de la decisión apelada, se revocó el ordinal segundo y en su lugar se dispuso condenar "a los demandados, señores Miguel Angel Domínguez y Clemencia Vela de Domínguez, mayores y vecinos de Ipiales, a completar y restituirle a la demandante, señora Josefina Rosero de Arteaga, con porciones del inmueble a que se contrae esta demanda, equivalente a los valores que le adeudan, según el derecho reconocido en el numeral 6º de los considerandos del presente fallo, relativo a la cuarta parte, bien entendido que los intereses referidos en el numeral 7º de los considerandos, se pagarán independientemente de esos bienes, y que los demandados deben reintegrarle a la demandante los $ 3.280.08 pagados por impuestos dentro del término de ocho días después de la ejecutoria del auto de obedecimiento, y si así no lo hicieren se pagarán con una porción equivalente del inmueble".

La motivación de esta sentencia expone los términos del litigio, expresa que se trata de un juicio reivindicatorio, examina los títulos allegados por las partes, dice que conforme a estos títulos corresponde a la demandante un derecho en la sucesión de los causantes José Elio Mera y Agripina Trejo y tres derechos a los demandados y añade en seguida: "Aparece, pues, indubitable que los comuneros en el inmueble dejado por los extintos José Elio Mera y Agripina Trejo fueron cuatro, con derechos iguales, correspondiendo en la actualidad uno de éstos, o sea la cuarta parte, a la demandante, señora Josefina Rosero de Arteaga, y los tres restantes a los demandados Miguel Angel Domínguez y Clemencia Vela de Domínguez".

Habiendo sido apreciado dentro de este juicio en $ 51.718.70 el inmueble dejado por los causantes Mera y Trejo, la sentencia hace en cifras numéricas el cómputo de lo que en el mismo inmueble le puede corresponder a cada una de las partes y dice al respecto: "En este plano de igualdad, a la demandante le corresponde un derecho equivalente a $ 12.929.67 por su cuarta parte; y a los demandados, un total de $ 38.789.01 por sus tres porciones. Como el local de la demandante fue avaluado por los peritos en este juicio en la suma de $ 9.579.00, los demandados le adeudan, para completarle el justo precio de su acción, el equivalente a la suma de $ 3.350.67, más $ 3.280.08 que la demandante pagó, equivalente a las tres cuartas partes de la suma que arrojen los gastos del juicio sucesorio de los causantes Agripina Trejo y José Elio Mera".

Después de estas observaciones, la sentencia agrega: "Conforme a los dos considerandos que preceden, no es posible la prosperidad de la primera petición principal, porque en la partición de la herencia a la demandante no se le adjudicó todo el inmueble, sino únicamente el derecho acreditado, o sea la cuarta parte, y porque, como lo apreció el juez *a quo,* por el hecho de las ventas realizadas por los herederos, se expresaba así la aceptación de la herencia. Prospera sí la petición subsidiaria por cuanto ha demostrado la demandante su derecho a la cuarta parte, más los gastos por ella realizados en beneficio de la comunidad, los cuales gravan la masa hereditaria y deberían pagarse con bienes de la herencia; mas como al concurrir a cubrir esos gastos en el juicio partitivo los coherederos tienen opción de pagar en dinero, es de prudencia prolongarles esa posibilidad en este juicio, y por tanto se proveerá en armonía".

El fallo expresa luego que es jurídico que, por concepto de frutos, los demandados le reconozcan a la demandante los intereses legales de las sumas de dinero que han de pagarle, devengados desde la contestación de la demanda.

Por último, la sentencia considera las excepciones propuestas por los demandados y concluye que no aparecen comprobadas.

La impugnación

En casación la parte demandada formula contra la sentencia de segundo grado tres cargos, dos por la causal primera y uno por la causal segunda. La Corte se contraerá a exponer y examinar uno de los cargos que se plantean por la causal primera por estimar que él se funda en razones que justifican su acogida.

La censura consiste en la violación directa de los artículos 946, 947 y 949 del Código Civil, los dos primeros por aplicación indebida y el último por falta de aplicación.

El recurso sustenta este motivo diciendo que la demandante Rosero alega ser dueña de una cuarta parte proindiviso del inmueble dejado por los causantes José Elio Mera y Agripina Trejo y que en consecuencia pide en su demanda que se condene a los demandados a restituirle la porción del mismo bien que le hace falta para completar la totalidad de dicha cuarta parte. La sentencia admite que la actora es en realidad titular de una cuota indivisa equivalente a la cuarta parte del inmueble mencionado; que, como todo ese fundo fue avaluado en $ 51.718.70, la dicha cuarta parte vale $ 12.929.67, y que, como la porción del mismo bien que posee la demandante apenas tiene un valor de $ 9.579.00, "la acción reivindicatoria se endereza a la restitución de una fracción adicional de dicho inmueble equivalente a la cantidad de $ 3.350.67".

Los títulos y hechos comprobados establecen, según el recurso, que la señora Rosero es titular de una cuota en indivisión, esto es, de una cuota que no está vinculada a ninguna porción concreta del inmueble, sino a todas y cada una de sus partes; sin embargo, la sentencia le reconoce propiedad sobre una fracción concreta de ese bien y ordena la restitución de lo que hace falta para completar dicha fracción. Con lo cual confunde el fallo la reivindicación de cuota con la de cuerpo cierto. La actora tiene la acción reivindicatoria de cuota, pero no la de cuerpo cierto que la sentencia le reconoce.

El recurso continúa exponiendo el cargo así:

"El hecho de que el fallo, pronunciado en juicio ordinario reivindicatorio, pretermita los trámites propios del juicio divisorio de una comunidad, decretando implícitamente la división que correspondiera a la sentencia propia de este último juicio, ilustra la violación directa de la ley sustantiva, consistente en la falta de aplicación de los preceptos normativos de la reivindicación de cuota, que es la acción que corresponde al comunero, para aplicar indebidamente los textos legales que gobiernan la reivindicación de cuerpo cierto, correspondiente al titular unitario del derecho de dominio.

"El fallo del Tribunal viola de manera directa el artículo 949 del Código Civil, por falta de aplicación, en cuanto dicho texto trasciende de la naturaleza jurídica propia de la reivindicación de cuota. Y viola igualmente de modo directo y de manera correlativa los artículos 946 y 947 del Código Civil, que enuncian específicamente la naturaleza jurídica propia de la reivindicación de cuerpo cierto, por indebida aplicación".

Consideraciones de la Corte

La sentencia acusada expresa que este es un juicio reivindicatorio y que la demandante Rosero es dueña o titular de la cuarta parte del inmueble urbano de Ipiales y condena a los demandados a restituirle a la misma actora la porción de ese inmueble que es necesaria para completarle dicha cuarta parte. Tal porción tiene un valor de $ 3.350.67. Los condena también a reembolsarle la suma de $ 3.280.08 por concepto del impuesto de sucesiones, y en caso de que no se la cubran en dinero, se la pagarán "con una porción equivalente del inmueble". Cabe observar que, en cuanto concierne a la acción reivindicatoria, el fallo no cita ningún precepto legal que le sirva de respaldo jurídico.

Las pruebas allegadas a este negocio demuestran que son cuatro los herederos de los causantes José Elio Mera y Agripina Trejo y que ellos cedieron sus derechos herenciales. Uno de estos derechos pertenece hoy a la demandante Josefina Rosero y los otros tres son de los demandados Miguel Angel Domínguez y Clemencia Vela de Domínguez. En su calidad de cesionaria del derecho aludido, la señora Rosero promovió la apertura y ventilación del juicio sucesorio de los difuntos Mera y Trejo y allí obtuvo que se le adjudicara una cuarta parte proindiviso del solar con casa de habitación ubicado en Ipiales. A ese juicio no comparecieron los cesionarios de los otros derechos herenciales.

Fallecida una persona, su patrimonio no desaparece ni se extingue, sino que se transmite a sus herederos, quienes, por la delación de la herencia, se sustituyen al difunto en sus relaciones jurídicas y adquieren un derecho real y la posesión legal sobre ese patrimonio, considerado como una universalidad jurídica. Este derecho de herencia no se confunde con el de dominio, sino que se distingue de éste en cuanto el primero recae sobre la mentada universalidad jurídica al paso que el segundo se ejerce sobre bienes singulares o cuerpos ciertos. Sobre este punto dijo la Corte en casación de marzo 11 de 1942 que "el derecho real de herencia, cuya característica peculiar es ser universal, es diferente del de dominio en cuanto a su objeto, porque mientras éste se ejerce directamente sobre las cosas corporales singularmente, aquél versa so-

bre una cosa incorporal como es la universalidad jurídica de la herencia". *(LIII - 1983, 114). Conviene recordar de una vez que, conforme a lo dispuesto por el artículo 948 del Código Civil, el derecho de herencia no puede ser recuperado mediante acción reivindicatoria, sino por la acción de petición de herencia.*

El artículo 673 del Código Civil establece que la sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio. Este es un modo complejo porque requiere la concurrencia de varios actos que no se realizan de manera instantánea, sino en forma sucesiva, como son la delación de la herencia, la apertura y trámite del juicio mortuorio, la partición o adjudicación de los bienes relictos y la inscripción de estos últimos actos. Realizados todos los actos dichos, se concreta el derecho de dominio del heredero sobre los bienes singulares que se le han adjudicado, con la particularidad de que la adjudicación produce efecto retroactivo y de que en consecuencia ese derecho de dominio se entiende adquirido desde la delación de la herencia, según lo prescriben los artículos 779 y 1401 del Código Civil. Así lo ha expresado varias veces la Corte, como puede verse en casaciones de octubre 31 de 1955 (LXXXI - 2159, 504) y de junio tres de 1960 (XCII - 2225, 910).

Cuando son varias las personas llamadas a suceder a un mismo causante, se forma entre ellas una comunidad universal. En tal caso, para obtener la adjudicación de los bienes, se requiere poner antes término a esa comunidad. El artículo 2340 del Código Civil señala los modos de dar fin a una comunidad universal o singular. Uno de esos modos consiste en la división del haber común, división que debe ser practicada con la participación de todos los comuneros. Si en la partición no intervienen todos los copartícipes, tampoco termina con ella la comunidad, la cual continúa subsistiendo respecto del comunero ausente, a quien ese acto no le es oponible. Lo cual significa que una comunidad, universal o singular, no queda definitivamente terminada por partición si en este acto no intervienen todos los comuneros.

En el caso de este negocio sucede que entre los cuatro herederos de los causantes Mera y Trejo se formó una comunidad universal; que en el respectivo juicio sucesorio no tomaron parte los cesionarios Miguel Angel Domínguez y Clemencia Vela de Domínguez; que tampoco se pidió y practicó la partición de esa comunidad, y que dicho negocio se dio por concluido con la adjudicación que se le hizo a la comunera Josefina Rosero de un derecho equivalente a la cuarta parte del inmueble ubicado en Ipiales. Por donde se ve que la referida comunidad universal no ha sido liquidada y dividida con la participación de todos los comuneros y que en consecuencia no ha terminado, sino que aún sigue subsistiendo. La adjudicación de la cuarta parte del inmueble que le fue hecha a la señora Rosero en el aludido juicio mortuorio no es oponible a los comuneros Domínguez y Vela, ni le puso término a la comunidad universal, ni sustituyó ésta por otra comunidad singular. Frente a los demandados en esta litis, esa adjudicación carece de eficacia como acto divisorio de la comunidad citada, porque fue realizado sin su intervención.

Como la comunidad universal constituida por la sucesión de los causantes Mera y Trejo no se ha extinguido aún, porque no ha sido legalmente dividida, y como la adjudicación hecha a la señora Rosero en el juicio mortuorio es inoponible a los demandados, síguese de ello que la misma señora carece del derecho de dominio que alega tener sobre la cuarta parte del inmueble de Ipiales. La demandante es titular de uno de los cuatro derechos herenciales que forman la sucesión aludida, pero no dueña de la cuarta parte del inmueble expresado, porque dicha sucesión no ha sido todavía liquidada y partida y porque la adjudicación de esa cuarta parte se hizo a la misma actora sin la intervención de los demandados y no puede en consecuencia ser opuesta a éstos. Y no siendo propietaria de esa cuarta parte del inmueble mencionado, resulta obvio que la demandante carece de la acción reivindicatoria que en este juicio ejercita contra los comuneros Domínguez y Vela. Al reconocerle esta acción a la señora Rosero y al condenar a los demandados a restituirle la porción del inmueble que le hace falta para integrar esa cuarta parte, la sentencia violó en realidad, por aplicación indebida, el artículo 946 del Código Civil, quebranto que conlleva la infirmación de ese fallo.

En orden a sustentar la correspondiente sentencia de mérito, cabe anotar que las partes no se desconocen los derechos que ambas tienen en la sucesión de José Elio Mera y Agripina Trejo y que además la demandante Rosero está en posesión de una parte del inmueble de Ipiales y los demandados poseen otra porción del mismo bien. Como queda dicho, esa sucesión no ha sido aún legalmente partida, y es necesario que se proceda a liquidarla entre todos los cesionarios de los herederos, a fin de que se les adjudique el inmueble mencionado en proporción a sus derechos. En ese juicio divisorio las partes tendrán

la oportunidad de definir lo que se deben reconocer y reembolsar por razón de expensas litigiosas y del pago del impuesto de sucesiones.

Resolución

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de doce de diciembre de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este juicio ordinario de Josefina Rosero de Arteaga contra Miguel Angel Domínguez y Clemencia Vela de Domínguez, y en su lugar,

Resuelve:

Primero. Revócase la sentencia de primer grado, de fecha nueve de febrero de mil novecientos sesenta y dos, proferida en este mismo juicio por el Juez Civil del Circuito de Ipiales.

Segundo. Deniéganse las peticiones formuladas en la demanda que dio lugar a este litigio y en consecuencia se absuelve a los demandados de los cargos que allí se les hicieron.

Tercero. Se decreta la cancelación del registro de la misma demanda.

Cuarto. Se condena a la parte demandante a pagar las costas de la primera instancia.

Quinto. Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso de casación.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

REIVINDICACION

Efectos y alcance del silencio del demandado en cuanto a la posesión de la cosa que se persigue. — En qué radica la presunción legal en contra del demandado. Necesidad de establecer la identidad de lo que se pretende reivindicar. — Carácter del artículo 214 del Código Judicial

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil.

Bogotá, marzo 31 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Arturo C. Posada.*

Angela Regina Martínez demandó ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena a Jesús Antonio Jiménez, para que mediante las formalidades del juicio ordinario se hagan las siguientes declaraciones:

"a) Que el solar descrito en el hecho primero de los fundamentos de la demanda pertenece a la herencia de la finada señora Angela Pérez;

"b) Que del solar en mención está en posesión material desde el año de 1952, el señor Jesús Antonio Jiménez, vecino de esta ciudad;

"c) Que el referido señor Jesús Antonio Jiménez está obligado a restituir a la herencia de la señora Angela Pérez el solar mencionado, con sus frutos civiles y naturales, no sólo los percibidos por él desde que está en posesión, sino los que la herencia dicha hubiera podido percibir desde esa misma época con mediana inteligencia y actividad, teniendo los bienes en su poder;

"d) Que la restitución mencionada la hará el señor Jesús Antonio Jiménez, a la señora Angela Regina Martínez Murillo representante de la herencia de la causante, como hija natural de un hijo natural de aquélla, y por habérsele transmitido los derechos herenciales del padre en la herencia de la madre de éste;

"e) Que se condene en costas al demandado, si contradice la demanda".

Como hechos fundamentales de esta se exponen en resumen los siguientes:

Bajo el número 361 de 13 de mayo de 1907, folio 54 del Libro Primero de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Cartagena, fue inscrita la escritura pública número 357 del mismo mes y año, otorgada en la Notaría de aquella ciudad, por la cual Pablo Ochoa vendió a Angela Pérez R. un solar en la calle de la Cruz de la misma ciudad alindado así: "por el frente, calle en medio, con casa que fue de la señora Purificación Brid de Labiosa; por su izquierda, con casa que fue de Candelario Alcázar y posteriormente de los herederos de José Angel Tous; por la derecha con casa del señor Carlos Castillo C.; y por el fondo casa de Petrona H. de Suárez".

Siendo propietaria de este bien, Angela Pérez, murió en Cartagena el 9 de mayo de 1923. Le sobrevivieron sus dos hijos naturales Eugenio y Petrona Martínez, quienes en tal carácter continuaron habitándolo.

El 5 de abril de 1931 falleció Eugenio Martínez Pérez y dejó dos hijos: Angela Regina, nacida de María Concepción Murillo el 6 de mayo de 1924, y Mario, nacido el 9 de abril de 1911.

Angela Pérez construyó algunas habitaciones en el solar determinado que, al morir, pasó a formar parte de la herencia, la cual permanece ilíquida.

Del solar relacionado se halla en posesión material Jesús Antonio Jiménez, quien reside en las habitaciones construidas por Angela Pérez, y las cuales han sido mejoradas por él, "sin el consentimiento ni asentimiento de los representantes de la herencia de dicha señora Pérez".

Jiménez está en posesión material del lote de terreno y sus construcciones desde noviembre de 1952, época desde la cual lo usa y usufructúa y no ha querido restituirlo "amigable y extrajudicialmente".

"La herencia de Angela Pérez se defirió en el momento de su muerte a su hijo Eugenio Martínez Pérez y como éste no hizo gestión alguna" para su liquidación y murió el 5 de abril de 1931, "transmitió desde ese instante a su hija Angela Regina Martínez Murillo los derechos que tenía en la sucesión de su madre, y es por eso por lo que Angela Regina tiene ahora en su carácter expresado la representación y personería de la herencia de su abuela, y en tal condición promueve esta acción contra quien detenta el bien sucesoral".

El apoderado de Jiménez descorrió el traslado del libelo manifestando que se probaran los hechos primero, tercero, cuarto, sexto, séptimo y octavo; negó el quinto, el noveno y el décimo, dijo no constarle el segundo y no ser un hecho el undécimo.

Propuso las excepciones perentorias de ilegitimidad sustantiva de la parte actora y subsidiariamente la de prescripción.

El juzgado del conocimiento dio término a la primera instancia en sentencia de veintiuno de marzo de mil novecientos sesenta y uno, en la cual resolvió:

"1º Declárase probada la excepción de prescripción interpuesta por la parte demandada.

"2º Niéganse las declaraciones solicitadas por la parte actora en el libelo de demanda.

"3º Condénase en costas a la parte vencida en el juicio".

La apelación en que acudió el apoderado de la demandante, la desató el Tribunal Superior de Cartagena en fallo de diecinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y dos, cuya parte resolutiva dice:

"Refórmase la sentencia apelada así:

"1º Revócase la primera parte de la sentencia, en cuanto declaró probada la excepción de prescripción.

"2º Refórmase la segunda parte de la sentencia en el sentido de absolver al demandado de los cargos de la demanda.

"Las costas de la instancia a cargo del recurrente".

Motivación de la sentencia del Tribunal

El Tribunal admite que la demandante Angela Regina Martínez Murillo tiene interés para hablar en favor de la sucesión ilíquida de Angela Pérez, porque ésta, al morir, transmitió sus derechos a su hijo natural Eugenio Martínez, quien a su vez, por haber fallecido sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su madre, los transmitió a su hija natural la actora Angela Regina Martínez.

Critica que el juez se haya ocupado del estudio de la excepción de prescripción sin haber examinado previamente si la acción reivindicatoria había sido demostrada o era viable, dado que "el objeto de la excepción es aniquilar el derecho deducido en juicio por el actor".

Entra luego en el estudio de los elementos integrantes de la reivindicación. Encuentra que la actora para probar el dominio del bien reclamado presentó la Escritura 357 de 16 de mayo de 1907, por la cual Pablo Ochoa vendió a Angela Pérez R. el solar ubicado en la calle de la Cruz de la ciudad de Cartagena, comprendido por los linderos ya expresados.

Respecto de la identificación del solar, halla que la contestación del demandado en cuanto al cargo de que era poseedor del bien, es vaga por haber dicho: "que lo pruebe" pues ni afirma ni niega la calidad de poseedor que se le imputa; y que la excepción de prescripción que supone en quien la propone posesión actual, se refiere a la sentencia de pertenencia por prescripción de una finca "cuyos linderos son distintos del que contempla la demanda".

El apoderado de la demandante ha reclamado la aplicación de los artículos 214 y 215 del Código Judicial "por considerar probada la posesión por consentimiento y aceptación del demandado al no negar expresamente la condición de poseedor que se le asigna", pero estima el Tribunal que tal pretensión "es contraria a la certeza de los hechos que arroja la inspección ocular con intervención pericial en la que se constató que el bien raíz poseído por el demandado no es el mismo a que se refiere la demanda y sí el que recoge la sentencia de prescripción de que se ha hecho mérito".

Considera que mal podría ordenarse la restitución de un bien en que el problema de identidad "entre lo que reza el título y la confrontación de sus linderos con la realidad del terreno, fuera negativo, como en este caso".

Estudia el concepto pericial practicado en segunda instancia, en el cual se concluye que no hay identidad entre el bien que se demanda y el inspeccionado, y que, por consiguiente, "se trata de otro bien distinto".

Alude a que el demandado en las posiciones que absolvió fue enfático en sostener que el in-

mueble poseído por él no es el mismo especificado por sus linderos en la demanda.

Agrega el sentenciador que en el plenario se recibieron declaraciones de cinco testigos que deponen de acuerdo con los hechos preguntados, pero le llama la atención que tres de ellos, al ser repreguntados, no determinan los linderos, y sí los recordaban los otros que no fueron contrainterrogados.

Por el hecho de no haberse demostrado la identidad del bien raíz, no encuentra viable la acción reivindicatoria, y por eso no se ocupa del estudio de las excepciones alegadas en la demanda.

Recurso de casación

La parte actora, inconforme con el fallo del Tribunal, interpuso contra él recurso de casación, en que, con invocación de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, le hace el cargo por falta de aplicación de los artículos 214 del Código Judicial, 946, 950 y 952 del Código Civil en lo cual hay "una infracción directa" de estos textos.

Los razonamientos con que busca demostrar el cargo el recurrente se pueden resumir así:

El artículo 214 del Código Judicial dispone: "Cuando alguno es demandado diciéndose de él que tiene la cosa en su poder, si no es así, debe expresarlo en la contestación, pues de lo contrario, al probar el actor su propiedad, se hace el demandado responsable de la cosa o de su precio, a menos que el demandante proceda con mala fe comprobada, sabiendo que aquél no era poseedor".

En los hechos sexto, octavo y noveno, en que se funda la demanda, se afirma que la cosa demandada estaba y está en poder del demandado Jiménez.

Este en la contestación del libelo "ni afirmó ni negó" tener el bien en su poder, evadió la franqueza del debate. El Tribunal al respecto dijo que el apoderado de Jiménez fue vago en la contestación, "pues ni afirma ni niega la calidad de poseedor que se le ha asignado a su cliente".

Con todo, el fallador no aplicó la norma transcrita que es terminante al respecto.

Reproduce el considerando del Tribunal sobre que la aplicación de tales normas "sería contraria a la certeza de los hechos que arroja la inspección ocular con intervención pericial, en que se constató que el bien raíz demandado no es el mismo a que se refiere la demanda, y sí el que recoge la sentencia de prescripción de que se ha hecho mérito".

Para el impugnante estas consideraciones le estaban vedadas al Tribunal, porque, si el demandante afirmó que el demandado tiene la cosa en su poder y éste no quiso afirmar ni negar, "se está ante un demandado que no quiso cumplir el mandato de la ley y le cabe la sanción que en el artículo citado y transcrito tiene establecida el legislador colombiano. Probada la propiedad, como lo está, la sentencia debió despachar favorablemente la acción propuesta".

El no haberse aplicado el texto citado, que es sustantivo, por cuanto consagra un derecho y establece una presunción, incidió en el fallo, porque de haberle dado vigencia, la sentencia no habría salido en los términos en que se produjo.

La infracción de la ley es tan manifiesta y evidente que no se requiere entrar en consideraciones de otra índole, porque todo estriba en que no habiendo dicho el demandado la verdad, "sesgó la controversia al punto de la prueba del dominio por parte del demandante, porque todo lo demás lo *hacía* presumir el texto del artículo tan directamente violado".

Lo que el Tribunal dice en el parágrafo transcrito toca con puntos de vista que el demandado no quiso plantear con franqueza, y que, por lo mismo, no han sido materia de la controversia; de haberlo sido, el demandado habría podido llevar la prueba de hechos contrarios a la declaración del Tribunal fallador.

"Contra toda afirmación está ... la presunción que establece, como sanción, la disposición que consideramos violada".

Añade que los artículos 946, 950 y 952 del Código Civil, que se refieren a la acción reivindicatoria, también fueron infringidos por falta de aplicación, al no despachar favorablemente el Tribunal las súplicas de la demanda.

Consideraciones de la Corte

La acción reivindicatoria exige como extremos, en cuanto a las personas, que el demandante sea dueño de la cosa y el demandado poseedor material de la misma. Así lo establece el artículo 946 del Código Civil, que la define diciendo que "es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla". Y en el artículo 952 repite respecto del sujeto pasivo: "La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor". Y para que la relación

jurídica procesal se trabe con este, a fin de que la sentencia produzca efectos contra quien pueda ser obligado a restituir el bien reclamado, el artículo 953, ibídem, dispone: "El mero tenedor de la cosa que se reivindica es obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene"; y el 954, ibídem, estatuye: "Si alguien de mala fe se da por poseedor de la cosa que se reivindica sin serlo, será condenado a la indemnización de todo perjuicio que este engaño haya resultado al actor".

Estos preceptos obedecen a que, confundiéndose por el aspecto externo la posesión y la tenencia, y no diferenciándose sino por el factor interno o subjetivo, en cuanto en la primera el poseedor mantiene la cosa con ánimo de señor y dueño, en tanto que el simple tenedor reconoce dominio ajeno, es muy difícil para el reivindicador determinar la condición del poseedor, y para que su acción no sea inocua, obliga la ley al demandado como poseedor a que si solo es tenedor lo diga, e indique quién posee el bien, pues si se da por poseedor sin serlo debe indemnizar al demandante de todo perjuicio.

El Código Judicial ha dado viabilidad a estas normas sustantivas en los artículos 214 y 215.

En el primero estatuye que si se demanda a alguno diciéndose de él que "tiene la cosa en su poder", vale decir, que es poseedor de ella, si no es así debe expresarlo en la contestación. De no hacerlo así, "al probar el actor su propiedad, se hace el demandado responsable de la cosa o de su precio, a menos que el demandante proceda con mala fe comprobada, sabiendo que aquel no era poseedor". Y en el segundo, dispone que cuando el demandado manifiesta que no es poseedor, se tramita esta excepción dilatoria como de inepta demanda, y si se sentencia en favor del demandado, queda exento de la demanda, a menos que sea el ladrón o estafador de la cosa reclamada, o que dolosamente la haya enajenado para hacer más difícil la gestión del actor".

La Corte ha considerado que el citado artículo 214 es aplicable en dos casos: cuando el demandado no da contestación al libelo, y cuando, cumpliendo con este deber procesal, elude manifestar si es o no poseedor de la cosa cuya restitución se impetra. Si el demandado se mantiene en esta actitud en el curso del juicio, no preocupándose de tomar medida defensiva alguna, corresponde al actor solamente demostrar el dominio de la cosa, porque la ley en la norma citada establece una presunción legal de que el demandado es el poseedor de ella, y de que el bien poseído por éste es el mismo que reclama el reivindicador, y al cual se refieren el título o títulos presentados por él para comprobar su dominio. Al respecto se dijo en fallo de diez de junio de mil novecientos sesenta: "La Corte considera que al consentir en el hecho de la posesión de un inmueble determinado queda demostrada a la vez la identidad, elemento de la acción de dominio, es decir, que el bien cuya posesión el actor atribuye al reo y este acepta en su silencio es el mismo que persigue el demandado en virtud de la propiedad que alega" (Gaceta Judicial, Tomo 92, página 925).

Aplicando aquí esta doctrina se tiene entonces que probado el dominio por el actor, tiene plena vigencia el artículo 214 precitado porque con el completo silencio del demandado durante el juicio, en razón de la presunción legal consagrada por la norma, se han estructurado de los elementos de la acción reivindicatoria la posesión, y la identidad de la cosa litigiosa. Puede decirse que el silencio del demandado en manifestar si es o no poseedor del bien, implica una aceptación de que sí lo es. Y la consecuencia lógica sería la de dictar sentencia condenatoria.

Pero como la presunción de posesión con la secuela de identidad de la cosa sub lite *establecida por el artículo 214 del Código Judicial es simplemente legal, bien puede el demandado desvirtuar cualquiera de los elementos de la acción que la posesión presunta lleva consigo. Desvirtuada, por caso, la identidad, la reivindicación no puede prosperar puesto que siendo un elemento esencial de esta, sin él la acción no se puede configurar.*

Sobre este particular ha dicho la Corte: "La identidad entre la cosa sobre la cual arraiga el derecho cuya titularidad demuestra el actor y la cosa poseída por el demandado, es indispensable, porque en tratándose de hacer efectivo el derecho ha de saberse con certeza cuál es el objeto sobre el cual incide. Si el bien poseído es otro, el derecho no ha sido violado, y el reo no está llamado a responder" (Gaceta Judicial, Tomo 92, página 34).

En el negocio que se estudia, el Tribunal pone como pilar de su decisión, que la parte actora en su intento de demostrar la identidad del inmueble no sólo no lo consiguió con la prueba testimonial que no acoge el fallador, sino que el demandado con el dictamen de los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular sobre el inmueble, practicada en la segunda instancia, demostró que no hay identidad sobre el predio que pretende reivindicar la actora y el

bien inspeccionado, y que, por lo tanto, se trata de un predio distinto.

Desvirtuada con esta prueba acogida por el sentenciador, no atacada en casación, la identidad entre el bien que se reivindica y el que posee el demandado, no tiene aplicación lo preceptuado en el artículo 214 del Código Judicial, porque, como queda expuesto atrás, la presunción legal en contra del demandado radica en que el bien poseído por el actor sea el mismo a que se refieren la demanda y el título presentado por él.

Se concluye que no hubo falta de aplicación del artículo 214 del Código Judicial, que es norma sustantiva porque consagra un derecho o presunción a favor del reivindicador, ni, por consiguiente, de las normas civiles que el recurrente estima infringidas como consecuencia del quebranto del artículo 214.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en mérito de las razones expuestas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y dos proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario seguido por Angela Regina Martínez Murillo contra Jesús Antonio Jiménez.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

BALDIOS — REIVINDICACION

Presunción de derecho en las adjudicaciones de baldíos. — Facultades de la Corte al infirmar un fallo por cualquiera de las tres primeras causales de casación. — La identidad de la cosa en la acción meramente declarativa de dominio y en la reivindicatoria. — La confesión de un demandado no perjudica a los codemandados.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, abril 5 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, con fecha 9 de marzo de 1963, en el juicio ordinario seguido por Ramón Molina Ospina y Juan de Jesús López L., frente a Inés González viuda de Angel y Ernesto Palacio Cadavid.

— I —

El litigio

Ramón Molina Ospina, obrando en su propio nombre y como apoderado especial de Juan de Jesús López L., demandó a Inés González viuda de Angel y a Ernesto Palacio Cadavid, en solicitud de las declaraciones y condenas que se relacionan a continuación:

I. Que los actores son dueños exclusivos de la finca llamada "El Balso", situada en el paraje de "El Tolrá", en jurisdicción de Pijao, mejorada con sementeras de café, plátano, casa de habitación y montajes para el beneficio del café, con pastos, monte, etc., cuyos linderos se determinan en el punto primero de los hechos de la demanda;

II. Que son nulos:

a) "El contrato de hipoteca" que reza la escritura número 295 de 19 de febrero de 1960, de la Notaría Segunda de Armenia, escritura por la cual, según lo refiere el punto tercero de los hechos, Inés González viuda de Angel dijo constituirse deudora de Ernesto Palacio Cadavid, por la suma de $ 5.000.00 a título de mutuo, estableciendo a favor de éste hipoteca sobre un inmueble llamado "El Balso", ubicado en la fracción de "El Tolrá", en el Municipio de Pijao, mejorado y alindado como lo expresa el mismo punto tercero;

b) La sentencia de 22 de junio de 1960, del Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia, por la cual se ordenó vender en pública subasta el referido inmueble, en cuanto afecta el derecho de propiedad de los demandantes, y

c) El remate verificado el 31 de agosto de 1960, por el cual se adjudicó a Ernesto Palacio Cadavid el inmueble singularizado en los ordinales primero y segundo de la relación de hechos de la demanda, como también el auto aprobatorio del mismo, de fecha 17 o 18 de abril de 1961 y su ejecutoria;

III. Que, en consecuencia, se ordene la cancelación de la escritura número 295 sobredicha, como también su inscripción en el registro; la del acta de remate y adjudicación y de su auto aprobatorio, actos a que se refiere la petición anterior;

IV. Que los demandados o quienes sus derechos representen están obligados a restituir, purgado de todo gravamen, el inmueble alindado en el hecho primero de la demanda;

V. Que igualmente están en la obligación de restituir los frutos naturales y civiles a los demandantes, y no sólo los percibidos sino los que éstos hubieran podido percibir con mediana in-

teligencia y actividad, teniendo la finca en su poder, desde cuando fueron privados de ella hasta cuando su restitución se efectúe; y

VI. Que se condene en costas y perjuicios a los demandados.

Como HECHOS fundamentales de su pretensión, los demandantes propusieron los que se reseñan en seguida:

Que por medio de la escritura número 680 de 2 de julio de 1959, de la Notaría Tercera de Armenia, los dichos Juan de Jesús López y Ramón Molina Ospina adquirieron de Eduardo Angel G., en las proporciones del 70% para el primero y del 30% para el segundo, la finca nombrada "El Balso", situada en el paraje de "El Tolrá" de la jurisdicción de Pijao, por los límites que allí se mencionan:

1º Que Eduardo Angel G. la había adquirido por adjudicación que le hizo el Estado mediante la Resolución número 00043 del 15 de febrero de 1958, emanada del Ministerio de Agricultura y Ganadería, la cual fue inscrita en el Libro Primero de la Oficina de Registro de Calarcá, el 19 de febrero de 1958. "Adjudicación que se le hizo a título de cultivador y que se declaró amparada con la PRESUNCION DE DERECHO consagrada en el artículo 6º de la Ley 97 de 1946";

2º Que por la escritura número 295 del 19 de febrero de 1960, de la Notaría Segunda de Armenia, registrada el 25 de los mismos mes y año, Inés González viuda de Angel dijo constituirse deudora de Ernesto Palacio Cadavid, su empleado, por la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000), a título de mutuo, por el término de un mes, y le otorgó hipoteca sobre un inmueble llamado "El Balso", ubicado en la fracción de "El Tolrá", Municipio de Pijao, cuyos linderos se determinan en esta escritura, indicando primeramente unos generales, excluyendo luego por límites particulares un determinado lote y señalando, por último, los lindes a que por razón de la exclusión anotada quedaba circunscrita la finca materia de la hipoteca;

3º Que, aunque la redacción de los linderos en la escritura hipotecaria es un poco distinta de la que muestra el ordinal primero de los hechos de la demanda, acontece que el inmueble de propiedad de los demandantes López y Ospina "quedó encerrado TOTALMENTE entre los linderos que reza la Escritura hipotecaria número 295 arriba citada. QUIERE ESTO DECIR QUE LA SEÑORA INES GONZALEZ Vda. DE ANGEL HIPOTECO COSA AJENA";

4º Que Ernesto Palacio Cadavid siguió juicio especial hipotecario contra Inés González viuda de Angel, en el cual el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia le adjudicó al mismo Palacio Cadavid, el día 31 de agosto de 1960, el fundo hipotecado, "abarcando en consecuencia el inmueble alindado en la Resolución ministerial número 00043 de 15 de febrero de 1958, lo cual quiere decir que remató cosa ajena";

5º Que tanto el acta de remate como su auto aprobatorio fueron registrados en la Oficina de Registro de Calarcá, el 3 de mayo de 1961;

6º Que para el remate no se aportó el certificado de paz y salvo municipal de la presunta tradente González viudad de Angel, sino el de Eduardo Angel Gutiérrez, vendedor de los actores;

7º Que la demandada "en actos públicos y privados (posiciones, etc.) ha dejado ver la simulación del contrato hipotecario consignado en la escritura número 295 de 19 de febrero de 1960, como también el supuesto pago del precio del remate";

8º Que "es así como hoy aparece como poseedor material e inscrito el rematante señor Ernesto Palacio Cadavid, ejerciendo sus actos de dominio sobre la finca 'El Balso' ", dentro de la cual está el terreno de propiedad de los demandantes, según la escritura número 680 del 2 de julio de 1959 y la Resolución de adjudicación número 00043 de 15 de febrero de 1958, en la cual se dijo: *Presúmase de derecho que el terreno que se adjudica por medio de la presente resolución ha sido baldío, siendo entendido que esta presunción no surtirá efectos contra terceros sino a partir de un año contado desde la fecha de la inscripción de esta providencia en la Oficina de Registro;* que la venta hecha por Eduardo Angel, según la referida escritura número 680, lo fue más de un año y siete meses después de registrada la resolución de adjudicación; y que la escritura de hipoteca otorgada por Inés González viuda de Angel, lo fue dos años después de registrada la misma resolución;

9º Que a virtud de las actividades de los demandados, desde hace más de un año los actores están privados de la tenencia material del inmueble objeto de la litis (10 y 11).

Cuanto a DERECHO los demandantes dijeron apoyarse en la Ley 97 de 1946, su Decreto reglamentario número 547 de 1947, los artículos 1º y 2º de la Ley 50 de 1936, los artículos 66, 1519, 2439, 2443 y concordantes del Código Civil, los Títulos 12 del Libro 2º y 20 del Libro 4º

de la misma obra, y los artículos 1030 y 1197 del Código Judicial.

Los demandados en CONTESTACIONES separadas expresaron oponerse a todas y cada una de las peticiones del libelo, y al efecto coincidieron en afirmar: que Inés González viuda de Angel no hipotecó cosa ajena en favor de Ernesto Palacio Cadavid; que el inmueble que éste remató en el juicio hipotecario a que los actores se refieren era de propiedad de aquélla; que el mismo Palacio Cadavid es el actual poseedor inscrito y material de tal inmueble; que no es cierto que dentro de los linderos del inmueble rematado por Ernesto Palacio Cadavid se encuentren terrenos de propiedad de Juan de Jesús López y Ramón Molina Ospina; y que la presunción de derecho a que se refiere la Resolución de adjudicación número 00043 de 15 de febrero de 1958 no produce efectos contra los demandados, por no reunir los requisitos legales.

Es de notar que la demandada Inés González viuda de Angel hizo en su contestación, en relación con los hechos, las siguientes manifestaciones:

Que Eduardo Angel G. era "un simple comodatario a título precario" del inmueble, según documento de fecha 25 de enero de 1955 suscrito por él y la misma González viuda de Angel, debidamente registrado;

Que la verdad es que, a petición de la interesada González viuda de Angel, se requirió por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia, con fecha 8 de agosto de 1957, a Eduardo Angel G. para que entregase el inmueble a que se refiere el dicho documento; y como el requerido se negase a verificar tal entrega, la requiriente le instauró juicio de tenencia ante el Juzgado Tercero Civil del mismo Circuito, el que terminó con sentencias de primera y segunda instancias declarativas de que "el demandado era un mero comodatario a título precario". Y "en cumplimiento de las sentencias anotadas, la entrega del inmueble en favor de la demandante, se llevó a cabo el día 21 de noviembre de 1959, mediante comisión conferida al señor Alcalde Municipal de Pijao". Sin embargo, según los documentos acompañados por los demandantes en el presente juicio ordinario a su libelo de demanda, "resulta que, catorce días después del requerimiento de entrega hecho al señor EDUARDO ANGEL G., éste aparece solicitando del Ministerio de Agricultura, la adjudicación de ese mismo inmueble, a título de colono cultivador, solicitud que, según esos mismos documentos, terminó mediante RESOLUCION NUMERO 00043 de fecha 15 de febrero de 1958, es decir, cuando el juicio de tenencia aún se hallaba en curso, pues la sentencia de primera instancia fue proferida el día dos (2) de noviembre de 1957 y la de segunda instancia el día 19 de junio de 1959. Así se explica que el inmueble delimitado en la escritura hipotecaria número 295 de febrero 19 de 1960, de la Notaría Segunda de Armenia, resulte ser el mismo cuya propiedad pretenden los señores JUAN DE JESUS LOPEZ y DR. RAMON MOLINA OSPINA"; y que la contestante González viuda de Angel había adquirido ese bien por adjudicación que le hizo el Juzgado Civil del Circuito de Armenia, el 7 de mayo de 1946, en el juicio de sucesión de su cónyuge señor Ricardo Angel G.

La primera instancia, en la que se produjeron pruebas de una y otra parte, recibió fallo por el cual se denegaron todas las súplicas de la demanda. Por apelación de la parte actora, abrióse el segundo grado del juicio, que culminó con la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de fecha 9 de marzo de 1963, confirmatoria de la del inferior. Y, habiéndose interpuesto por la misma parte vencida, contra el pronunciamiento del *ad quem* el recurso de casación, procede ahora la Corte a su despacho.

— II —

Consideraciones de la sentencia recurrida

Comienza el Tribunal por hacer la historia de los hechos antecedentes del litigio, los que refiere así:

Que por medio de la escritura número 439 de 22 de agosto de 1931, de la Notaría Segunda de Armenia, los señores Gustavo y Ricardo Angel G. y Jesús María Jaramillo J. adquirieron de Ana María Cardona viuda de Castaño, unas mejoras plantadas en terrenos baldíos de la nación, consistentes en casa de habitación, sementeras de café, plátano y pastos artificiales, ubicadas en el paraje de "El Tolrá", jurisdicción del Municipio de Pijao, alindadas como se indica en esa escritura; y que posteriormente el nombrado Ricardo Angel adquirió de Jesús María Jaramillo y Gustavo Angel G. las dos terceras partes del inmueble, mediante las escrituras números 679 de 1º de octubre de 1932 y 86 de 14 de febrero de 1933, ambas de la Notaría Primera de Armenia, respectivamente, por lo cual el dicho Ricardo Angel quedó dueño de todo el bien que en el año de 1931 le habían comprado a la señora Cardona viuda de Castaño.

Que, según aparece del documento que obra al folio 40 y siguientes del cuaderno 3º, Eduardo Angel G. entró a trabajar en el predio referido, entre los años de 1941 a 1942, en virtud de contrato verbal de comodato o préstamo de uso celebrado con su hermano Ricardo Angel G., o sea diez años después de haberlo adquirido éste. En ese documento confiesa Eduardo Angel que al entrar a dicho fundo, hace unos trece o catorce años, existían allí una sementera de café de antigua plantación o mayor de treinta años, de unos ocho mil árboles aproximadamente; otra de unos cinco mil de una edad mucho menor; los potreros, la casa de habitación, la enramada, lo mismo que las sementeras de plátano y árboles frutales de sombrío.

Que, teniendo Eduardo Angel G. la tenencia del inmueble mediante tal contrato de comodato verbal, murió su hermano en Bogotá el 14 de mayo de 1945, y en el juicio de sucesión correspondiente seguido en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia se le adjudicó a Inés González viuda de Angel, en calidad de cónyuge supérstite y heredera universal, el inmueble a que se refiere la citada escritura número 439 del 22 de agosto de 1931.

Que Eduardo Angel G. continuó en la tenencia del inmueble "en forma gratuita o precaria, es decir, gozando para sí exclusivamente de todos sus productos", según el documento de 25 de enero de 1955 en el que aceptó: que Inés González "es dueña absoluta y poseedora inscrita" del inmueble, del cual se excluye, para los fines de tal convenio, el lote donado por la señora González a Pablo Emilio y Ricardo Isaza; que el inmueble lo ha venido teniendo Eduardo Angel, primeramente con el consentimiento de Ricardo Angel, esposo de la señora González, y luego con el de ésta, a título precario, por un término aproximado de trece a catorce años; que "el bien aludido lo entrega la primera al segundo y éste lo declara recibido en la misma forma, esto es, como mero tenedor gratuito, precario o beneficiario, por tiempo indefinido, para goce y disfrute en su exclusivo provecho de todos sus producidos"; y que, por lo que hace a las mejoras puestas por Eduardo Angel G. en la finca, "el valor que puedan tener estas mejoras y las demás por él plantadas en dicha finca, las cede a título gratuito a la dueña del terreno señora González viuda de Angel, o mejor, que ésta no se encuentra obligada a pagarlas, ya que el exponente Angel ha venido disfrutando para él exclusivamente de todos los proventos de la finca".

Que, habiendo Inés González viuda de Angel dado por terminado el contrato de comodato y requerido a Eduardo Angel G. para la restitución de la finca, como éste, al hacérsele tal notificación el 8 de agosto de 1957, se opusiese a entregarla, alegando tener gran cantidad de mejoras puestas a sus expensas, y no conocer siquiera el susodicho documento, ni haber rogado para que lo firmase en su nombre a la persona que aparece haciéndolo, la misma González lo demandó en juicio de tenencia, en el cual mediante sentencia de primera instancia, confirmada por el Tribunal el 19 de junio de 1959, se decretó la restitución de la finca "El Balso" a favor de la demandante, orden a que se dio cumplimiento por la Alcaldía Municipal de Pijao, el 21 de noviembre del mismo año, "no sin antes reconocer la señora Inés González viuda de Angel la suma de $ 23.000.00 como valor de las mejoras que el señor JULIO RAMON MURCIA FORERO, aparcero de los actuales demandantes, dijo tener en el inmueble del litigio".

Que, mientras ello ocurría de un lado, por el otro, Eduardo Angel G., en memorial de 22 de agosto de 1957, dirigido al Ministerio de Agricultura, solicitó adjudicación para sí, a título de cultivador, del terreno baldío denominado "El Balso", el mismo que por su situación y linderos se había determinado en el contrato de comodato y el mismo indicado en el hecho primero de la demanda del presente juicio; y que la Resolución del Ministerio de Agricultura número 00043 de 15 de febrero de 1958 recaída sobre tal solicitud, le "fue notificada personalmente al doctor Ramón Molina Ospina en calidad de apoderado, en dichas diligencias, del señor Eduardo Angel G.".

Que "no obstante estar el bien del litigio con sentencias de primera y segunda instancias, condenando al señor Eduardo Angel G. a restituir el inmueble a la citada señora González, aquél *no tuvo inconveniente en vender el inmueble a su abogado el doctor Ramón Molina Ospina* y al señor Juan de Jesús López, en proporción de 30% para el primero y del 70% para el segundo, por medio de la escritura número 680 de la Notaría Tercera de Armenia, *de 2 de julio de 1959,* o sea 14 días después del fallo de este Tribunal en el que se confirmaba la sentencia del juzgado de la instancia, dictada en el juicio de lanzamiento. Esta escritura número 680, la cual se encuentra al folio primero del cuaderno principal, es la que sirve de título a los actuales demandantes para implorar las peticiones de la demanda".

Y que, finalmente, habiéndose Inés González viuda de Angel constituido deudora de Ernesto Palacio Cadavid, a título de mutuo, por la suma de $ 5.000.00, con término de un mes y garantía hipotecaria del citado terreno (el recobrado en el juicio de lanzamiento), según la escritura número 295, de la Notaría Segunda de Armenia, registrada el 25 de febrero de 1960, y no habiendo la deudora cubierto oportunamente tal crédito, fue demandada por su acreedor en acción hipotecaria, que concluyó con la venta en pública subasta del inmueble, objeto de esta controversia, a favor del mismo acreedor, remate inscrito en la Oficina de Registro de Calarcá el 3 de mayo de 1961 y en que consiste el título del demandado Palacio Cadavid.

Tales los hechos de la causa, vistos a través del expediente por el Tribunal sentenciador, quien hace ante los mismos una serie de consideraciones, que en lo sustancial cabe compendiar así:

Partiendo de la base de que las acciones propuestas son las de DOMINIO y REIVINDICACION, además de la de NULIDAD de un contrato, de una sentencia y de un remate, estima el juzgador que, no prosperando las primeras, no hay lugar a estudiar la última.

Entrando, entonces, en el estudio de los títulos de ambas partes en relación con el dominio, encuentra que los de los actores arrancan de la Resolución número 00043 del 15 de febrero de 1958, del Ministerio de Agricultura, por la cual se adjudicó el terreno baldío denominado "El Balso" a Eduardo Angel G.; y los de la demandada derivan de la escritura número 439 de 22 de agosto de 1931, por la cual Ricardo Angel G. y otros sólo adquirieron "unas mejoras en terrenos baldíos de la nación", sin que aparezca que ni él ni sus sucesores se hubieran hecho adjudicar por el Estado esos terrenos. Pero, con esta salvedad, "son más antiguos los títulos de posesión de la parte opositora".

Como los demandantes sostienen que el referido documento privado en que Eduardo Angel G. aparece declarándose tenedor a título precario, de la finca y admitiendo como su dueña a Inés González viuda de Angel, no fue nunca reconocido por aquél, el sentenciador desecha este extremo y tiene, por el contrario, como reconocido por Eduardo Angel G. el dicho documento, al que asigna fuerza de plena prueba, con fundamento en los siguientes medios: los testimonios de Jair Vélez, José Palacio Echeverri y José Luis Ramírez Hoyos, quienes depusieron sobre las circunstancias en que tal documento fue suscrito a ruego de Eduardo Angel G. en la Notaría Segunda de Armenia, cuyo notario era a la sazón el último de los declarantes; la diligencia de autenticación del mismo documento efectuada el 26 de enero de 1955 ante el Notario Segundo de Armenia, José Luis Ramírez Hoyos, cuyo texto dice que se presentó el señor Eduardo Angel y manifestó: "que por no poder firmar a consecuencia de impedimento físico, rogó al señor José Palacio E. que lo hiciera en su nombre, y que el anterior contrato es exacto en todas sus partes. Así se firma, haciéndolo a ruego del reconociente el mismo señor José Palacio E." (folio 41 vuelto, cuaderno 3); la absolución de posiciones rendida por Eduardo Angel G., en la que para el Tribunal hay aseveraciones que coinciden con lo dicho por los referidos testigos y lo escrito en la mencionada atestación notarial; y, por último, como prueba de que Eduardo Angel G., no siempre autoriza con su firma los actos de su vida civil, sino que lo hace también por médio de un testigo rogado, "se encuentra la 'NOTIFICACION Y REQUERIMIENTO', que le hizo el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia el 18 de agosto de 1957, en relación con el referido documento de 25 de enero de 1955, en donde se lee: 'A ruego del señor Eduardo Angel G., quien manifiesta no poder firmar por impedimento físico lo hace un testigo' (folio 43, cuaderno 3º)".

Procediendo, luego, al examen de la cuestión que entraña la constancia consignada en la Resolución número 00043 del 15 de febrero de 1958, del Ministerio de Agricultura, sobre adjudicación a Eduardo Angel G. del terreno baldío denominado "El Balso", constancia según la cual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 97 de 1946, "Presúmese de derecho que el terreno que se adjudica por medio de la presente resolución ha sido baldío, siendo entendido que esta presunción no surtirá efectos contra terceros sino a partir de un año contado desde la fecha de la inscripción de esta providencia en la Oficina de Registro", frente a la alegación de la parte actora, de que la dicha resolución fue registrada en Calarcá el 19 de febrero de 1958 y la escritura número 680 de 2 de julio de 1959, por la cual Eduardo Angel G. vendió la finca a los demandantes, fue inscrita el 3 de julio de 1959, o sea un año y siete meses después de registrada la primera, el Tribunal conceptúa lo siguiente:

Que "el citado artículo 6º de la Ley 97 de 1946 quedó reglamentado por el Decreto número 547 de 17 de febrero de 1947 en sus artículos 8º 9º, 10 y 11";

Que, según este último artículo, los adjudicatarios a cambio de títulos de baldíos, para ser amparados por aquella presunción de derecho, deben comprobar el haber obtenido del Ministerio de la Economía la declaración sobre el cumplimiento efectivo y oportuno de las obligaciones de explotación consignadas en la respectiva resolución de adjudicación, de conformidad con la Ley 52 de 1931, y la prueba de la explotación mínima de cinco años en la forma establecida en el artículo 9º del decreto, lo mismo que la relativa a controversia del dominio de que habla ese artículo;

Que, según el artículo 9º del decreto, los adjudicatarios de baldíos con anterioridad de cinco años o más a la vigencia de la Ley 97, para que puedan ser amparados con la presunción de derecho, deberán acompañar a su solicitud "la prueba de que no ha sido discutida en juicio la propiedad del predio en cuestión o que habiéndolo sido, el juicio ha sido favorable al adjudicatario por sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada"; y

Que esta misma formalidad es necesaria para las adjudicaciones hechas con posterioridad a la vigencia de la Ley 97 de 1946, pero cuyas diligencias se iniciaron con anterioridad a su vigencia, según el artículo 10 del aludido decreto.

En razón de lo cual, el fallador concluye que "Teniendo en cuenta lo estatuido en el artículo 6º de la Ley 97 de 1946, y los artículos 8º, 9º, 10 y 11 del Decreto reglamentario número 547 de 1947, se ve, a simple vista, que el señor *Eduardo Angel G.* y los *demandantes* no han cumplido varios de los requisitos previstos en estas disposiciones, para poder alegar que tienen sobre el terreno de la controversia una PRESUNCION DE DERECHO, o sea la de que el terreno adjudicado por el Estado al señor Angel Gutiérrez, por medio de la Resolución número 00043 de 15 de febrero de 1958, *era baldío* en el momento de producirse esa resolución. Pues dentro del proceso no aparece demostrado, por parte del señor Eduardo Angel G., ni por los actuales demandantes, que hayan obtenido del Ministerio 'la declaración sobre el cumplimiento efectivo y oportuno de las obligaciones de explotación consignadas en la respectiva resolución de adjudicación', ni la prueba de la explotación mínima de cinco años en la forma establecida en el artículo 9º del anotado decreto; ni la prueba —*y esto es lo esencial*— de que no ha sido discutida en juicio la propiedad del predio en cuestión, o de que habiéndolo sido, el juicio le fue favorable al adjudicatario señor Eduardo Angel G. en 'sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada'.

"No pueden alegar los actores que quedaron exentos de cumplir con estas obligaciones, porque en la misma Resolución número 00043 se advirtió muy claramente lo siguiente: 'Es entendido que la presente adjudicación, fuera de lo expresamente previsto en las leyes que se han citado, quedan sujetos (sic) a las demás condiciones legales que establezcan derechos y excepciones en favor de la nación y *el adjudicatario queda sometido a todas las leyes, decretos y reglamentos vigentes en lo relativo a baldíos*' (folio 8, cuaderno 1º).

"Por manera que para que el señor Eduardo Angel G. y los actuales demandantes puedan ser amparados por la *presunción de derecho* que han invocado con tanto ahínco, les era indispensable haber traído al debate la prueba de que no ha sido discutida en juicio la propiedad del inmueble aludido, o que si lo fue el juicio le resultó favorable al señor Eduardo Angel G. y a sus causahabientes, que en este caso son los demandantes. Esta prueba no la trajo la parte actora al juicio *y no estaba en condiciones de aportarla,* porque precisamente cuando al señor Eduardo Angel G. se le *notificó y se le requirió el 8 de agosto de 1957,* para que restituyera el inmueble que se le había entregado en virtud del contrato de comodato, de fecha 25 de enero de 1955, *en lugar de cumplir con esa obligación,* procedió a solicitar ante el Ministerio de Agricultura, por medio de memorial de *22 de agosto del mismo mes y año,* que se le adjudicara el inmueble, alegando tener la calidad de cultivador y dueño de todas las mejoras existentes en la finca de 'El Balso' .....

"... tratándose de adjudicaciones hechas por el Estado de terrenos baldíos, no basta, para que se consolide el derecho de dominio en el adjudicatario, que se produzca la resolución administrativa y que en ella se diga que el terreno queda amparado con la *presunción de derecho* a que se refiere el artículo 6º de la Ley 97 de 1946. No: La ley le impone al beneficiario deberes que debe observar posteriormente: pues queda sometido al cumplimiento de 'todas las leyes, decretos y reglamentos vigentes en lo relativo a baldíos'. Entre los requisitos que debe cumplir están los del Decreto 547 de 17 de febrero de 1947, los cuales, como ya se ha visto, no observó el señor Eduardo Angel, ni los actuales demandantes".

Todavía más: sostiene el sentenciador que "en el supuesto de que si se hubieran cumplido todos

los requisitos previstos en la Ley 97 de 1946 y en su decreto reglamentario, para que la *presunción de derecho* pudiera producir todos sus efectos jurídicos en relación con el título de propiedad emanado del Estado, otorgado en favor del señor Eduardo Angel G., *con todo,* se tendría que son *mejores los títulos de propiedad de los* (sic) *parte demandada*". Aserto éste, en apoyo del cual discurre así:

Que si es la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios del dueño, como son plantaciones o sementeras, ocupación con ganados, cerramiento y construcción de edificios, lo que hace presumir que no son baldíos sino de propiedad privada los fundos poseídos por particulares, entonces se tiene aquí que Ricardo y Gustavo Angel y Jesús M. Jaramillo J., adquirieron desde el año de 1931 las mejoras que existían y existen en el inmueble, en virtud de la transferencia que les hizo Ana María Cardona viuda de Castaño;

Que desde 1931 hasta 1941 o 1942, en que entró a administrar la finca Eduardo Angel G., mediante un contrato verbal de comodato, tuvo la posesión de esas mejoras y con ellas la del terreno Ricardo Angel G., cuya posesión fue primero que la mera tenencia de su hermano Eduardo, quien después de la muerte de Ricardo continuó teniéndola también a título de comodato mediante contrato escrito con la viuda del mismo, y

Que aquella explotación económica que por medio de hechos positivos propios de dueño tuvo Ricardo Angel desde 1931 hasta 1942 "*hace presumir,* de acuerdo con el artículo 762 del Código Civil, 12 de la Ley 200 de 1936, que los primeros que tuvieron el carácter de poseedores ocupantes del bien en disputa, fueron los señores Ricardo y Gustavo Angel G. y Jesús M. Jaramillo J., por un lapso de más de diez años".

Invoca la teoría objetiva de la posesión, de la que dice hizo el Código Fiscal hasta cierto punto una aplicación, al mandar que al ocupante de baldíos, en juicio contra otros presuntos ocupantes, se le considere como poseedor; y sostiene que, en materia de baldíos, no sólo debe reconocerse el carácter de poseedor al ocupante, sino su carácter de propietario verdadero, aun antes de la adjudicación, *porque ésta no hace sino consagrar la adquisición que el ocupante ha realizado de la tierra por medio de ocupación... La adjudicación no es sino una prueba que el Estado facilita al ocupante para defender su derecho de propiedad, adquirido por la ocupación y la posesión continua*".

Apoyándose, pues, en la tesis de que "un título ordinario expedido por el Estado no puede primar sobre un título inscrito anterior sobre mejoras, *si el dueño de éstas no se ha desprendido de esa posesión y con ella la del terreno*", y que lo contrario sería injusto, porque bastaría "que el *aparcero* y *comodatario* se hiciera adjudicar el terreno a *espaldas* de su patrón o de la persona que le entregó y que el verdadero poseedor dejara transcurrir un año sin hacer reclamo alguno, para que ese *aparcero* y *comodatario* tuviera a su favor la *presunción de derecho* consagrada en el artículo 6º de la Ley 97 de 1946...", concluye el tribunal con la afirmación de que "la parte demandante no demostró tener *mejor derecho de dominio* sobre el inmueble de la controversia, pues el título que exhibió, expedido por el Estado, *no fue completado en la forma que lo exigen los artículos 8º, 9º y 11 del Decreto 547 de 17 de febrero de 1947,* reglamentario de la Ley 97 de 1946, amén de que en el supuesto que se considerara este título *sin defecto alguno,* no podría prevalecer sobre los aportados al debate por la parte demandada. Todo lo expuesto está indicando que debe confirmarse la sentencia del juzgado del conocimiento...".

— III —

La demanda de casación

Con apoyo en la causal primera de casación, el recurrente acusa la decisión de segundo grado como "violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea". Y al efecto, luego de copiar la conclusión conceptual del fallo, cuya transcripción acaba de hacerse, dice:

"Para llegar a aquellas conclusiones, el honorable Tribunal partió de diferentes errores y recorrió diversos caminos en todos ellos quebrantando múltiples disposiciones legales:

"Sabido es que la parte actora presentó un *Título Originario emanado del Estado, que no ha perdido su eficacia legal:* Ese título es la Resolución adjudicatoria número 00043 del 15 de febrero de 1958, resolución que es definitiva y que está amparada con la PRESUNCION DE DERECHO consagrada en el artículo 6º de la Ley 97 de 1946, inscrita en la Oficina de Registro de Calarcá, el 19 de febrero de los mismos mes y año. Que también la parte actora presentó la Escritura pública número 680 de 2 de julio de 1959, igualmente registrada en Calarcá en los mismos mes y año, por la cual los demandantes

adquirimos del señor Eduardo Angel Gutiérrez los derechos en aquel Título consignados''.

En seguida, el impugnante eslabona una serie de reparos que intitula errores, de los cuales se pasa a hacer el siguiente extracto:

Primer error. Bajo este epígrafe se enlazan dos argumentos distintos así: Primeramente, violación del artículo 66 del Código Civil, al admitir prueba contraria a la presunción de derecho establecida en el artículo 6º de la Ley 97 de 1946, con que se protegió la adjudicación del Estado a Eduardo Angel Gutiérrez, vendedor de los demandantes; y mediante la violación directa del sobredicho artículo 66, se llegó al quebranto del artículo 77 del Código Fiscal, según el cual, la resolución administrativa de adjudicación de un baldío ''tiene el carácter de título traslaticio de dominio, equivalente a una escritura pública, y debe inscribirse original en la Oficina de Registro correspondiente''.

En el segundo argumento se alega que el Tribunal, al sostener que el título expedido por el Estado al mencionado Eduardo Angel G. no fue completado en la forma que exige el artículo 8º del Decreto 547 de 17 de febrero de 1947, reglamentario de la Ley 97 de 1946, ''incurrió en *error de hecho* manifiesto en la apreciación de la prueba, pues no observó, que el Ministerio de Agricultura sí cumplió con su deber impuesto en tal artículo, pues en la Resolución adjudicatoria número 00043 de 15 de febrero de 1958, en su parte motiva consta que el Ministerio sí analizó las pruebas allegadas sobre la explotación económica del predio, término de ella, etc., y fue así como expidió la resolución adjudicatoria y la amparó con la PRESUNCION DE DERECHO (folio 5 y 5 vuelto del cuaderno Principal del Expediente). Las pruebas sobre las cuales se apoyó el Ministerio, están consignadas en la copia del acta de la diligencia de inspección ocular practicada durante las diligencias administrativas relativas a la titulación de 'El Balso', como se ve a folio 10 del cuaderno número tres de este expediente, donde los peritos en dictamen uniforme estimaron las mejoras y calcularon su edad en quince (15) años''.

Y agrega la censura que, aunque al Tribunal no correspondía la revisión de esa prueba, quiso examinarla, y por *error de hecho manifiesto* no la encontró; y apoyado en ese *doble error,* dijo que al título le faltaba el requisito del artículo 8º del citado decreto. ''Con ese error, o a través de él, quebrantó el artículo 77 del Código Fiscal, y el 6º de la Ley 97 de 1946, al suprimir, inutilizar o desconocer el valor del título que ampara los derechos de los demandantes''.

Otro error (segundo). En cuanto el fallo recurrido afirma que el título no fue completado en la forma exigida por el artículo 9º del Decreto 547, dice el impugnante que lo que el dicho artículo reglamenta son las adjudicaciones de terrenos baldíos hechas con una anterioridad de cinco o más años a la vigencia de la Ley 97 de 1946; y que la adjudicación hecha a Eduardo Angel Gutiérrez nada tiene que ver con aquellos requisitos, pues ocurrió muchos años después de la vigencia de esa ley. ''Con este error de derecho, el honorable Tribunal violó los artículos 77 del Código Fiscal, y el 6º de la Ley 97 de 1946, artículos estos que consagran y protegen los derechos de los adjudicatarios, y con todo ésto quebrantó además el artículo 669 del Código Civil, al quitar a los demandantes el derecho para 'gozar y disponer' del inmueble 'El Balso' ''.

Otro error (tercero). En lo tocante con la afirmación que hace el fallo de que el título no fue completado en la forma exigida por el artículo 11 del mismo Decreto 547 de 1947, se argumenta que tal artículo se refiere a las adjudicaciones ''a cambio de títulos de baldíos'', y que la hecha a Eduardo Angel Gutiérrez lo fue ''a título de cultivador''. ''Con esta errónea interpretación'' el Tribunal desconoció el valor de los títulos de los actores, y con ello quebrantó los mismos preceptos señalados como infringidos en el reparo anterior.

Otro error (cuarto). Aquí arguméntase que, parapetado el Tribunal en aquellos errores, quiso ''anular la Resolución estatal número 00043 de 15 de febrero de 1958 con su PRESUNCION DE DERECHO, registrada el 19 de los mismos mes y año, cuyos efectos contra terceros tuvieron la plenitud de su fuerza legal desde el 20 de febrero de 1959 en adelante''. Por lo cual incurrió en error de derecho, consistente en que, al considerar ineficaz el título originario en que los demandantes fundaron su pretensión, quebrantó las disposiciones de los ordinales 7º y 10 del artículo 34 del Código Contencioso Administrativo que atribuyen al Consejo de Estado la competencia para conocer de los recursos contenciosos contra las resoluciones del Gobierno Nacional que pongan fin a una actuación administrativa y no estén expresamente atribuidos a una jurisdicción distinta, y también el artículo 15 del Decreto 00059 de 1938, reglamentario de la Ley 200 de 1936, según el cual ''cuando la ley haya atribuido a determinada autoridad la fa-

cultad de decidir sobre la ineficacia de un título originario, éste no podrá desestimarse en juicio sino en cuanto se exhiba la providencia ejecutoriada, emanada de autoridad competente, en que se declare de manera expresa que el referido título originario ha perdido su eficacia legal''.

Otro error (quinto). Como el sentenciador considerase que, en el supuesto de que el título originario en que se apoyan los demandantes no mereciese reparo, aún así ''no podría prevalecer sobre los aportados al debate por la parte demandada'', el recurso, viendo que uno de los títulos de ésta a que el Tribunal alude como principales es el contenido en la escritura número 439 de 22 de agosto de 1931, de la Notaría Segunda de Armenia, por la cual Ricardo Angel G., Gustavo Angel G. y Jesús M. Jaramillo J., compraron a Ana María Cardona viuda de Castaño ''unas mejoras en terrenos baldíos de la nación, consistentes en casa de habitación, sementeras de café, plátano y pastos artificiales, ubicados en el paraje de El Tolrá, jurisdicción del Municipio de Pijao'' (folio 35 vuelto, cuaderno 3º), y que, según el Tribunal, Ricardo Angel adquirió posteriormente por escrituras de 1932 y de 1933 el resto del inmueble que habían comprado en 1931 a la señora Cardona viuda de Castaño, haciéndose Ricardo dueño de todo éste, le imputa al fallo el error que se hace consistir en que de aquella escritura —que abarca en sus linderos ''una extensión superior, de cuyo globo fueron desprendidos lotes para los señores Pablo Emilio y Ricardo Isaza, CON CASA DE HABITACION''—, deduce el que Ricardo y Gustavo Angel G. y Jesús M. Jaramillo ''adquirieron desde el año de 1931 las mejoras que existían *y que existen* en el inmueble...'' porque eso es falso. Aparenta deducir de ahí, que no son baldíos sino de propiedad privada los fundos ('El Balso'). En este punto, la censura, luego de transcribir el artículo 1759 del Código Civil, alega que ''el fallador violó ese artículo, por *error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba*, al afirmar o presumir que *los fundos y las mejoras hoy existentes* son de propiedad de los aceptantes o causahabientes de aquella escritura; y a través de aquel error, quebrantó el artículo 6º de la Ley 97 de 1946 y el artículo 77 del Código Fiscal'', haciendo prevalecer esa escritura sobre el título de los actores emanado del Estado. Y agrega el recurso que el Tribunal no tuvo en cuenta lo que la escritura reza ''de mejoras en terrenos baldíos *con casa de habitación*, y que de ese globo fue desprendido uno o dos lotes (ver certificado de tradición folio 6º vuelto, cuaderno 2º), *con mejoras y casa de habitación*''.

Dice luego que el error de derecho en que incurrió el Tribunal, basado en la escritura de 1931, al concluir con que aquellos fundos no son baldíos sino de propiedad privada o particular de los adquirientes en ese instrumento o de sus herederos, obliga a recordar algunas disposiciones legales que rigen en la materia, tan importante como al parecer descuidada por el autor del fallo, y al efecto transcribe los artículos 44, 60, 61 y 62 del Código Fiscal, 3º de la Ley 48 de 1882, 2519 del Código Civil, 6º de la Ley 200 de 1936 y 2º del Decreto 59 de 1938 reglamentario de la misma ley. Y sin reproducirlos, cita también los artículos 10 y 11 de la Ley 100 de 1944 y el 6º de la Ley 97 de 1946.

Remata el reparo con la afirmación de que la escritura de 1931 no alcanza a prevalecer sobre los títulos de los demandantes, ni desvirtúa la presunción contenida en el artículo 2º de la Ley 200 de 1936, pues para ello necesitaría estar acompañada de una tradición que cubriera hasta el año de 1917, veinte años anteriores a la vigencia de la misma ley, según lo dispuesto en su artículo 3º. Así que, el tribunal, al hacer prevalecer la escritura de 1931 sobre el título originario de los actores ''está incurriendo en error de derecho, y con él quebrantando el artículo 6º de la Ley 97 de 1946'' que define y protege el derecho de los demandantes.

Otro error (sexto). Relativamente a la estimación hecha por el Tribunal del documento tomado en copia de un juicio de lanzamiento instaurado por Inés González de Angel contra Eduardo Angel G. (folios 40 a 41 vuelto, cuaderno 3) y que el sentenciador calificó como de contrato de comodato, dice el recurso que ''el señor Eduardo Angel no lo consintió ni lo firmó, aun sabiendo firmar, ni rogó que lo firmaran'', y que ''la señora Inés González viuda de Angel confesó judicialmente que nada había acordado con el señor Eduardo Angel en relación con tal documento o contrato''.

Con el intento de demostrar esta última afirmación, se relacionan las respuestas dadas por la señora González a las preguntas sexta, séptima, octava, novena, duodécima y decimoséptima de las posiciones que se le propusieron en el referido juicio de tenencia, contestaciones en que la absolvente respectivamente afirmó: que el documento fue confeccionado por el abogado, a quien le dio ciertas instrucciones; que el documento le fue presentado escrito por el abogado con base en las instrucciones que le dio, y que *personalmente* ella no habló con Eduardo Angel nada relacionado con tal documento; que perso-

nalmente no acordó con el mencionado Angel nada relativo a ese documento; que la absolvente no ha hecho entrega material de la finca "El Balso" al dicho Angel, explicando que "como él estaba en la finca cuando se firmó el contrato o documento, vino a la oficina y allí le dijeron que podía estar o continuar en esa finca mientras tanto"; que es cierto que Angel ha estado allí desde hace mucho tiempo, porque desde un poco antes de morirse Ricardo Angel, esposo de la absolvente, "éste lo mandó a mejorarle esa finca"; y que es cierto que la absolvente manifestó a su abogado que, en caso de que Eduardo Angel no se opusiera a la demanda que la absolvente le instaurase, ésta le daría una suma de pesos, pero sin que haya determinado la suma que le pueda dar.

Citando, luego, el artículo 609 del Código Judicial, dice la censura que el Tribunal "por error manifiesto en la apreciación de la prueba" violó este artículo, al estimar que aquel documento era un acuerdo de voluntades, y que la confesante sí había hecho entrega del terreno a Eduardo Angel; y que, al oponer ese documento al título originario de los demandantes, violó también el artículo 660 del Código Judicial, y a través de aquellos errores quebrantó en su artículo 6º la Ley 97 de 1946.

Otro error (séptimo). El recurrente, refiriéndose primeramente a la índole del convenio contenido en el documento de 25 de enero de 1955, cuyo texto se lee a folios 40 a 41 del cuaderno número 3, en relación con el cual observa que la finca de que se trata es productora de muchos centenares de arrobas de café en cada cosecha y tiene casa de habitación "y Elba", y que según los artículos 826 y 871 del Código Civil, los derechos de usufructo, uso y habitación en inmuebles por acto entre vivos deben constituirse por instrumento público escrito, que según el 2200 ibídem el comodato o préstamo de uso "no se perfecciona sino por la tradición de la cosa", y que según el 2210 ibídem, cesa para el comodatario la obligación de restituir desde que descubre ser él verdadero dueño de la cosa prestada, alega:

Que a los folios 43 y 43 vuelto del cuaderno número 3 aparece el requerimiento hecho a Eduardo Angel el 8 de agosto de 1957, diligencia en que éste manifestó que se opone a la entrega de la finca y que, "En cuanto al documento que se me ha leído, no lo conocía siquiera, y la persona que aparece firmando a mi ruego únicamente la conozco de vista y no le rogué para que firmara en mi nombre"; que como se ve en tal diligencia de reconocimiento, el notario no preguntó a Eduardo Angel si el contrato había sido extendido de su orden y si era cierto el contenido de él; que tampoco aparece rubricado en sus varias hojas por el notario (artículo 646 último inciso, Código Judicial), ni autenticada la firma de la contratante Inés González de Angel; y que el testigo José Palacio que firmó el documento a ruego de Angel, dice en su declaración no recordar de manera precisa si fue llamado por el chofer de doña Inés o por el señor Jair Vélez —personas estas por una de las cuales fue llamado— para que firmase el documento a ruego de Angel, por estar éste impedido físicamente.

Y concluye que el Tribunal, por error de derecho, violó el artículo 637 del Código Judicial, al reconocer fuerza de confesión judicial a las estipulaciones de ese documento, error a través del cual infringió los artículos 77 del Código Fiscal y 6º de la Ley 97 de 1946, al hacer prevalecer sobre los derechos de los demandantes tal documento de 25 de enero de 1955, de cuya cláusula undécima sobre terminación unilateral del convenio, en caso de incumplimiento de Angel, hizo uso la señora Inés González, mediante el logro de una sentencia de lanzamiento, sin prueba de que hubiese ocurrido incumplimiento alguno por parte de Eduardo Angel.

Otro error (octavo). Trátase en este punto de tres reparos distintos, así:

a) Luego de reseñar las declaraciones de Esmaragdo Giraldo Martínez —recibidas directamente en el presente juicio—, Tito Roberto Mejía Ocampo, Gonzalo Arcila Robledo y Leopoldo Mejía Ocampo —trasladadas estas tres del juicio de tenencia—, sobre la posesión que dicen ha tenido Eduardo Angel, desde hace más de veinte años, de la finca "El Balso", respecto de las cuales anota la censura que el Tribunal guardó silencio o no las analizó o no las vio, se alega que el sentenciador, "violó el artículo 594 del Código Judicial, al no tener en cuenta el valor de estos testimonios, pues cada una de estas declaraciones está debidamente establecida, son diversas, precisas y en estrecha conexión con el hecho averiguado. De acuerdo con estos testimonios, el señor Eduardo Angel era poseedor del predio y dueño de las mejoras desde hacía más de 22 años contados hacia atrás del invento del documento exhibido contra él en el año de 1957, *con este error de derecho en la apreciación de la prueba, quebrantó lo dispuesto en el artículo 77 del Código Fiscal, y el 6º de la Ley 97 de 1946*".

b) Y en seguida de referir las declaraciones de Francisco Vélez Martínez —trasladada del juicio de tenencia—, Jesús Antonio Guzmán V.,

Benedicto Castro Herrera y Santiago Guzmán —tomadas directamente en este juicio—, de quienes dice el recurso que todos estos testigos (propietarios de tierras colindantes y vecinos de Eduardo Angel) concuerdan en circunstancias de tiempo, modo y lugar, en el hecho de que Angel sí poseía aquel lote de terreno, aun por un tiempo que supera todos los lapsos de prescripción adquisitiva de dominio en su favor y que "si en ese lote habían algunas mejoras cuando entró el señor Eduardo Angel G., ellas fueron pagadas con café o prescritas", se argumenta que el Tribunal, "por error de derecho desconoció a esta prueba testimonial el valor legal que ella tiene, y con ello violó el artículo 697 del Código Judicial", y que mediante este error quebrantó los artículos 77 del Código Fiscal y 6º de la Ley 97 de 1946, que protegían los derechos de los demandantes. Y se agrega que por encima de todas esas declaraciones, el Tribunal afirma que la tierra de "El Balso" la recibió Eduardo Angel G. "en el año de 1941 o 1942, *a título de comodato verbal, y a título de comodato escrito*".

c) Finalmente, se alega en este parágrafo que el sentenciador, al atribuir al referido documento un valor que la ley no le confiere, toda vez que, fuera de las irregularidades intrínsecas y extrínsecas anotadas versa sobre un contrato de inmuebles, para cuya validez sería indispensable instrumento público inscrito (artículos 826 y 871 Código Judicial), incurriendo en error de derecho, violó el artículo 2673 del Código Civil, y a través de este yerro infringió los artículos 77 del Código Fiscal y 6º de la Ley 97 de 1946.

Otro error (noveno). Luego de una serie de consideraciones acerca de varias de las cuestiones ya vistas y de puntos tocantes con los artículos 6º de la Ley 200 de 1936, 60 del Código Fiscal y 10 de la Ley 100 de 1944, se arguye que el juicio de lanzamiento de Eduardo Angel del predio de "El Balso", seguido por Inés González de Angel, lo fue ante un juez incompetente, dado que una ley posterior a la 200 de 1936 adscribió esa clase de funciones, que eran de los jueces de tierras, a los jueces de circuito; que el artículo 61 del Decreto 0059 de 1938 reglamentario de la mencionada Ley 200 dispuso, en obediencia a la misma ley, que el juez de tierras del circuito en que estuviere ubicada la finca invadida es el competente; y que según el artículo 31 de la propia Ley 200, el juez no podía comisionar para la diligencia de inspección ocular, la que debía llevar a cabo personalmente. Que, entonces, "el juez de circuito de Armenia no podía, ni conocer ni decretar el lanzamiento, ni practicar la inspección ocular personalmente dentro del circuito de Calarcá (artículo 20 de la Ley 200), decretó el lanzamiento y comisionó, desobedeciendo en todo a la ley, sin tener competencia..." Expuesto lo cual, afirma el recurso que el Tribunal, al acoger "como prueba eficaz, la copia de la sentencia de lanzamiento, sentencia armada sobre tan notables violaciones a las leyes, *está violando por error de hecho manifiesto* el artículo 632 del Código Judicial, pues reconoce a tal sentencia un valor de plena prueba sobre el derecho de dominio alegado por la parte demandada, señora Inés González viuda de Angel". Y luego de invocar la doctrina de la Corte, según la cual "La copia autenticada de una sentencia, como documento, es plena prueba del hecho de haberse proferido, pero no lo es de los hechos que el fallador encontró acreditados y que sirvieron de base a la decisión", concluye el reparo afirmando que "a través de este error, el honorable Tribunal violó el artículo 66 del Código Civil, que ordena no admitir prueba contra una cosa presumida de derecho", como lo es la consagrada en el título de adjudicación de baldío en que se fundan los demandantes.

Otro error (décimo). Como en la sexta de las posiciones propuestas por Inés González de Angel a Eduardo Angel, en el juicio de tenencia, la peticionaria le hubiera preguntado si es verdad que el absolvente "viene disfrutando de la totalidad de los frutos de la finca 'El Balso' en el paraje de Tolrá, en el Municipio de Pijao, desde que vivía don Ricardo Angel, su hermano, quien se la entregó para que la administrara y *viviera de la totalidad de sus productos*", sostiene el recurso que esta pregunta constituye una confesión de que Eduardo Angel era el poseedor del predio por habérselo entregado don Ricardo para que aquél viviera de la totalidad de sus productos. Que, entonces, el Tribunal, al deducir lo contrario a lo que esa confesión de doña Inés dice, incurrió en error de derecho violando lo dispuesto por el artículo 1769 del Código Civil, y por ello quebrantó los artículos 77 del Código Fiscal y 6º de la Ley 97 de 1946.

Otro error (undécimo). Bajo este epígrafe, se proponen dos reparos distintos, así:

a) Primeramente, alégase que, como el terreno de "El Balso" nunca fue de Ricardo Angel ni de su viuda Inés González, puesto que era baldío de la nación hasta que, previo el lleno de los requisitos legales, el Estado mediante la Resolución número 00043 del 15 de febrero de 1958 lo adjudicó a Eduardo Angel G., quien lo vendió luego a los demandantes, el Tribunal incurrió en grave error de derecho al considerar que tal

terreno era de Ricardo Angel y luego de su cónyuge y heredera universal, y que, por lo tanto, no debió solicitarlo en adjudicación Eduardo Angel G., a quien calificó de mala fe, tanto por ello como por haberlo vendido después de un año de registrada la adjudicación que le hizo el Estado bajo la presunción de derecho aludida; y que, basado en ese mismo error, el Tribunal extendió la calificación de mala fe al abogado en el presente juicio, sin tener en cuenta que la investigación que el propio Tribunal había ordenado adelantar a efecto de establecer si con ocasión de actuaciones profesionales suyas, el abogado había incurrido en alguna de las faltas previstas en la Ley 69 de 1945, concluyó con la providencia de la Corte Suprema de Justicia, de 25 de abril de 1961, en que se declara que las circunstancias que rodearon estos acontecimientos no dan margen para suponer que haya habido intención dañina en las varias incidencias que se dejan anotadas.

Por lo tanto, "el Tribunal, por error de hecho manifiesto, no apreció la prueba consistente en la providencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, cuya copia aparece a folios del 17 vuelto al 19 frente del cuaderno cuatro (4) de este expediente... El honorable Tribunal, al calificar de mala fe al abogado, a más de incurrir en lo dispuesto (sic) por el último inciso del artículo 768 del Código Civil, y de quebrantar el último inciso del artículo 769 de la misma obra, ya que 'la mala fe deberá probarse', y que la buena fe está probada en el expediente, incurrió también en error de derecho, violando con tal error el artículo 2º de la Ley 45 de 1917, cuyo literal a) reza: 'Los cultivadores de terrenos baldíos establecidos en ellos con casa y labranza serán considerados como poseedores de buena fe y no podrán ser privados de la posesión sino por sentencia dictada en juicio ordinario' ".

b) Diciendo que "otro título que relaciona el honorable Tribunal en su fallo es d) La copia del acta en la cual aparece la señora Inés González viuda de Angel comprando parte de la cosecha de los cafetales de los demandantes y de algunas mejoras a nuestro aparcero o agregado señor Julio Murcia", se argumenta que esa compra versó sobre cosa ajena y fue hecha contra la prohibición de la ley, toda vez que Murcia tenía sendos contratos con los demandantes (folio 1 y vuelto, cuaderno 4 y 101 y vuelto cuaderno 3); que esa compraventa es nula por prohibirla el artículo 8º de la Ley 100 de 1944, que exige al efecto la aquiescencia por escrito de los propietarios, que los demandantes afirman ser; y que "por error de derecho", el sentenciador consideró que aquellas cosechas y mejoras eran de Inés González viuda de Angel, con lo cual violó los artículos 8º y 1º de la Ley 100 de 1944.

Otro error (duodécimo). Dice en este último punto el recurso que, el 19 de febrero de 1960, dos años después de haber sido registrada la Resolución 00043 de adjudicación del baldío a Eduardo Angel G., y después de haber sido registrada la escritura número 680 por la cual éste transmitió sus derechos de adjudicatario a los demandantes, vino Inés González viuda de Angel a constituir hipoteca sobre ese inmueble a favor de su empleado —chofer—, Ernesto Palacio Cadavid, por $ 5.000.00 que se dicen tomados en mutuo; que antes de cuarenta y cinco días la misma señora es demandada por Palacio Cadavid, quien remata el inmueble, en actuación para la cual no se aportó el certificado de paz y salvo municipal de esa señora sino el de Eduardo Angel G.; que durante tales diligencias el secuestre lo fue el señor Jair Vélez, y que éste o el rematante, uno de los dos, fue quien, al decir del declarante José Palacio, rogó a éste para que firmase a nombre de Eduardo Angel el aludido contrato de comodato.

Que estos fueron los documentos que por error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas hizo prevalecer el Tribunal sobre los títulos de los demandantes: Resolución adjudicatoria número 00043, escritura número 680 y certificado de tradición (folios 1 a 14, cuaderno 1), a pesar de la prohibición del artículo 66 del Código Civil de no admitir prueba contra el título de la parte actora amparado con presunción de derecho.

— IV —

Consideraciones de la Corte

1. Precisa tener en cuenta el ámbito del juicio y, dentro de éste, los límites a que está circunscrito el recurso extraordinario, conforme al libelo de casación.

2. Tres pretensiones distintas informaron la demanda incoactiva del juicio, a saber: a) La de NULIDAD, así del contrato de mutuo hipotecario celebrado entre Inés González viuda de Angel y Ernesto Palacio Cadavid, según la escritura número 295 de 19 de febrero de 1960, de la Notaría Segunda de Armenia, como de la sentencia del Juez Civil de ese Circuito que ordenó vender en pública subasta la finca hipotecada por tal instrumento, y del remate de la misma finca adjudicado al mencionado Palacio Ca-

david; b) la de DECLARACION DEL DOMINIO que los actores dicen tener en el fundo por ellos comprado a Eduardo Angel G. y que sostienen está comprendido en el que remató Palacio Cadavid; y c) la de REIVINDICACION del fundo cuyo dominio alegan.

Todas estas pretensiones fueron desestimadas por los juzgadores de instancia.

3. La demanda de casación, cuyo extracto ha sido conveniente hacer en la comprensión de todos los reparos de que se compone, para fijar los términos en que ha de contenerse la actividad de la Corte, muestra que ningún cargo formal se interpuso contra la denegación de la acción de nulidad, punto que escapa así al ámbito del recurso.

4. Del cúmulo de acusaciones que el libelo de casación contiene, podrían salvarse de la tacha de pecar contra la técnica del recurso, las contenidas bajo sus tres primeros parágrafos, convergentes a demostrar la violación final de los artículos 6º de la Ley 97 de 1946 y 77 del Código Fiscal, como también la del artículo 669 del Código Civil que se relaciona en los parágrafos segundo y tercero.

Mas, ocurre que estos cargos no van a tener trascendencia a la casación del fallo acusado, por las razones que se verán adelante, aunque sí han de dar lugar a que se rectifique la doctrina del tribunal en la materia.

5. En efecto:

El artículo 6º de la Ley 97 de 1946 consagra la presunción *de derecho* de que "todo terreno adjudicado por el Estado ha sido baldío, cuando la resolución de adjudicación haya tenido como base una explotación con cultivos o establecimiento de ganados por un período no menor de cinco años con anterioridad a la fecha de la adjudicación".

Pero, respecto de los terrenos ya adjudicados al entrar a regir tal ley, el propio artículo dispuso que, para que la presunción tenga cabida, tendrían que llenarse otras condiciones, a saber: tratándose de adjudicaciones hechas con anterioridad de cinco o más años a su vigencia, acreditarse, "además de la explotación actual, que no haya sido controvertido el dominio del adjudicatario, o que habiéndolo sido, el juicio le fue favorable mediante sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada"; y si de adjudicaciones hechas con una anterioridad menor a tal vigencia, comprobarse "la explotación mínima de cinco años, además de las circunstancias del caso anterior sobre controversia del dominio". Y el mismo precepto encomendó al decreto reglamentario determinar el procedimiento para la prueba de la explotación en estos dos casos.

En lo tocante con el efecto de la susodicha presunción de derecho *frente a terceros,* el propio artículo 6º de la Ley 97, determina lo siguiente: "La presunción de derecho que aquí se consagra no surtirá efectos contra terceros sino después de un año, a partir de la fecha de la inscripción de la providencia de adjudicación en la Oficina de Registro competente; y desde la fecha de la inscripción de la providencia en que se declaren cumplidos los requisitos que se indican en el inciso anterior para los casos de adjudicaciones anteriores a la vigencia de esta ley".

La cual, en su artículo 7º hizo extensivo el favor de la presunción de derecho a los adjudicatarios de baldíos "a cambio de títulos de deuda pública", "en cualquier momento en que demuestren, por una parte, haber obtenido la expresada declaración sobre extinción de la condición resolutoria de dominio, y, por otra, la prueba especial del artículo anterior sobre explotación económica de sus predios, por un período mínimo de cinco años, con la misma salvedad concerniente a la controversia de dominio de que trata el artículo anterior".

El Decreto 0547 de 1947 (febrero 17), reglamentario de la Ley 97 de 1946, organizó en sus artículos 9º, 10 y 11 el régimen de las comprobaciones que, para ser amparados con la presunción de derecho, tendrían que aducir respectivamente los adjudicatarios de baldíos adjudicados, ya "con una anterioridad de cinco o más años a la vigencia de la Ley 97" a título de explotación con cultivos o ganados, ya "con menos de cinco años de anterioridad" a esa vigencia y al mismo título, ya "a cambio de títulos de baldíos". Vale decir que los referidos artículos 9º, 10 y 11 del decreto reglamentario desarrollaron las prescripciones de los artículos 6º y 7º de la Ley 97 de 1946, en lo relativo a las comprobaciones requeridas para poder gozar de la presunción de derecho en las adjudicaciones de baldíos, distintas de las a título de explotación con cultivos o ganados cuyo trámite se hubiere iniciado con posterioridad al comienzo de la vigencia de la misma Ley 97 (Decreto 547 artículo 10, inciso 2º).

O lo que es lo mismo: Que las adjudicaciones de baldíos, a título de explotación con cultivos o ganados, mediante trámite incoado con posterioridad a la iniciación de la vigencia de la Ley 97 de 1946 gozan de la presunción de derecho

del artículo 6º de la misma ley, sin necesidad de aducir las comprobaciones de que tratan los artículos 9º, 10 y 11 de su decreto reglamentario.

6. Claramente vio el Tribunal que la adjudicación de un terreno baldío denominado "El Balso" hecha por el Ministerio de Agricultura a Eduardo Angel G., a título de cultivador, por los mismos linderos que se expresan en la narración del primero de los hechos de la demanda inicial del presente juicio, —terreno sobre que versan las súplicas de declaración de dominio y reivindicación consignadas en los puntos I y IV del petitum de tal demanda—, lo fue mediante la Resolución número 00043 de 15 de febrero de 1958, a virtud de las diligencias iniciadas por parte del dicho señor Angel con fecha 22 de agosto de 1957 (folio 113 vuelto, cuaderno 1). Es decir, que la incoación por éste del trámite administrativo para obtener del Estado la adjudicación de tal baldío y su adelantamiento se cumplieron en época posterior al comienzo de la vigencia de la Ley 97 de 1946.

A pesar de ello, el sentenciador consideró que "teniendo en cuenta lo estatuido en el artículo 6º de la Ley 97 de 1946, y los artículos 8º, 9º, 10 y 11 del Decreto reglamentario número 547 de 1947, se ve, a simple vista, que el señor *Eduardo Angel G.* y los *demandantes* no han cumplido varios de los requisitos previstos en estas disposiciones, para poder alegar que tienen sobre el terreno de la controversia una PRESUNCION DE DERECHO, o sea la de que el terreno adjudicado por el Estado al señor Angel Gutiérrez, por medio de la Resolución número 00043 del 15 de febrero de 1958, *era baldío* en el momento de producirse esa resolución", y así dijo echar menos la prueba, que estimó indispensable, de la explotación mínima de cinco años en la forma establecida en el artículo 9º del decreto, lo mismo que la relativa a no haber sido discutida en juicio la propiedad del inmueble o haber triunfado en la controversia que al respecto hubiera ocurrido.

7. Semejante concepto es a todas luces erróneo, porque, como ya está visto, las exigencias de los artículos 9º, 10 y 11 del Decreto 547 de 1947 en que se traducen las pertinentes de los artículos 6º y 7º de la Ley 97 de 1946, no tocan con las adjudicaciones de la índole de la otorgada a Eduardo Angel G., posteriores al inicio de la vigencia de la Ley 97 de 1946; y en cuanto al artículo 8º del decreto, él sólo constituye una norma de reflexión y orden para la autoridad administrativa en punto de motivación de las resoluciones adjudicativas de baldíos, norma que, como lo anota el recurso, no aparece vulnerada en la expedición de la Resolución 00043 de 15 de febrero de 1958, fuera de que, en la hipótesis contraria, no sería la jurisdicción ordinaria la llamada a pronunciarse sobre la validez o ineficacia de resolución de tal naturaleza.

8. Incurrió pues, el Tribunal en un error, al rechazar, por los motivos que se han expuesto, la presunción de derecho de haber sido baldío, con que, según el artículo 6º de la Ley 97 de 1946, quedó amparada la adjudicación de terreno hecha a Eduardo Angel mediante la Resolución número 00043 de 15 de febrero de 1958, del Ministerio de Agricultura, registrada en Calarcá el 19 de febrero de 1958 (folios 8 vuelto y 11 vuelto, cuaderno 1º), error que llevaría a que el fallo recurrido resultase violando, además del mencionado precepto, los artículos 669 del Código Civil y 77 del Código Fiscal, asignativo éste del "carácter de título traslaticio de dominio" a la resolución que adjudica un baldío, y por ello hubiera de ser infirmado tal pronunciamiento, si no fuese porque la Corte, al entrar a proferir la sentencia sustitutiva de la de instancia, encontrase que tampoco podría despachar favorablemente las súplicas de declaración de dominio y de reivindicación, por la deficiencia fundamental que va a observarse en punto de identidad del inmueble sobre que recaen tales acciones.

9. Ciertamente el sentenciador no vio el defecto de identidad que se nota, sino que antes bien estimó, sin dudarlo, que ella se encontraba establecida. Pero, semejante apreciación errónea del Tribunal no ligaría a *la Corte como juzgador de instancia, porque ésta, con arreglo al sistema de los artículos 538 y 539 del Código Judicial, al infirmar una sentencia por cualquiera de las tres primeras causales de casación, queda de inmediato subrogando al Tribunal de segundo grado, con plena libertad y facultades similares a las de éste, para dictar el fallo de reemplazo conforme a la ley.*

Y es a mérito de tal potestad judicativa de la Corte, por lo que ésta, si casase la sentencia impugnada, tendría como juzgador de instancia que llegar a la misma decisión del Tribunal, motivo este por el cual no será pertinente otorgar su infirmación.

10. Asentado lo anterior, cumple considerar lo siguiente:

Entiéndese por IDENTIDAD *el "hecho de ser una persona o cosa la misma que se supone*

o se busca" (Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española).

En tratándose de la acción meramente declarativa de dominio, el cumplimiento de este requisito implica el que se demuestre que el bien en que radica el título de dominio aducido por el actor y sobre que versa su pretensión es físicamente el mismo con el cual se encuentre en relación el reo obligado a responder de aquella pretensión.

Y por lo que toca con la acción reivindicatoria, basta recordar. como lo tiene dicho la Corte, que "la identidad *del bien reivindicado se impone como un presupuesto de desdoblamiento bifronte, en cuanto la cosa sobre que versa la reivindicación, no solamente debe ser la misma poseída por el demandado, sino estar comprendida por el título de dominio en que se funda la acción, vale decir que de nada serviría demostrar la identidad entre lo pretendido por el actor y lo poseído por el demandado, si la identidad falta entre lo que se persigue y el bien a que se refiere el título alegado como base de la pretensión" (casación 30 de abril de 1963, en juicio de José Jesús Ramírez H. contra Sergio Rodríguez B., aún no publicada en la Gaceta Judicial).*

11. Ahora bien, en el caso de este pleito se encuentran formalmente establecidos los siguientes hechos:

a) Bajo la hijuela formada a Inés González viuda de Angel, en el juicio de sucesión de Ricardo Angel, protocolizado en la Notaría Segunda de Armenia por escritura número 1255 de 1946, se le adjudicó a la mencionada señora el bien formado por "unas mejoras en terrenos baldíos de la nación, consistentes en casa de habitación, sementeras de café, plátano, pastos artificiales, situada en el paraje de 'El Tolrá', conocido con el nombre de 'El Balso', jurisdicción del Municipio de Pijao" y circunscrito el terreno por los linderos en tal hijuela expresados (folios 178 y 179, cuaderno 3);

b) Años después, por escritura número 295 de 19 de febrero de 1960, de la misma notaría (folios 5 a 7, cuaderno 2), Inés González viuda de Angel dijo hipotecar en favor de Ernesto Palacio Cadavid, por la suma de $ 5.000.00 recibidos de éste en calidad de mutuo, la porción que quedaba del fundo referido en el literal anterior, excluido el "lote de terreno mejorado con casa de habitación, sementeras de café, plátano, pastos, casa Helva, y demás accesorios y anexidades, donado por la señora Inés González viuda de Angel en favor de los señores Pedro Emilio y Ricardo Isaza Duque, por medio de la escritura pública número 892 otorgada en la Notaría Tercera de Armenia, el 7 de junio de 1959, registrada el 10 de julio del mismo año, en el libro de registro número 1 par...", y determinado el lote excluido por los linderos que la sobredicha escritura número 295 de 19 de febrero de 1960 reza. Y este mismo instrumento, en su punto séptimo, expresa que "Por razón de la exclusión antes anotada, la finca que la exponente deudora grava con hipoteca y prenda en favor de su acreedor, se encuentra comprendida por los siguientes linderos generales: Por un costado, con predio de Pablo Emilio y Ricardo Isaza A. o que fue de éstos; por el pie con propiedad de Enrique Vélez y un señor de apellido Jaramillo; por otro costado, con propiedad de Benedicto Castro; y por otro lado con el camino público que lleva a Buenavista".

c) Luego, en el juicio hipotecario seguido ante el Juez Primero Civil del Circuito de Armenia por Ernesto Palacio C. contra Inés González viuda de Angel, se le adjudicó al mismo Palacio C., en el remate efectuado el 31 de agosto de 1960, la finca rural ubicada en la fracción de "El Tolrá", jurisdicción del Municipio de Pijao, denominada "El Balso", en extensión superficial de unas veintidós hectáreas, más o menos, excluido el lote de terreno que había sido donado por la dicha señora a Pedro Emilio y Ricardo Isaza Angel, según la escritura número 892 de 7 de junio de 1949, de la Notaría Tercera de Armenia, remate que fue aprobado por auto de 17 de abril de 1961 (folios 15 a 17 vuelto, cuaderno 1º);

d) De otro lado, el Ministerio de Agricultura mediante la Resolución número 00043 de 15 de febrero de 1958, registrada el 19 de los mismos mes y año, adjudicó a Eduardo Angel G. el terreno baldío denominado "El Balso", de extensión de veintitrés hectáreas aproximadamente, por los linderos que la misma resolución expresa; y

e) Después, mediante la escritura número 680 de 2 de julio de 1959, de la Notaría Tercera de Armenia, Eduardo Angel G. vendió a Juan de Jesús López y Ramón Molina Ospina, en la proporción del setenta por ciento (70%) para el primero y del treinta por ciento (30%) para el segundo, el predio que al vendedor le había sido adjudicado por la citada resolución del Ministerio de Agricultura.

12. Ahora bien: En la demanda inicial de este litigio, los actores pretenden la declaración de dominio y restitución a su favor del fundo por ellos comprado a Eduardo Angel G., según la

escritura número 680 del 2 de julio de 1959, que se acaba de mencionar, el cual, según lo afirma la misma demanda en sus hechos cuarto y noveno, está contenido dentro del inmueble rematado por Ernesto Palacio Cadavid y de que éste es poseedor.

Para más precisión, cumple transcribir aquí el tenor literal en que tales hechos se consignan:

"*Cuarto:* Aunque la redacción de los linderos contenidos en la escritura hipotecaria es un poco distinta a la del inmueble alindado en el ordinal primero de esta relación de hechos, dicho inmueble de propiedad del señor Juan de Jesús López y del suscrito, quedó encerrado TOTALMENTE entre los linderos que reza la escritura hipotecaria número 295 arriba citada. QUIERE ESTO DECIR QUE LA SEÑORA INES GONZALEZ Vda. DE ANGEL HIPOTECO COSA AJENA".

"*Noveno:* Es así como hoy aparece como poseedor material e inscrito el rematante señor Ernesto Palacio Cadavid, ejerciendo sus actos de dominio sobre la finca 'El Balso', dentro de la cual está el terreno de propiedad del señor Juan de Jesús López y del suscrito, en proporción del 70% y del 30% respectivamente, lote o finca que delimitan la Resolución adjudicatoria número 00043 de 15 de febrero de 1958, y la escritura número 680 de 2 de julio de 1959 ... La escritura hipoteca (sic) otorgada por la señora doña Inés González viuda de Angel, lleva fecha del 19 de febrero de 1960, es decir, dos años después de registrada la resolución estatal adjudicatoria. En dicha escritura hipotecaria y en el remate aludido, se encerró el lote o finca de propiedad de mi mandante y del suscrito, el cual quedó alinderado en el hecho primero de este libelo, siendo el mismo alindado en la resolución por la cual se había adjudicado el predio al señor Eduardo Angel Gutiérrez".

13. Si, pues, Inés González viuda de Angel hubo lo que se le adjudicó en la sucesión de su cónyuge Ricardo Angel, por linderos generales comprensivos de mayor extensión, de la que segregó luego una parte por donación a Pedro Emilio y Ricardo Isaza Angel, e hipotecó después el resto a Ernesto Palacio Cadavid, quien lo remató en la consiguiente acción hipotecaria; y si, según la demanda estructural de la presente litis, el predio sobre que la misma versa está comprendido en el rematado por Palacio Cadavid y de que éste es poseedor, se impone la conclusión indefectible de que, para que pudieran prosperar las acciones petitoria y reivindicatoria aquí deducidas, tendrían los actores que haber demostrado plenamente la identidad del bien que reivindican en relación con el poseído por Palacio Cadavid como rematador del que le hipotecó Inés González de Angel, o sea que dentro de este último está contenido el que pretenden como suyo los demandantes.

Pero, como pasa a verse, esa identificación no fue hecha en el debate.

14. Ante todo, se descarta la hipótesis de que la identificación así requerida hubiera podido resultar de la contestación de la demanda, porque, tratándose de pretensiones que gravitan únicamente sobre el fundo rematado por Ernesto Palacio Cadavid y de que éste es único poseedor, cualquier asentimiento de la parte demandada sobre la identidad entre el bien objeto de aquellas pretensiones y el poseído por Palacio Cadavid tendría que haber emanado de éste.

Mas, no resulta que en la contestación dada por parte de Palacio Cadavid a la demanda, se hubiese aceptado tal identidad en manera alguna. Por el contrario, basta leer su respuesta al punto cuarto de los hechos, para cerciorarse de que no accedió a admitir tal supuesto. En efecto, la contestación de que se trata (folio 29, cuaderno 1) reza así: "*El cuarto.* No es cierto que la señora INES GONZALEZ Vda. DE ANGEL hubiera hipotecado cosa ajena en favor de mi poderdante, pues del certificado de tradición acompañado al juicio hipotecario para efectos del remate, se desprendía claramente que dicho inmueble era de propiedad de la mencionada señora INES GONZALEZ Vda. DE ANGEL. *No le consta a mi mandante que dentro de los linderos del inmueble rematado por él en el juicio hipotecario antes mencionado, esté comprendida la propiedad cuyo dominio pretenden los demandantes en este juicio*" (el subrayado es de la Corte).

Ni tiene en el punto trascendencia demostrativa la exposición hecha del lado de Inés González viuda de Angel en su contestación al hecho cuarto del libelo, cuando dice que por haber procedido Eduardo Angel G. a hacerse adjudicar a título de colono cultivador, el terreno de que trata el documento de 25 de enero de 1955, luego de haber sido judicialmente requerido para su entrega, es como "Así se explica que el inmueble delimitado en la escritura hipotecaria número 295 de febrero 19 de 1960, de la Notaría Segunda de Armenia, resulte ser el mismo cuya propiedad pretenden los señores JUAN DE JESUS LOPEZ y DOCTOR RAMON MOLINA OSPINA".

Porque, fuera de ser lo último una deducción que la contestante hace de lo primero, más que con el ánimo de hacer una confesión, con el de imputar un cargo al inmediato causante de los actores, desde el punto de vista probatorio es lo cierto que esa manifestación de parte de Inés González de Angel, cualquiera que sea su alcance objetivo, no podría tener efecto probatorio contra Ernesto Palacio Cadavid, como poseedor del predio objeto de las acciones de dominio y reivindicatoria deducidas en el juicio, porque, siendo la confesión la manifestación que hace un litigante "de ser cierto el hecho que le perjudica", afirmado por la parte contraria, es incuestionable que sería su confesión —que se echa menos—, la que podría acreditar contra el mismo la identidad del predio que él posee y del cual ha sostenido, a lo largo de la contienda, ser dueño y señor a mérito del remate que del mismo hiciera en la acción hipotecaria contra Inés González viuda de Angel.

A todo lo cual se impone agregar, como corolario del efecto vinculativo personal de este medio probatorio, que la confesión de un demandado "no perjudica a los codemandados" (casación de 26 de marzo de 1953, LXXIV, página 710).

15. Viniendo ahora al campo de la inspección ocular con peritos producida en la primera instancia a petición de la parte demandante (folios 46 a 48 vuelto, cuaderno 4), se encuentra lo siguiente:

Que el predio sobre que recaen las peticiones de la demanda fue identificado en relación con los linderos que reza el primero de sus hechos, o sea los mismos linderos por los cuales Juan de Jesús López y Ramón Molina Ospina lo compraron a Eduardo Angel, según la escritura número 680 de 2 de julio de 1959 de la Notaría Tercera de Armenia. A este respecto, el acta de la diligencia dice: "Estos linderos han sido tomados del despacho comisorio y confrontados sobre el terreno". En seguida, los peritos contestando a los puntos b) y c) del cuestionario relativos al inmueble así identificado, dijeron: ser el mismo que fue adjudicado a Eduardo Angel por el Ministerio de Agricultura, mediante la Resolución número 00043 de 15 de febrero de 1958, y el mismo que relaciona la sobredicha escritura número 680 de 2 de julio de 1959, de venta de Eduardo Angel a los demandantes.

Pero en ninguna parte expresa el acta que el personal de la diligencia hubiera identificado por sus linderos el terreno poseído por Ernesto Palacio Cadavid, que éste remató en el juicio hipotecario seguido por él contra Inés González viuda de Angel.

En el punto, el acta se reduce a consignar la opinión de los peritos, de que el inmueble identificado o sea el comprado por los demandantes a Eduardo Angel quedó abarcado por los linderos de la escritura de hipoteca a favor de Palacio Cadavid, y queda dentro de los linderos a que se refiere el acta de remate. Realmente, el dictamen de los peritos, emitido dentro de la propia diligencia de inspección ocular, sólo dice al respecto lo siguiente: "AL PUNTO D) En nuestro concepto el inmueble identificado quedó abarcado por los linderos de la escritura pública 295 de 19 de febrero de 1960, por medio de la cual la señora Inés González viuda de Angel constituye hipoteca sobre la finca 'El Balso' en favor del señor Ernesto Palacio, teniendo en cuenta que la misma escritura está diciendo que se excluye un globo de terreno, que pertenece hoy a otros dueños. Leída la aprobaron. AL PUNTO E): CONTESTARON: Dentro del inmueble que hemos identificado, o mejor el inmueble que hemos identificado, queda dentro de los linderos a que se refiere el acta de remate de 31 de agosto de 1960 por medio de la cual y dentro del juicio hipotecario seguido por el señor Ernesto Palacio contra la señora Inés González viuda de Angel, se le adjudica al demandante Palacio el inmueble 'El Balso', según la copia que se nos ha leído".

Trátase, pues, de un parecer meramente afirmativo de los peritos sobre el hecho de la comprensión de una finca en otra, emitido, no solamente sin que conste que se hubiera identificado por el juez de la inspección ocular y demás personal que en ésta intervino la extensión territorial continente, sino sin que los peritos expusieran el fundamento o razón integral de su dictamen, razón o fundamento que hubiera tenido que corresponder a la pregunta de *por qué el fundo objeto de la acción está contenido en el fundo de que es poseedor Ernesto Palacio Cadavid.*

16 *Es verdad consagrada la de que uno de los requisitos* sine qua non *que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda ser admitido como prueba de los hechos sobre que versa, consiste en que sea debidamente fundamentado; y que compete al juzgador apreciar con libertad esta condición, dentro de la autonomía que le es propia, no obstante que el dictamen no haya sido materia de tacha u objeción de las partes en el traslado correspondiente.*

Como bien lo dijo la Corte en sentencia de casación de fecha 9 de octubre de 1953, "La fuerza vinculante de un peritazgo, en todo caso, y que obligue al juzgador a someterse a aquél sin discriminación de ninguna especie, no ha sido aceptada nunca por los expositores, ni por nuestra legislación. De ahí en ésta la existencia de los artículos 722 y 723 del Código Judicial, que no sólo permiten, sino autorizan el análisis y valoración de los fundamentos de un dictamen. Esas normas dan al juzgador amplitud de juicio y de criterio, para fijar en cada caso el valor de un peritazgo, sin estar forzado nunca a admitirlo o rechazarlo mecánica o ciegamente. En sentencia publicada en la *Gaceta Judicial* número 1935, dijo esta Sala: 'No se establece en esos artículos 722 y 723 del Código Judicial, la imperativa aceptación mecánica por parte del juez, del dictamen uniforme de los peritos... con la sola condición de estar explicado y fundamentado sino que es *indispensable* que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado, para decidir si está fundado debidamente'. 'Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen, corresponde exclusivamente al juez, quien las reconoce o niega, para aceptar o negar, fuerza probatoria al concepto de los peritos' (*Gaceta Judicial*, Tomo 57, página 532)". LXXVI, página 578.

17. La necesidad de la identificación del terreno rematado y poseído por Ernesto Palacio Cadavid se hacía aquí tanto más necesaria cuanto que tal terreno era sólo una parte del de mayor extensión que había poseído la señora Inés González viuda de Angel como adjudicataria en la sucesión de Ricardo Angel y del cual había ella enajenado una porción, antes de hipotecar el resto a Ernesto Palacio Cadavid.

18. Y si esa indispensable identificación del inmueble poseído por éste, en relación con el de las pretensiones de la demanda, no resulta establecida por la referida diligencia de inspección ocular y su adjunto dictamen de peritos, menos puede encontrarse tal prueba en la otra diligencia de igual naturaleza efectuada con el mismo personal, en la misma fecha de la primera, y cuya acta obra a folios 188 y 190 del cuaderno de pruebas de la demandada González de Angel (cuaderno 3).

Ciertamente, esta otra diligencia, que por lo que hace a los hechos verificados por el juez que la practicó, se limitó a la identificación del bien adjudicado a la señora González viuda de Angel en la causa mortuoria de Ricardo Angel, al tenor de los linderos que reza la hijuela respectiva, sólo presenta en lo que concierne a su correspondiente dictamen pericial y en lo que éste toca con el punto de que aquí se trata, las siguientes afirmaciones: "Hemos identificado el predio que en este juicio pretenden los señores doctor Ramón Molina Ospina y Juan de Jesús López, pretensión que respaldan en la escritura pública número 680 de julio 2 de 1959 y encontramos que éste se halla enclavado dentro de lo que a la señora Inés González viuda de Angel se le adjudicó en la sucesión de su esposo Ricardo Angel, y decimos que está enclavado, o mejor hace parte de lo adjudicado en la hijuela, porque ésta abarca una extensión mayor como se ve de la hipoteca que le hizo al señor Ernesto Palacio y con la cual le remató a dicha señora González viuda de Angel, parte de lo que se le adjudicó en la sucesión del citado señor Ricardo Angel"... "El predio que hoy pertenece al señor Ernesto Palacio Cadavid es el mismo que a éste se le adjudicó en el remate verificado en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia, dentro del juicio hipotecario adelantado contra la señora Inés González viuda de Angel, y como lo dijimos antes es el mismo, pero en menor extensión que a la señora González se le adjudicó dentro del juicio de sucesión de su esposo Ricardo Angel, es decir, que dicha señora dispuso, antes del remate de parte de lo adjudicado en dicha sucesión".

Bien se ve que este concepto pericial se limita a afirmar que el predio que pretenden los actores se halla enclavado en el de mayor extensión que había sido adjudicado a Inés González viuda de Angel en la sucesión de Ricardo Angel. Mas, no acredita que la porción territorial enclavada, objeto de la demanda, sea la misma poseída por Palacio Cadavid o esté contenida en ésta, en lo cual estribaría el elemento axiológico de la identidad que reclaman las acciones declarativa de dominio y reivindicatoria deducidas en este proceso.

19. En una palabra: No se estableció la identidad entre el bien a que se contraen las pretensiones reales de los actores y el poseído por el demandado Palacio Cadavid.

Lo cual llevaría a la Corte a desechar estas acciones, si tuviera que decidir sobre ellas como juzgador de instancia, y hace que, a pesar del error al principio apuntado a la sentencia recurrida, tenga que confirmarla.

20. Confirmación que desde luego abarca la desestimación que hiciera el sentenciador de la súplica sobre nulidad del contrato de hipoteca contenido en la Escritura número 295 de 19 de febrero de 1960, de la sentencia de 22 de junio de 1960 que ordenó la venta en pública subasta de la finca hipotecada y del consiguiente remate de 31 de agosto de 1960, no sólo porque sobre la denegación de estos puntos, constitutivos de una acción distinta de las otras, no hubo ataque alguno en casación, como atrás se advirtió, sino porque los actores estarían desprovistos de legitimación activa al respecto, por no haber sido parte ni en el contrato de hipoteca aludido, ni en el subsecuente juicio hipotecario en que recayó tal sentencia y se efectuó tal remate. La inoponibilidad de esos actos frente a los demandantes, completamente extraños a ellos, no los investiría, por lo tanto, de legitimación para pretender una declaración de nulidad de los mismos.

No habrá lugar a condena en costas, atendida la rectificación doctrinal.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha nueve (9) de marzo de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al tribunal de origen.

Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada, Alejandro Bernate, Conjuez.

Ricardo Ramírez L.
Secretario

RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA CON SU CONSECUENCIAL INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Los artículos 1631, 1614 y 1617 del Código Civil no forman por sí solos una proposición jurídica completa. — Carácter de los artículos 593, 597, 730, 731 y 722 del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, 19 de abril de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Aníbal Cardoso Gaitán.*

Se decide el recurso doble de casación interpuesto por las partes demandante y demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el 3 de diciembre de 1963 en el juicio ordinario de Aníbal Vásquez y Alejandro Cabrera contra Leonidas Lara e Hijos, Limitada.

Antecedentes

Los demandantes impetraron del Juez Civil del Circuito de Neiva estas declaraciones:

"Primera. Resuelto el contrato de compraventa de unos bienes muebles, consistentes en una engrasadora, sus mangueras, una petrolizadora y una llave de estrías, vendidas por Leonidas Lara e Hijos Limitada a Vásquez y Cabrera el 9 de diciembre de 1958 de conformidad con las facturas números 47682, 47683 y 47684, por las sumas de $ 35.00, $ 191.00 y $ 1.437.00 respectivamente, las que fueron pagadas de contado.

"Segunda. Que como consecuencia de la resolución del mencionado contrato de compraventa, la sociedad Leonidas Lara e Hijos Limitada, debe restituir después de la ejecutoria de la sentencia, la suma de un mil seiscientos sesenta y tres pesos a los señores Aníbal Vásquez y Alejandro Cabrera, dinero que los demandantes entregaron a la compañía demandada en cumplimiento del contrato cuya resolución decreta.

"Tercera. Que la misma sociedad 'Leonidas Lara e Hijos Limitada', debe pagar a los señores Aníbal Vásquez y Alejandro Cabrera los intereses corrientes comerciales de la suma de dinero antes indicada, devengados desde cuando esa compañía recibió tal cantidad, hasta cuando se verifique el pago de la misma.

"Cuarta. Que así mismo se condena a la sociedad 'Leonidas Lara e Hijos Limitada' a pagarle a los señores Aníbal Vásquez y Alejandro Cabrera los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato de compraventa a que se refiere la súplica primera de esta demanda, perjuicios que deben comprender el daño emergente y el lucro cesante, los que se probarán en el curso de este juicio".

Como hechos se aducen en la demanda los siguientes:

"1º En el mes de diciembre del año de 1958 el señor Aníbal Vásquez, compró a 'Leonidas Lara e Hijos Limitada', para él y don Alejandro Cabrera en sus almacenes de Bogotá, una llave de estría, una petrolizadora y una engrasadora con sus mangueras por un total de mil seiscientos sesenta y tres pesos ($ 1.663.00), dinero que pagó de contado, de conformidad con las facturas del 9 de diciembre del mismo año, números 47682, 47683 y 47684, mercancías que debían enviarse a esta ciudad de Neiva por los vendedores, obligación que no cumplieron.

"2º El 7 de enero los compradores le dirigieron una carta de esta ciudad a 'Leonidas Lara e Hijos Limitada' a Bogotá, para recordarles el despacho de dichas mercancías y a la vez para pedirles explicaciones sobre la exigencia de consignar la suma de seiscientos pesos ($ 600.00),

sobre el valor de las facturas, conforme así les solicitó la casa Lara en las Oficinas de Neiva, sin que dicha carta hubiera merecido contestación de parte de los vendedores.

"3º En diciembre 18 del año pasado Vásquez y Cabrera dirigió una comunicación —Marconi— a Lorena, reclamando las mercancías compradas, comunicación que fue contestada dos días después, en el sentido de que por fuerza mayor las mercancías vendidas encontrábanse agotadas, impidiéndoles despacharlas y que por tanto podían reclamar el dinero en la sucursal de la casa Lara en esta ciudad.

"4º Los demandantes compraron las mercancías a que se refieren las facturas citadas, para complementar el servicio de una estación ubicada en la carrera quinta (5ª) con calle veintiuna (21) de esta ciudad, habiendo buscado el técnico para su montaje.

"5º En el mes de diciembre de 1958, los demandantes tenían construida la estación de servicio en la carrera quinta (5ª) con la calle veintiuna (21) a que se hizo referencia en el hecho anterior, compuesta de construcciones de material, en donde funcionaban compresores de aire para inflar llantas, dos surtidores de gasolina en un amplio patio cementado frente a la construcción y en el fondo y a continuación de la misma un bar, salón para oficinas, depósitos de lubricantes y repuestos con mercancías, regulador de aire para engrase, motobomba eléctrica para provisión del tanque, cárcamos o rampas para el lavado de carros y para engrase, gato elevador con su instalación de aire para engrase, faltando para que la estación prestara servicios en toda la línea, una engrasadora con sus mangueras, una petrolizadora y una llave de estrías, elementos éstos que fueron comprados por los demandantes, según las facturas tantas veces mencionadas, pero no entregados por los vendedores.

"6º En el mes de junio último se practicó una inspección ocular extrajuicio por ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, en la que el Juez dejó sus constancias, y los señores peritos avaluaron los perjuicios sufridos por los demandantes, después de examinar la Estación de servicio de la carrera quinta (5ª) con la calle veintiuna (21).

"7º Los demandados se constituyeron en mora por la no entrega de las mercancías compradas.

"8º Los vendedores después de haber presentado las mercancías en sus almacenes de Bogotá al señor Aníbal Vásquez y después de haberlas facturado, previo su pago, alegaron encontrarse dichas mercancías agotadas, según comunicación por marconi, pero por otra parte, el señor Lino Parra, empleado de la casa vendedora, declaró haber llamado por teléfono al señor Aníbal Vásquez en esta ciudad, para comunicarle que la casa Lara de Bogotá había ordenado que el comprador le girara seiscientos pesos ($ 600.00) más para poder despacharle la mercancía, debido a equivocación en el precio de la venta.

"9º Encontrándose la Estación de Servicio de los demandantes en condiciones de atender la clientela desde el mes de diciembre pasado, tanto para la venta de gasolina, venta de aceites, engrase y lavado de carros, al faltar la petrolizadora, la engrasadora, con sus mangueras y llave de estrías no podía dicha estación atender la clientela como es debido, por cuanto que ésta al llevar sus automotores exige que en una misma parte se le atienda totalmente y al no conseguir los servicios completos, no la ocupan recibiendo dicha estación cuantiosos perjuicios comprendidos en el daño emergente y en el lucro cesante, por mora de los vendedores en la entrega de la cosa vendida.

"10. El comprador cumplió con su principal obligación, que fue la de pagar el precio".

El Juzgado del conocimiento puso término a la instancia así:

"Primero. Declárase resuelto el contrato de compraventa celebrado entre la firma Leonidas Lara e Hijos Limitada y los señores Aníbal Vásquez y Alejandro Cabrera y del cual hablan las facturas números 47682, 47683 y 47684 de fecha nueve (9) de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958).

"Segundo. Condénase, en consecuencia a la firma Leonidas Lara e Hijos Limitada con domicilio en esta ciudad a restituir a los demandantes Aníbal Vásquez y Alejandro Cabrera una vez ejecutoriada esta sentencia, la suma de mil seiscientos sesenta y tres pesos ($ 1.663.00) M/cte. que recibió como precio de la mercancía que aquélla debía entregarle en esta ciudad de acuerdo con el contrato resuelto y los intereses corrientes de esta cantidad a partir de la ejecutoria de esta misma.

"Tercero. Condénase a la misma firma demandada Leonidas Lara e Hijos Limitada cuyo uno de sus domicilios es esta ciudad, a pagar a los demandantes Aníbal Vásquez y Alejandro Cabrera los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, cuya determinación se hará mediante los trámites señalados por el artículo 553 del Código Judicial.

"Cuarto. Costas a cargo de la firma demandada".

El Tribunal desató la segunda instancia modificando el fallo de la primera en estos términos:

"1º Confirmar los puntos primero y cuarto de lo resolutivo del fallo de primer grado;

"2º El punto segundo quedará así: Condénase, en consecuencia, a la firma Leonidas Lara e Hijos Limitada, con domicilio en esta ciudad, a restituir a los demandantes Aníbal Vásquez y Alejandro Cabrera, una vez ejecutoriada esta sentencia la suma de mil seiscientos sesenta y tres pesos ($ 1.663.00) M/cte., que recibió como precio de la mercancía que aquella debía de entregar en esta ciudad de acuerdo con el contrato resuelto;

"3º El punto tercero quedará de la manera siguiente: Condénase a la misma firma Leonidas Lara e Hijos Limitada, uno de cuyos domicilios es esta ciudad, a pagar a los demandantes Aníbal Vásquez y Alejandro Cabrera, los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato resuelto, determinados por los intereses corrientes de la suma entregada como precio de la compraventa, desde la fecha del contrato hasta cuando se verifique el pago o devolución del precio.

"Sin costas en la actual instancia".

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Por ser concreta la motivación del fallo de segunda instancia y pensando que una síntesis del mismo no expresa en forma completa el criterio del Tribunal, se toman de la sentencia impugnada las siguientes partes esenciales:

"Con la demanda se adujeron las facturas a que se refiere la parte actora, o sea las números 47682, 47683 y 47684 de nueve (9) de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), en las cuales constan las compras hechas a Leonidas Lara e Hijos Ltda., casa de Bogotá, de los elementos a que se refiere el libelo inicial, por $ 35.00, $ 191.00 y $ 1.437.00 moneda corriente.

"Tales facturas no fueron objetadas ni tachadas como falsas y, por consiguiente, tienen pleno valor probatorio, sin necesidad de reconocimiento por la parte demandada, de conformidad con el artículo 645 del Código Judicial, el cual establece que un documento privado se tiene por reconocido cuando habiendo obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, no se ha objetado, o redargüido de falso para que la parte que lo presenta pruebe su legitimidad.

"Dichas facturas prueban, pues, plenamente, la compra de los elementos de que trata la demanda, a la casa Lara, en Bogotá, compra que realizó el señor Aníbal Vásquez, quien según la declaración de Antonio Cortés, viajó desde la ciudad de Neiva a la capital de la República con ese objeto, en compañía del declarante. 'Es igualmente verdad —dice éste— que el día nueve de diciembre de 1958, el suscrito en compañía del peticionario quien iba a comprar las máquinas relacionadas en el punto anterior, llegamos al almacén de 'Leonidas Lara e Hijos' de la ciudad de Bogotá de la plaza de San Victorino en donde el peticionario en presencia del que declara, después de ver y examinar la engrasadora, la petrolizadora, el equipo de mangueras con terminales de conexión rápida y la llave de estrías de una pulgada y un dieciseis, negoció y compró en dicho almacén las mencionadas máquinas de contado por la suma total de un mil seiscientos sesenta y tres pesos ($ 1.663.00) moneda corriente'.

"La declaración de Cortés, tomada extrajudicialmente, fue ratificada en el curso del juicio. Ella corrobora la prueba plena de la compra, de que tratan las facturas atrás mencionadas.

"Se adujo también con la demanda un mensaje enviado por la vía marconi, desde Bogotá, fechado el 19 de diciembre de 1958, dirigido a Vásquez y Cabrera, de Neiva, firmado por Lorena, en el cual les comunicaba: 'fuerza mayor vista mercancías encontrábanse agotadas impidiónos despacharle rogámosles reclamar dinero nuestra sucursal Neiva".

"Este mensaje corresponde indudablemente a la Casa vendedora, pues se relaciona con el negocio de las mercancías compradas por Vásquez y Cabrera a Leonidas Lara e Hijos Ltda., de que tratan las facturas relacionadas anteriormente, y fue presentado con la demanda sin que haya sido redargüido o tachado de falso por la entidad demandada. Si no hubiera sido expedido por ella o en su nombre, se habría reclamado sobre el particular.

"Por obrar en autos desde la iniciación del juicio sin haber sido objetado, es documento que se tiene por reconocido y constituye plena prueba, conforme al artículo 645 del Código Judicial. Demuestra ese mensaje que la Casa vendedora se obligó a despachar las mercancías compradas de contado, a la ciudad de Neiva, y que tal despacho no se realizó. 'Lo cual está corroborado con la declaración del señor Lino Parra, ratificada en el juicio, quien como empleado de la Casa Lara en esta ciudad, expresa lo siguiente: 'Es

verdad que entre el 10 y 16 de diciembre del año de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), en mi calidad de empleado de la Casa Lara de esta ciudad, llamé por teléfono al peticionario para comunicarle que la Casa Lara de Bogotá, me comunicaba que debía girar seiscientos pesos más si quería que le despacharan las máquinas que había comprado, porque el empleado que le había vendido las máquinas en Bogotá se había equivocado en el precio de la venta, toda vez que las vendidas valían seiscientos pesos más del precio acordado'.

"Probado está, por consiguiente, el incumplimiento por parte del vendedor, quien debe entregar las cosas vendidas en el plazo y lugar convenidos, una vez perfeccionado el contrato, de conformidad con el artículo 234 del Código de Comercio; no estando señalado el plazo, inmediatamente después de la convención, como lo dice el artículo 1882 del Código Civil, o más propiamente, respecto de la compraventa mercantil, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la celebración del contrato. (Artículo 234 citado).

"Cuando la ley fija el plazo en que deben cumplirse las obligaciones contractuales, no es necesario requerimiento previo para constituir en mora al deudor, porque las partes lo están, por ministerio de la misma ley, si dejan pasar el tiempo señalado por ella para el cumplimiento.

"El incumplimiento del vendedor justifica la acción resolutoria ejercida por la parte demandante en este caso, conforme a los artículos 1546, 1882 del Código Civil y 248 del Código de Comercio.

"Prospera, en consecuencia, la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios.

"Los perjuicios consisten en el daño emergente y el lucro cesante, entendiéndose por daño emergente la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento. (Artículo 1614 del Código Civil).

"En la demanda se afirma que por faltar los elementos comprados a la Casa Lara, la estación de servicio a que estaban destinados no podía atender la clientela en debida forma, por lo cual la parte actora sufrió disminución en sus ganancias.

"Se trata, por consiguiente, de lucro cesante, por las utilidades que los demandantes dejaron de reportar.

"De observar es que la demanda cobra los intereses de la suma de dinero entregada por el comprador como precio de la compraventa, desde la fecha de la negociación hasta cuando se verifique el pago o devolución de tal precio (petición tercera de la demanda); y además pide condena al pago de perjuicios (petición cuarta), siendo así que los intereses constituyen una indemnización de perjuicios por mora en el cumplimiento de obligaciones de dinero.

"Hay, por tanto, una doble petición sobre pago de perjuicios que no se justifica.

"Si el actor considera, como lo solicita, que el demandado debe pagar los intereses del precio de la compraventa, devengados desde la fecha del contrato hasta cuando se verifique el pago o devolución, es porque estima el lucro cesante por el valor de los intereses; pero si piensa que tal lucro está representado por las utilidades que dejó de reportar en la estación de servicio si las mercancías hubieran sido oportunamente despachadas y entregadas, no puede entonces demandar los intereses del precio de la compraventa.

"Ha dicho la jurisprudencia que 'ante la imposibilidad de fijar las bases para que el monto del lucro cesante se determine mediante el procedimiento establecido por el artículo 553 del Código Judicial, la Corte ha decidido que ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente'. (Casación de 19 de julio de 1943, Tomo LX, página 598).

"Cree el Tribunal que esta debe ser la solución a tomar en el caso de autos, porque en el proceso no hay elementos de juicio para determinar las bases de la liquidación.

"La utilidad que hubiera podido reportar el actor si el contrato hubiese sido cumplido oportunamente, es algo incierto, que sólo podría determinarse hipotéticamente, mediante peritos, como lo fue extrajudicialmente. Un dictamen de esa naturaleza versa siempre sobre un perjuicio futuro e indeterminado, que no puede conocerse con precisión. Cualquier regulación pericial es puramente conjeturada. 'Más lógico es entonces, en vez de someter la regulación de perjuicios (sin bases para su determinación), al procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, acoger la petición tercera de la demanda, y determinarlos por los intereses de la suma entregada como precio de la compraventa por la parte actora.

"Tales intereses han de ser los corrientes, de conformidad con el artículo 219 del Código de Comercio, en armonía con el 1617 del Código Civil.

"Se deduce de lo expuesto que el fallo apelado debe reformarse, de acuerdo con lo explicado".

Impugnación de la sentencia

Se ataca el fallo tanto por la parte demandante como por la demandada. La primera solamente de modo parcial, en lo que se refiere al pago de perjuicios por el incumplimiento del contrato de compraventa de elementos de maquinaria por la firma Leonidas Lara e Hijos Ltda. a Aníbal Vásquez y Alejandro Cabrera, partiendo de la base de la existencia del contrato en mención y de la prueba de ésta en el juicio. La parte demandada impugna la sentencia considerando que no se ha probado la existencia de aquel contrato.

En orden lógico ha de estudiarse en primer término la impugnación total del fallo de segundo grado, pues si ella prospera, no hay lugar a examinar el ataque parcial propuesto por la parte demandante contra la misma providencia acusada.

Recurso de casación intentado por la parte demandada.

Se formula invocando la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y la del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, por error evidente de hecho y por error de derecho.

Primer cargo. Error evidente de hecho, por haber desconocido totalmente el Tribunal la objeción formulada por el apoderado de la sociedad demandada a los documentos estrictamente privados, con los cuales la parte actora creyó haber demostrado el contrato de compraventa de bienes muebles, cuya resolución demanda en este juicio; error que llevó al Tribunal a violar las siguientes disposiciones: "Los artículos 593, 637 y 645 del Código Judicial, en armonía con los artículos 1761 y 1763 del Código Civil; los artículos 220, 234 y 248 del Código de Comercio; y los artículos 1880, 1882, 1849, 1857, 1546, 1605, 1613, 1614, 1615 y 1617 del Código Civil".

El fallador incurrió en error manifiesto al no tener en cuenta ni apreciar el memorial presentado por el apoderado de la parte demandada, que obra al folio 3 del cuaderno número 4 y en el cual OBJETA los documentos agregados al juicio por la parte actora y que pidió se tuvieran como prueba. Tal memorial fue presentado el 22 de noviembre de 1961 y el 29 siguiente (folio 4 cuaderno número 4) el Juzgado determinó considerar la objeción "al fallarse el presente juicio". El Tribunal no podía ignorar el memorial por el cual el apoderado de la parte demandada objetó los documentos privados traídos por la contraparte.

Como las facturas, el marconigrama de fecha 18 de los mismos mes y año, y la copia de la carta del 7 de enero de 1959, acompañados a la demanda, son por su naturaleza documentos privados, es lógico y jurídico que al haber sido, como fueron, objetados por el apoderado de la parte demandada, no pudieron jamás ser materia del reconocimiento tácito de que habla el artículo 645 del Código Judicial, y como tal no tienen el mérito probatorio que les reconoce el artículo 637 del mismo Código Judicial, en concordancia con el artículo 1761 del Código Civil. Por el solo hecho de la objeción, se impuso a cargo de la parte actora que presentó tales documentos, la carga de la prueba de su legitimidad, ya que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquélla o ésta, según el artículo 1757 del Código Civil, y también en razón de que toda decisión judicial en materia civil se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley (artículo 593 del Código Judicial).

Es cierto que dentro del término probatorio los demandantes pidieron comisionar al Juez del Circuito de Bogotá, para obtener el reconocimiento expreso de las facturas números 47682, 47683 y 47684 de fecha 9 de diciembre de 1964, pero a los folios 6 a 10 del cuaderno número 4 está plenamente establecido que tal reconocimiento no se operó. En estas condiciones, la parte actora no cumplió con la carga procesal correspondiente, y los citados documentos quedaron sin valor probatorio alguno.

Sin embargo, el Tribunal, por error de hecho evidente, que aquí se le anota, dio a las facturas y demás documentos acompañados con la demanda, un valor probatorio pleno que no tienen, debido a haber sido objetados por el apoderado de la parte demandada, y carecer en consecuencia de la fuerza probatoria de que hablan los artículos 645 del Código Judicial y 1763 del Código Civil; disposiciones estas que el Tribunal violó, con violación de medio, al regular por ellas un hecho inexistente en el proceso, cual es la falta de autenticidad y legitimidad de dichos documentos. Y ese error llevó al Tribunal a dar por plenamente establecido el contrato de compra-

venta de bienes muebles, base de la demanda, y el incumplimiento por parte de la demandada, con violación por aplicación indebida de las siguientes disposiciones sustanciales:

El artículo 220 del Código de Comercio en armonía con el número 1849 del Código Civil que definen lo que es la compraventa, y sus efectos; el 1857 del Código Civil que precisa el momento en que debe considerarse perfecta la compraventa; el artículo 1880 del Código Civil que determina las obligaciones del vendedor; los artículos 234 del Código de Comercio y 1882 del Código Civil que imponen al vendedor la obligación de entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o en el plazo y lugar convenidos;... disposiciones éstas a las cuales dio aplicación el Tribunal, sin ser del caso, toda vez que el demandante no cumplió con la obligación que tenía a su cargo de establecer plenamente el contrato de compraventa que dice la parte actora celebró con Leonidas Lara e Hijos, ni mucho menos probó el incumplimiento por parte de Leonidas Lara e Hijos de las obligaciones que se le atribuyen en la demanda... El artículo 248 del Código de Comercio que dispone que no entregando el vendedor los efectos vendidos al plazo estipulado, el comprador podrá solicitar el cumplimiento o la rescisión del contrato, y en uno y otro caso la reparación de los perjuicios que hubiere sufrido; el artículo 1605 del Código Civil que dice que la obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y los artículos 1613, 1614, 1615 y 1617 del mismo Código Civil que determinan en su orden lo que comprende la indemnización de perjuicios: qué se entiende por daño emergente y lucro cesante; desde cuándo se debe la indemnización cuando se trata de mora en el cobro de sumas de dinero; disposiciones éstas que el Tribunal violó por aplicación indebida, ya que no era el caso de tenerlas en cuenta, ni menos de hacerlas operar en este proceso, debido a que en el expediente no hay prueba del contrato de las mercancías que dicen los demandantes le compraron a Leonidas Lara e Hijos en el mes de diciembre de 1958, ni menos existe prueba del incumplimiento por parte de la sociedad demandada.

En razón del error evidente de hecho que se le anota en este cargo al fallo del Tribunal, la sentencia acusada acogió la acción resolutoria propuesta en la demanda, con las consecuencias consistentes en la orden dada para la devolución a los demandantes de la suma de $ 1.663.00 moneda corriente, y el consiguiente pago de perjuicios que el Tribunal redujo a los intereses de esa suma; acciones que en ningún caso podía acoger el Tribunal, precisamente por no haberse probado plenamente el contrato por resolver, ni menos el incumplimiento de dicho contrato por parte de la sociedad demandada.

Por este primer motivo debe pues casarse el fallo recurrido.

Segundo cargo. Error de derecho en la apreciación y valoración de las pruebas traídas por la parte demandante con el propósito de intentar la demostración del contrato que dice haber celebrado con la sociedad demandada, y sus modalidades..., a consecuencia del cual el fallo acusado viola las siguientes disposiciones: Artículos 645, 686, 687, 688, 683 y 696 del Código Judicial en armonía con el artículo 1761 del Código Civil; los artículos 1849, 1857, 1880, 1882 del Código Civil en concordancia con los artículos 220 y 234 del Código de Comercio; los artículos 1546, 1608, 1613, 1614, 1615, 1617, 1882 del Código Civil; 219 y 248 del Código de Comercio; ártículos 91 y 93, Ley 153 de 1887; y artículo 1767 del Código Civil.

En el estudio del cargo anterior —dice el recurrente—, se hizo ver que el Tribunal por el error de hecho evidente en que incurrió en su fallo, entró a estimar, como plena prueba, los varios documentos presentados por la demanda y las declaraciones de Antonio Cortés y Lino Parra, para con base en su apreciación y valoración, dar por demostrado el contrato que dicen los demandantes celebraron con la sociedad Leonidas Lara e Hijos, para la adquisición de una engrasadora, sus mangueras, una petrolizadora y una llave de estrías, por el precio de $ 1.663.00 moneda corriente, con destino a la estación de servicio en la carrera 5ª con calle 21 de Neiva, de que se dicen propietarios los dos demandantes; elementos que según lo afirman en la demanda, quedó la sociedad vendedora obligada a entregar en Neiva; y con base en la demostración equivocada de tales hechos, entró el Tribunal a acoger las acciones propuestas en la demanda.

"Siendo estos los planteamientos del libelo, correspondía a los demandantes, de acuerdo con el artículo 1757 del Código Civil, probar plenamente los hechos del libelo, o sea, la existencia del contrato y sus modalidades; el incumplimiento por parte de la sociedad Leonidas Lara e Hijos; y los perjuicios cuya indemnización demandaban".

Repite el recurso, en relación con las facturas, lo observado por él en el primer cargo.

Examina la declaración de Antonio Cortés, quien afirma fue ratificada irregularmente dentro del juicio. Expresa que toda ratificación im-

plica la recepción de la declaración de que se trata, y que esa recepción no puede hacerse sino con las formalidades establecidas en los artículos 686, 687 y 688 del Código Judicial, las cuales no fueron observadas; que por consiguiente no podía ser apreciada por el juez de acuerdo con el artículo 693 del Código Judicial, ni menos tener el valor de plena prueba, por no consagrarlo así el artículo 696 del mismo Código. El Tribunal incurrió en error de derecho, al apreciar y valorar tanto las facturas como la declaración de Cortés, al reconocerles un valor probatorio pleno que las disposiciones citadas del Código Judicial no le reconocen, y fue a consecuencia de tal error como llegó a la conclusión de encontrar plenamente probado el contrato de compraventa de mercancías que dice la demanda se celebró entre los demandantes y la sociedad Leonidas Lara e Hijos.

Aludiendo el recurso a la parte en que la sentencia acusada estudia los despachos telegráficos acompañados al libelo, dice: "El marconi en referencia, está entre los documentos objetados por el apoderado de la sociedad demandada, en su memorial visible al folio 3 del cuaderno número 4. Por razón de esta objeción correspondíale a la parte actora, demostrar su autenticidad. Y los autos no muestran, ni siquiera que se hubiere intentado producir prueba alguna al respecto. Los demandantes se contentaron con presentarlo con la demanda, pero no obtuvieron su reconocimiento dentro del término probatorio. Además está dirigido a Lorena y no a la sociedad Leonidas Lara e Hijos, ni está probado de autos que esta última use aquella dirección telegráfica. Por tanto, dicho documento, no tiene ningún valor probatorio, frente a la sociedad demandada. A pesar de ello, el Tribunal considera, sin ningún fundamento, que ese mensaje 'corresponde indudablemente a la casa vendedora', olvidando que ya su apoderado doctor Trujillo lo había objetado; y así llegó a reconocerle el valor de plena prueba de que habla el artículo 645 del Código Judicial".

Alude en seguida a la declaración de Lino Parra cuya ratificación, afirma no se efectuó con las formalidades legales, o sea haciendo deponer al testigo sobre los puntos del cuestionario, de acuerdo con lo establecido en los artículos 686, 687 y 688 del Código Judicial, "lo cual la hace inapreciable por parte del fallador" y por ser única no constituye por sí plena prueba de acuerdo con el artículo 696 del Código Judicial.

"Incurrió, pues, el Tribunal en error de derecho, al apreciar y valorar, tanto el marconigrama como la declaración del testigo Parra, al reconocerles el valor de plena prueba del incumplimiento por parte de Leonidas Lara e Hijos y deducir como legalmente procedente, la acción de resolución propuesta en la demanda, con las demás concurrentes y consecuenciales, de la primera. A conclusión muy distinta, habría llegado el Tribunal, si no incurre en el error de derecho anotado. Esta conclusión no podía ser otra que el rechazo de las peticiones de la demanda".

Se considera:

Contra lo afirmado en el fallo materia del recurso ante la Corte, aparece claro que la parte demandada objetó como pruebas desde el comienzo del juicio los documentos a que se ha hecho referencia, o sea las facturas y los despachos telegráficos, y que por lo mismo no se produjo respecto de ellos el reconocimiento tácito previsto en el artículo 645 del Código Judicial.

Sin embargo, al proponer la objeción, la firma demandada lo hizo en estos términos:

"Las facturas agregadas al expediente corresponden a ventas, según parece, hechas en Bogotá, por el Almacén Leonidas Lara e Hijos Limitada en esa ciudad, a Vásquez y Cabrera y no a los actores, quienes tampoco han demostrado que sean esa misma persona o que obran a su nombre o para ella". La objeción no desconoce pues la existencia de las facturas. Dice que corresponden a ventas, según parece, hechas en Bogotá por el almacén de Leonidas Lara e Hijos Limitada. Les formula el reparo de no haberse acreditado que la venta a Vásquez y Cabrera, se hubiese hecho a los actores, ya que no se ha comprobado que sean "esa misma persona" o que obren a su nombre.

La objeción expresa además que los marconigramas o mensajes telegráficos agregados al expediente aparecen firmados por Lorena o dirigidos a ella y no a Leonidas Lara e Hijos Limitada.

En cuanto a los testimonios, la objeción se limita a pedir que se cite a los testigos para su ratificación, a fin de contrainterrogarlos.

a) Si bien es cierto que las facturas no fueron reconocidas de conformidad con lo pedido por los demandantes y decretado por el juzgado del conocimiento, ello no le quita a tales documentos todo valor en el campo de la prueba.

Las facturas acompañadas con la demanda forman los folios 7, 8 y 9 del cuaderno número 4 del expediente. Aunque su texto no es legible

fácilmente, no obstante aparecen con un membrete en que se lee "Leonidas Lara e Hijos Limitada". También puede verse en ellas, escritas con lápiz borroso, las palabras "Bogotá" y en las columnas correspondientes al valor de cada factura, las siguientes cantidades: $ 35.00; $ 191.00 y $ 1.437.00. La firma de las facturas es ilegible.

Como ya se anotó, la objeción a las facturas reconoce la existencia de éstas, por los términos en que fue formulada.

La objeción consistente en no haberse acreditado que Vásquez y Cabrera, que figuran en las facturas, sean los mismos que demandan es improcedente, porque la demandante no es una sociedad denominada "Vásquez y Cabrera", cuya existencia fuese necesario comprobar. Los demandantes en el juicio son Aníbal Vásquez y Alejandro Cabrera, y la compra que se pretende demostrar, se afirma hecha no por una sociedad llamada "Vásquez y Cabrera" sino por una de las personas interesadas en un negocio sobre montaje y funcionamiento de una estación de servicio de gasolina en Neiva.

b) El despacho telegráfico suscrito por "Vásquez y Cabrera" el 18 de diciemyre de 1958 dirigido desde Neiva a "Lorena" - Bogotá dice:

"El no envío mercancía perjudícanos, facturas danos derecho reclamar mercancías y perjuicios". (Folio 3, cuaderno 1º).

El mensaje también telegráfico suscrito por "Lorena" el día siguiente, 19 de diciembre de 1958, dirigido desde Bogotá a Neiva, a Vásquez y Cabrera, expresa:

"Fuerza mayor vista mercancía encontrábase agotada impidiónos despacharla. Rogámosles reclamar dinero nuestra sucursal Neiva". (Folio 2, ibídem).

La objeción a los marconigramas se formuló en estos términos: "Los marconigramas, o mensajes telegráficos agregados al expediente, aparecen firmados por *Lorena* o dirigidos a esa misma persona, y no a Leonidas Lara e Hijos Limitada, persona demandada en este juicio". Se quiere con esta objeción que se demuestre posiblemente que la dirección telegráfica Lorena corresponde a la firma demandada. Tal comprobación directa no aparece en el proceso.

c) Los testimonios a que se refiere la objeción, y que según el recurso debían ser ratificados, son los de Antonio Cortés, Lino Parra y Carlos Julio Cortés. El Juzgado ordenó su citación "para que se ratifiquen en sus declaraciones rendidas extrajuicio".

Antonio Cortés había declarado el 11 de febrero de 1959, en estos términos:

"Tengo 21 años de edad, vecino de Neiva, portador de la libreta militar número 725814 de segunda clase y sin parentesco con el peticionario señor Aníbal Vásquez. Al punto 2º Es verdad que el día siete de diciembre del año pasado viajó el peticionario en compañía del suscrito a la ciudad de Bogotá con el objeto de comprar entre otras cosas una engrasadora, una petrolizadora, un equipo de mangueras con terminales de conexión rápida y una llave de estrías de una pulgada y un dieciseis, para el funcionamiento de la estación de servicio denominada *Vásquez y Cabrera* en la carrera 5ª con la calle 21 de la ciudad de Neiva. Al punto 3º Es igualmente verdad que el día nueve de diciembre de 1958, el suscrito en compañía del peticionario quien iba a comprar las máquinas relacionadas en el punto anterior, llegamos al almacén de 'Leonidas Lara e Hijos' de la ciudad de Bogotá de la Plaza de San Victorino en donde el peticionario en presencia del que declara, después de ver y examinar la engrasadora, la petrolizadora, el equipo de mangueras con terminales de conexión rápida y la llave de estrías de una pulgada y un dieciseis, negoció y compró en dicho almacén las mencionadas máquinas de contado por la suma total de un mil seiscientos sesenta y tres pesos ($ 1.663.00) moneda corriente. Al punto 4º Es también verdad que el peticionario al comprar las máquinas mencionadas por la cantidad indicada y de contado el citado almacén le expidió al solicitante las facturas que se me ponen a la vista expedidas por la Casa Leonidas Lara e Hijos de Bogotá, comprometiéndose dicha Casa para con el peticionario a despachar las mercancías compradas inmediatamente por la vía férrea, porque el montaje de cemento y demás máquinas estaba listo para con las máquinas compradas en esa fecha al almacén 'Leonidas Lara e Hijos' a fin de que funcionara formalmente la estación de servicio 'Vásquez y Cabrera' en esta ciudad. Al punto 5º Es un hecho evidente que hasta la fecha el peticionario ha estado esperando la llegada de las máquinas compradas en diciembre de 1958, a la Casa Lara de Bogotá, sin que dichas máquinas hayan llegado, y por tanto la estación de servicio Vásquez y Cabrera no se ha podido poner en funcionamiento, lo que habría podido hacerse desde el 15 de diciembre citado, por lo cual los propietarios de la estación de servicio Vásquez y Cabrera están recibiendo perjuicios, así como el suscrito quien ha sido buscado para el montaje como técnico que es en la materia. Agotado el interrogatorio se termina y firma la presente diligencia".

Al ratificar su testimonio, dentro del presente juicio, el 20 de febrero de 1962, dijo: "Respondo al nombre de Antonio María Cortés Flórez, natural y vecino de este municipio, de veinticuatro años de edad, de estado civil casado, de profesión mecánico, y sin parentesco con las partes litigantes en este juicio". Leída la aprobó. Interrogado personalmente por el señor Juez, sobre si se ratifica y se afirma en todos y en cada uno de los puntos insertos en la declaración que obra a los folios 5 frente y vuelto y 6 frente, rendida en esta oficina el día once de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, la cual le fue leída punto por punto, contestó: "Me ratifico y me afirmo en todas sus partes en la declaración que rendí ante este mismo Juzgado el día once de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, la cual me fue leída punto por punto, por ser la verdad".

Lino Parra había dicho en declaración rendida el 22 de abril de 1959 lo que sigue: "Es verdad que entre el 10 y 16 de diciembre del año de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), en mi calidad de empleado de la Casa Lara de esta ciudad, llamé por teléfono al peticionario para comunicarle que la Casa Lara de Bogotá, me comunicaba que debía girar seiscientos pesos más si quería que le despacharan las *máquinas que había comprado, porque el empleado que le había vendido las máquinas en Bogotá se había equivocado en el precio de la venta, toda vez que las vendidas* valían seiscientos pesos más del precio acordado, contestándome el peticionario que nada tenía que ver con eso, puesto que las máquinas las había comprado de contado y a la vista y que la Casa vendedora se había comprometido a despacharlas inmediatamente, a partir de la fecha de la compra" (subraya la Corte).

En su ratificación, el veintiuno de febrero de mil novecientos sesenta y dos, Lino Parra expuso: "Respecto al nombre ya dicho y escrito, natural de Yaguará, vecino de esta ciudad, de sesenta años de edad y sin parentesco con las partes litigantes de este juicio. Acto seguido, el señor Juez le leyó su declaración que en forma extrajudicial rindió en esta oficina el día veintidós de abril de mil novecientos cincuenta y nueve y le interrogó sobre si se ratificaba en ella, a lo cual declaró: 'Me ratifico y me afirmo en todos y en cada uno de los puntos de la declaración que se me acaba de leer, por cierto su contenido' ".

Carlos Julio Cortés había declarado el 18 de febrero de 1958 lo siguiente: "Tengo 41 años de edad, vecino de Neiva. Al punto 7º Es verdad que por el hecho de haber sido el maestro en el montaje de cemento para el funcionamiento de la Estación de Servicio Vásquez y Cabrera, me consta que desde el 15 de diciembre del año pasado (1958), el montaje se encuentra listo para instalar las máquinas y dar al funcionamiento normal de la estación de servicio mencionado. Al punto 8º Es verdad también que desde el quince de diciembre citado la estación de servicio Vásquez y Cabrera, no ha dado el servicio para lo cual está constituida, únicamente por falta de la llegada de la engrasadora, la petrolizadora, el equipo de mangueras con terminales para conexión rápida y la llave estría de una pulgada y un dieciseis, elementos que tengo conocimiento el peticionario compró a la Casa Lara en Bogotá el nueve (9) de diciembre del año pasado (1958) y que debían haberse despachado inmediatamente".

Al ratificarse este testigo con fecha 21 de febrero de 1962, manifestó: "Respondo al nombre ya dicho y escrito, natural y vecino de esta ciudad, de cuarenta y cuatro años de edad y sin parentesco con las partes litigantes en este juicio. Acto seguido, el señor Juez le leyó uno a uno de los puntos de la declaración rendida a extrajuicio (sic) en esta oficina el día quince de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve y le interrogó sobre si se ratificaba y se afirmaba en ellas, a lo cual respondió: 'Me ratifico y me afirmo en mi declaración que se me acaba de leer punto a punto por ser únicamente la verdad' ".

El recurso afirma que las declaraciones fueron mal ratificadas, en forma ilegal, por haberse limitado los testigos a decir que se ratificaban punto por punto en sus testimonios rendidos extrajuicio.

Como ha podido verse a través de las transcripciones precedentes, la parte interesada en contrainterrogar a los testigos no hizo uso de ese derecho procesal, habiendo podido hacerlo.

Sobre el valor de las ratificaciones en este juicio y el reparo que les hace el recurrente demandado, es oportuno traer aquí lo expresado por la Corte en estos términos:

"El artículo 693 del Código Judicial vigente es la única disposición que hay acerca de los requisitos que es menester cumplir para aducir como prueba declaraciones que han sido rendidas extrajuicio. La ley exige que la ratificación se haya pedido y decretado durante el término probatorio brindándole así a la contraparte la facultad de pedir la no admisión de determinada prueba, y en tratándose de la prueba testimonial de otorgar además, el derecho de contrainterrogar a los testigos. Son éstas, las razones que el legis-

lador tuvo indudablemente en cuenta para establecer que la ratificación de los testimonios rendidos extrajuicio ha de ser solicitada y practicada durante el término probatorio. El Código Judicial vigente, lo mismo que el antiguo, no exige más requisitos, y, por tanto, es discrecional para los jueces elegir la forma como deba recibirse la ratificación de los testimonios. No puede admitirse la tesis de que para la validez de la ratificación del testimonio es esencial, además llenar los mismos requisitos que para la declaración original volviendo el testigo a repetir punto por punto su declaración primitiva; basta que el testigo después de que le haya sido leída su declaración, diga que ratifica, que está de acuerdodo con ella y que tal diligencia sea firmada por el juez, por el testigo y por el secretario; si el testigo no está, en todo o en parte, de acuerdo con la declaración extrajuicio, deberá manifestarlo y hacerlo constar en la diligencia''. (Sentencia Sala de Negocios Generales, 9 febrero 1949, LXV, 523).

Un reputado expositor de la materia ha dicho: ''El tercer sentido es el de ratificar en pruebas judiciales un testimonio que se había rendido en forma sumaria o en información de nudo hecho, el cual, siendo intrínsecamente válido porque reúne todas las condiciones exigidas por la ley (es testimonio responsivo, exacto y completo; no incoherente, ni vago, ni falto de sentido), sólo le falta llevarlo como prueba en la oportunidad prevista por la ley para que la contraparte lo conozca y pueda infirmarlo si es el caso''. (''De la Prueba en Derecho'', tercera edición, Antonio Rocha, página 136, *Gaceta Judicial* XLV, página 785).

En el presente juicio la ratificación de los testigos se produjo en forma legal, con conocimiento de la contraparte, la cual se abstuvo de contrainterrogarlos.

Lo anotado anteriormente sirve para apreciar cuál fue la situación que se presentó al Tribunal al dictar la sentencia acusada y para llegar a las conclusiones que dedujo de los varios elementos que había de tener en cuenta, obrando dentro de la libertad de juicio que le corresponde al fallador en casos como el que se examina. En primer lugar, el error del sentenciador, ya apuntado, al afirmar que los documentos acompañados a la demanda no habían sido objetados, no significa que aquéllos carezcan en absoluto de valor como prueba. La sentencia impugnada relaciona un conjunto de elementos, un haz probatorio, que es necesario contemplar de idéntico modo a como lo hizo el fallador. Este acude a los testimonios para complementar la prueba de la venta hecha por Leonidas Lara a los demandantes en el juicio, señores Aníbal Vásquez y Alejandro Cabrera. El hecho de la venta, que es fundamental, surge acreditado precisamente de la conexión en que se hallan entre sí las facturas, los despachos telegráficos y los testimonios. Error sería considerar aisladamente cada uno de esos elementos de comprobación; pues si las facturas, en sí mismas estimadas no demuestran, por sí solas el negocio entre la Casa Lara y Vásquez y Cabrera, por no haber sido reconocidas por quienes las expidieron, el testigo Antonio Cortés se pronuncia categóricamente acerca del negocio de compraventa mencionado y afirma que dichas facturas son las mismas que el vendedor extendió a los compradores, en acto presenciado por él; y depone así mismo sobre las circunstancias del caso, entre las cuales se halla el pago de la cantidad de $ 1.663.00, valor total de los artículos comprados. Este testimonio es de mucho valor para acreditar el hecho de la compra a que las facturas se refieren.

El declarante Lino Parra corrobora también, de modo harto expresivo, la celebración del contrato de compraventa, cuando en su calidad de empleado de la Casa Lara en Neiva afirma haber llamado por teléfono a Vásquez para informarle que la Casa Lara en Bogotá le comunicaba que debía girar $ 600.00 más si quería que le despacharan *''las máquinas que había comprado''*.

De otra parte ha de tenerse en cuenta que la Casa Lara no ha afirmado en ningún momento no haber recibido el valor de la venta, o sea la cantidad de $ 1.663.00; al contrario, en un marconigrama enviado desde Bogotá un día después de haber dirigido los señores Vásquez y Cabrera un despacho reclamándoles por la no entrega de la mercancía en Neiva, se responde a los nombrados señores Vásquez y Cabrera que la entrega no se hizo, por motivos de fuerza mayor, y que pueden Cabrera y Vásquez reclamar de la sucursal de la Casa Lara en Neiva la devolución del valor de la compraventa. La vinculación de estos despachos telegráficos con la existencia en el expediente de las facturas relativas a la operación y con lo declarado por un testigo que presenció el negocio en Bogotá y lo dicho por un empleado de la Casa Lara en Neiva, según se ha visto, forman fundamento bastante para sustentar la conclusión a que llegó el fallador de segundo grado, cuando dentro de las atribuciones de calificación que le otorga la ley, encontró comprobada en el juicio la compraventa a que tantas veces se ha hecho referencia entre la Casa de Leonidas Lara e Hijos Limitada y los señores Vásquez y Cabrera, actores en el juicio.

No aparece por tanto acreditado en los autos que la sentencia acusada merezca los reparos que el recurrente demandado le formula, al sostener que aquella decisión violó las disposiciones legales que indica sobre valoración de la prueba testimonial, reconociéndole a ésta un valor que no tiene, y que violó así mismo, por aplicación indebida, los preceptos sustanciales que cita y que regulan la compraventa.

No prosperan, por tanto, las peticiones de la demandada en los puntos examinados, dirigidas a que se case el fallo impugnado por la inexistencia del contrato de venta entre Leonidas Lara e Hijos Limitada y los actores en el presente juicio.

Recurso de casación de la parte demandante

Aníbal Vásquez y Alejandro Cabrera instauraron acción ordinaria contra Leonidas Lara e Hijos Ltda. a fin de obtener la resolución del contrato de compraventa de bienes muebles celebrado el 9 de diciembre de 1958 de conformidad con las facturas 47862, 47863 y 47864, y que en consecuencia se condenara a la demandada a restituir el precio recibido, al pago de los intereses comerciales corrientes de dicha suma, y al de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato, que debían comprender el daño emergente y el lucro cesante. El Tribunal encuentra demostrado el incumplimiento de la parte demandada y justificada la acción resolutoria al tenor de los artículos 1546 y 1882 del Código Civil y 248 del Código de Comercio que prevén la resolución del contrato con indemnización de perjuicios. Refiriéndose a éstos el sentenciador anota que los intereses de la suma de dinero entregada por el comprador como precio de la compraventa cubren tales perjuicios, y reforma la providencia del inferior en el sentido de condenar al demandado a restituir la suma recibida y a pagar los intereses comerciales corrientes de la misma, desde la fecha del contrato hasta cuando el pago se verifique, entendiendo que los perjuicios ocasionados por el incumplimiento se hallan resarcidos por el interés del dinero que se ordena pagar.

El recurrente demandante formula los cargos que en seguida estudia la Corte.

Primer cargo. Causal primera artículo 520 del Código Judicial, en consonancia con el Decreto 528 de 1964, artículo 52.

"Acuso parcialmente el fallo materia de la presente demanda . . . por ser la sentencia en la parte sujeta al recurso, violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea. Señalo como disposiciones violadas las contenidas en los artículos 1546, 1605, 1613, 1614, 1617 y 1882 del Código Civil, y la contenida en el artículo 248 del Código de Comercio".

La responsabilidad civil —expresa la censura— nace de la culpa, que en materia contractual consiste en la violación de la obligación convenida, en la no realización de la prestación propia, que como consecuencia origina el deber de reparar el perjuicio. La prestación primitiva queda sustituida por la obligación que surge de la culpa, siendo necesario para la prosperidad de la acción resolutoria que apareja la indemnización de perjuicios acreditar la existencia de la obligación contraída y su obligación para que surja la de indemnizar. Las obligaciones son distintas: la una nace del contrato, la otra de su violación, o sea de la culpa que en materia contractual se presume.

Tratándose de un contrato de compraventa incumplido por el vendedor —agrega—, no puede ser otra la consecuencia de la sentencia que declarar la resolución y ordenar la restitución de las cosas a su estado anterior, la devolución de la suma recibida, junto con los frutos civiles que la cosa necesariamente debe producir y que vienen a constituir exclusivamente el daño emergente, indemnización inherente a la misma resolución (efecto ex nunc); y el lucro cesante representado y determinado por los perjuicios que el incumplimiento de la obligación, o sea la no realización oportuna de la prestación, hubieren ocasionado al acreedor, (efecto ex tunc), perjuicios que no pueden confundirse en forma alguna con los frutos, sin incurrir en la identificación de dos fenómenos diferentes. El interés de la suma recibida y ordenada devolver consecuencialmente (como los frutos de la cosa entregada en caso de incumplimiento por el comprador) no representa sino el perjuicio moratorio ocasionado, pero nunca puede constituir o representar el compensatorio.

"Es así como resulta violatoria la sentencia del Tribunal de los preceptos sustantivos contenidos en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil y del contenido en el artículo 248 del Código de Comercio, *por infracción directa,* en virtud de haberse dejado de aplicar estos preceptos, únicos reguladores del caso planteado dentro de la acción ordinaria, como también, por igual razón, resultan violados los preceptos contenidos en las normas de los artículos 1546, 1605 y 1882 del Código Civil.

"Igualmente, hay violación de la ley sustantiva por *indebida aplicación* por cuanto se resol-

vió la litis planteada dando aplicación a la disposición contenida en el artículo 1617 del Código Civil, sin que sea esta norma la llamada a regularla, haciéndole producir efectos distintos a los contemplados por la disposición misma".

No puede regularse la responsabilidad civil por culpa contractual, sintetizada en la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de una obligación de dar, mediante los preceptos legales aplicables al incumplimiento de pagar una suma de dinero, con desconocimiento y en consecuencia con quebranto de la ley sustantiva.

La Corte considera:

Refiriéndose al pago de los perjuicios que se reclaman a virtud de incumplimiento del contrato por la parte demandada, la sentencia acusada anota acertadamente cómo el libelo "afirma que por faltar los elementos comprados a la Casa Lara, la estación de servicio a que estaban destinados no podía atender la clientela en debida forma, por lo cual la parte actora sufrió disminución en sus ganancias" y que "se trata, por consiguiente de lucro cesante, por las utilidades que los demandantes dejaron de reportar". Y advierte el fallo que si tal lucro está representado por las utilidades que dejó de reportar el actor en la estación de servicio a causa de la no entrega de las mercancías, no puede entonces demandar los intereses del precio de la compraventa. Es obvio, para la Corte, que si los elementos de maquinaria hubiesen sido recibidos oportunamente por el comprador, éste no hubiera tenido derecho de reclamar, ni la indemnización de perjuicios que se pretende, ni intereses por suma alguna de dinero calculada sobre el valor de la compraventa.

La consideración del fallo no es bastante a destruir en el caso contemplado toda posibilidad de la parte demandante, al cobro de perjuicios, distintos al monto de los intereses, si demuestra que se le causaron.

Contempla el artículo 1546 del Código Civil, alegado en el recurso, "la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios". Es decir que el contrato, por el cumplimiento de la condición resolutoria, da derecho al contratante que cumple a pedir, a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento del contrato "con indemnización de perjuicios".

En el caso *sub júdice* el Tribunal no halló demostrados tales perjuicios. El examen de la actitud del fallador en este punto, frente a los medios probatorios, no es propio del recurso por infracción directa.

De las anteriores consideraciones aparece claro cómo el fallo impugnado no hizo una aplicación indebida de los textos sustanciales que se indican como violados por infracción directa.

No se configura por tanto el cargo de violación directa de norma sustancial.

Segundo cargo. Error de hecho.

Los actores celebraron con la Casa demandada un contrato de compraventa comercial de bienes muebles, y no uno de mutuo o préstamo de dinero, como lo apreció el Tribunal, error que condujo a la indebida aplicación del artículo 1617 del Código Civil y a la falta de aplicación de las normas reguladoras de un contrato de venta, cuya inejecución genera la indemnización de perjuicios, conforme a las disposiciones de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil.

El Tribunal equivocó las consecuencias y los efectos de la resolución propios de la acción, y se limitó a un reconocimiento de frutos sobre la prestación cumplida por el comprador, incurriendo así en error de hecho que trajo como consecuencia la violación indirecta de las normas sustantivas citadas.

Erró igualmente el Tribunal al ignorar la existencia de la inspección ocular que se practicó extrajudicialmente con citación y audiencia de la contraparte, que constituye por lo menos en principio prueba de los perjuicios. De la prueba de inspección ocular, que el Tribunal no tuvo en cuenta, se infiere que el incumplimiento de la obligación de la vendedora causó perjuicios a los compradores.

Como consecuencia del error anotado, dice el demandante recurrente, el Tribunal violó indirectamente en la parte de la sentencia sometida a casación, dando una errónea interpretación, el artículo 1617, dejando de aplicar los artículos 1613 y 1614 del Código Civil y los artículos 593, 597, 730, 731 y 722 del Código Judicial.

"Con fundamento en los cargos formulados, impetro muy respetuosamente de la honorable Corte case parcialmente la sentencia en cuanto negó la condena en los perjuicios compensatorios, y resuelva favorablemente la petición cuarta (4ª) de la demanda confirmando la sentencia de primera instancia".

Se considera:

Se echa menos al examinar este segundo cargo la cita de las indispensables disposiciones de derecho sustancial infringidas; pues tan solo se mencionan como violados los artículos 1617,

1613 y 1614 del Código Civil y los artículos 593, 597, 730, 731 y 722 del Código Judicial.

Los artículos 1613 y 1614 contienen definiciones del daño emergente y el lucro cesante, y el 1617 regula la indemnización de perjuicios por la mora en el pago de una cantidad de dinero.

Pero, estas tres normas no forman por sí sólas una proposición jurídica completa, pues le faltó al recurrente integrar el cargo relacionándolo con los preceptos del Código Civil que consagran la acción resolutoria con su consecuencial indemnización de perjuicios, los que no fueron citados en este capítulo de la censura. Ciertamente, si la acción debatida en el juicio y a la que tenía que referirse el cargo que ahora se ventila, es la de resolución de un contrato de venta con la correspondiente indemnización de perjuicios, para que la acusación que informa este capítulo fuese suficiente, debió el recurrente traer a cuento, señalándola como quebrantada, la normación sustancial básica de esa acción, con lo cual se habría satisfecho la exigencia de la proposición jurídica completa.

Por lo demás, los artículos 593 y 597 del Código Judicial son disposiciones de valoración probatoria; los artículos 730 y 731 se refieren a la prueba de inspección ocular, y el 722 al dictamen pericial. Por lo mismo, en la hipótesis de que hubiera ocurrido la infracción de estas disposiciones de derecho probatorio, ello carecería de trascendencia en orden a la prosperidad del cargo, por faltar, como atrás se ha puesto de presente, la determinación completa del derecho sustancial, tocante con la materia del litigio.

Por tanto, el cargo no prospera.

Resolución

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 3 de diciembre de 1963, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este juicio de Aníbal Vásquez y Alejandro Cabrera contra Leonidas Lara e Hijos Limitada.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el expediente a la oficina de origen.

Enrique López de la Pava, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada, José María Esguerra Samper, Conjuez.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

LA VIOLENCIA GENERALIZADA COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

El examen de la prueba aportada al debate es cuestión de hecho que corresponde apreciar a los jueces de instancia. — Violación directa y violación indirecta de la ley. — Alegación simultánea de error de hecho y de derecho respecto de unos mismos medios de prueba.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, abril 25 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

Contra la sentencia de veintitrés (23) de julio de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, interpuso casación el apoderado de la parte demandante. Agotada la tramitación propia del recurso, pasa la Corte a decidirlo.

I

El litigio.

La señora Joaquina Blásquez viuda de Rodríguez Diago demandó, mediante apoderado, a Antonio Restrepo Barco, mayor y vecino de Bogotá, para que por los trámites de un juicio ordinario se hiciesen las siguientes declaraciones:

"1ª Que es nulo, por fuerza que vicia el consentimiento, el contrato celebrado entre la señora Joaquina Blásquez v. de Rodríguez Diago y el señor Antonio Restrepo Barco que aparece en la Escritura 5414 de 21 de septiembre de 1957 otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, por medio del cual la señora viuda de Rodríguez Diago, forzada por la violencia generalizada que imperaba en el país y en la región, vendió en condiciones especialmente desfavorables para su patrimonio, al señor Restrepo Barco, quien aprovechó tal estado de anormalidad, el inmueble llamado 'El Horizonte' o 'Santa Bárbara', ubicado en jurisdicción del Municipio de La Dorada y alinderado así: 'Por el Occidente, partiendo de la abscisa trescientos ochenta (380) metros del kilómetro dieciséis (16) del Ferrocarril de La Dorada, se sigue por toda esta línea férrea hasta la abscisa setenta y cinco (75) del kilómetro dieciocho (18); de aquí, siguiendo una recta con dirección noventa (90) grados al Oriente, hasta caer al río Magdalena; río Magdalena abajo hasta el punto en donde desemboca en él el caño de la llamada 'Charca de Guarinocito'; siguiendo este caño hacia arriba hasta el punto en donde entra a formar dicha 'Charca'; siguiendo ésta hasta encontrar una línea recta que parte hacia la abscisa trescientos ochenta (380) metros del kilómetro dieciséis (16), punto de partida'. Este bien comprende el cincuenta por ciento del subsuelo y el cincuenta por ciento de los frutos de cualquier naturaleza provenientes del mismo.

"2ª Que, en consecuencia, de la declaración anterior se rescinde el contrato de compraventa que relaciona la Escritura 5414 de 21 de septiembre de 1957 otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, celebrado entre la señora Joaquina Blásquez de Rodríguez Diago y Antonio Restrepo Barco, de que se viene hablando.

"3ª Que el señor Antonio Restrepo Barco está en la obligación de restituir a la señora Joaquina Blásquez de Rodríguez Diago, previas las devoluciones, compensaciones y restituciones legales respectivas, una vez ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, el inmueble denominado 'El Horizonte' o 'Santa Bárbara', ubicado en el Municipio de La Dorada, por los linderos, especificaciones y detalles determinados en el instrumento 5414 de 21 de septiembre de 1957, pasado en la Notaría Cuarta de Bogotá, purgado o libre de todo gravamen.

"4ª Que el demandado señor Restrepo B. está en la obligación de restituir a la señora Blásquez de Rodríguez D., los frutos naturales y civiles

del inmueble materia de esta litis, según las reglas generales sobre prestaciones a cargo de los poseedores de mala fe.

"5ª Que se inscriba la sentencia en los libros respectivos de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de La Dorada, y se ordene la cancelación de las inscripciones relativas a la Escritura 5414 de 21 de septiembre de 1957 de la Notaría Cuarta de Bogotá contentiva del contrato materia de este negocio.

"6ª Que el demandado, señor Restrepo Barco, debe pagar las costas de este juicio".

Para el caso de que no prosperen las declaraciones anteriores, se suplicó en la demanda, subsidiariamente, la resolución del contrato, por el incumplimiento del demandado, y, consecuencialmente, la restitución del inmueble a la demandante con sus frutos, naturales y civiles, según las reglas sobre prestaciones a cargo de los poseedores de mala fe. También se pidió la condenación en costas, el registro de la sentencia y la cancelación de la inscripción de la escritura en que consta el contrato.

La causa petendi puede resumirse así:

Por la Escritura número 5414 de 21 de septiembre de 1957, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, la demandante vendió al demandado el predio a que se refiere el libelo inicial del juicio, por los linderos determinados en el título; en ese tiempo el valor comercial del inmueble era superior a un millón doscientos mil pesos moneda legal ($ 1.200.000.00), dada la calidad de sus tierras, su productividad y situación geográfica; desde el año de 1947 la violencia se apoderó de la región en la cual está situada la finca materia de la compraventa; "la matanza ocurrida en la desembocadura de la quebrada de 'Yeguas' donde existía un caserío, cuyos habitantes en su totalidad fueron sacrificados y arrojados al río Magdalena una noche, es un ejemplo de la vesania con que la violencia funcionaba"; varias fueron las personas sacrificadas en el caserío de 'Guarinocito', a cuyas calles llegan los linderos de la finca de 'Santa Bárbara'; en la propia casa de la hacienda fue asaltado y golpeado el administrador; "en medio de esta tremenda situación una viuda anciana sin atreverse a solicitar el amparo de las fuerzas de policía, pues en la región llevaban el cargo de ser uno de los factores de la violencia, no encontró más camino, para eludir la amenazante situación que ponía en peligro su vida y la de sus subordinados, que vender a menos precio el inmueble de que vengo hablando"; por aquella época el demandado buscaba en compra un lote de terreno, y como no pudo rematar el de "El Aeropuerto", constante de 250 hectáreas, avaluado en $ 470.000.00, que la sociedad "Aeródromo de La Dorada, S. A.", sacó en licitación, por el cual el demandado ofreció $ 550.000.00, éste aprovechó la desesperada situación de la anciana viuda de Rodríguez Diago y le compró el predio de "Horizonte" o "Santa Bárbara" por la suma de $ 600.000.00, en momentos en que ella carecía de libertad jurídica; de la comparación de las dos operaciones, compraventa de "El Aeropuerto" y de "El Horizonte" o "Santa Bárbara", aparece de bulto un aprovechamiento económico injustificado por parte de Restrepo Barco, en detrimento de los intereses de la anciana viuda de Rodríguez Diago, pues el terreno adquirido por el demandado es de mejor calidad, tiene mejores aguas y condiciones superiores al de "El Aeropuerto", que lo hacen más valioso que éste; la demandante, constreñida por la violencia ambiental, por su ancianidad, por su desamparo, y con el fin de evitar los peligros que la rodeaban, vendió el inmueble de que se trata al demandado; éste se aprovechó indebidamente, al comprarlo, del estado de anormalidad imperante por causa de la violencia, y vendió luego doce o trece fanegadas por $ 40.000.00, "de suerte que con el producto de 195 fanegadas cubriría el precio total y sobrarían seiscientas diecinueve (619) fanegadas que al mismo precio arrojan una ganancia de un millón novecientos cuatro mil cuarenta y cuatro pesos, aproximadamente"; el contrato de compraventa de que se viene hablando, fue cumplido por la viuda de Rodríguez Diago, mas no por el comprador demandado, quien tomó sobre sí las obligaciones que se dedujeran del juicio reivindicatorio que sobre una parte del terreno adelantaba la vendedora contra Isabel de Oliveros, tales como pago de mejoras, llegado el caso, honorarios de los abogados y costas judiciales; firmada la escritura de compraventa de "Horizonte" o "Santa Bárbara", la vendedora siguió figurando como demandante en el juicio contra Isabel de Oliveros, pero el comprador continuó impulsándolo ante el Tribunal de Manizales, entidad que lo desató confirmando la sentencia del Juez de La Dorada, adversa a los intereses de la viuda de Rodríguez Diago; Restrepo Barco no agotó la vía judicial en el proceso contra la nombrada Isabel y dejó que se ejecutoriara la sentencia del Tribunal, "lo que arrojó contra mi mandante una carga consistente en el valor de las costas que, liquidadas, ascendieron a la suma de cuatro mil setecientos tres pesos cuarenta centavos"; tales costas debía cubrirlas el comprador Restrepo "conforme a la parte final de la cláusula sexta del instrumento 5414", quien a pesar de esta es-

tipulación se negó a pagar el valor de ellas, habiéndolas cancelado la señora Joaquina Blásquez, quien figuraba como parte vencida en el juicio contra Isabel de Oliveros; "en repetidas ocasiones la señora viuda de Rodríguez ha hecho requerir a Restrepo para que cumpla con la condición que le impuso la cláusula sexta del instrumento 5414 devolviéndole el dinero que tuvo que pagar a la viuda de Oliveros como resultas del juicio cuyo evento había tomado para sí el demandado, pero éste con diversos pretextos se ha negado a cumplir la condición".

El demandado contestó el libelo oponiéndose a que se hiciesen las declaraciones pedidas y manifestando que "compró a la señora Joaquina Blásquez viudad de Rodríguez Diago el predio rural situado en jurisdicción de La Dorada, denominado 'Santa Cecilia', en la actualidad, en condiciones normales y equitativas. La escritura fue suscrita por el doctor Clodomiro Forero Vargas como apoderado especial de la vendedora. La vendedora no ha padecido presión alguna, ni directa, en los términos del artículo 1514 del Código Civil, ni general. Nadie la indujo a vender. Enajenó en forma espontánea. Sus necesidades económicas personales, su deseo de realizar una inversión más fácil de administrar por una mujer de años, la llevaron a ofrecer el predio de años atrás y a distintas personas".

Agrega el demandado que fue él quien hizo la mejor propuesta en cuanto a precio y a la forma de pago, entre los posibles compradores.

En cuanto al incumplimiento invocado en la demanda, dijo que el contrato no había sido violado, porque no existe la obligación tal como se pretende, y que no cabe sostener la infracción de cláusulas contractuales.

El juez de primer grado falló el negocio en la siguiente forma:

"Por lo expuesto, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, D. E., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

"Primero. Decláranse no probadas las acciones intentadas, es decir de la rescisión por vicio en el consentimiento y la subsidiaria de resolución de contrato.

"Segundo. Niéganse, en consecuencia, todas las súplicas de la demanda, o sean las principales y las subsidiarias.

"Tercero. En consecuencia, se absuelve al demandado de los cargos formulados en el libelo de demanda.

"Cuarto. Condénase en las costas del juicio a la parte actora. Ejecutoriada esta sentencia serán tasadas por la Secretaría.

"Quinto. Levántese la inscripción de la demanda. Ejecutoriado el fallo líbrese el oficio correspondiente".

Abierto el segundo grado del juicio por apelación de la parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó el fallo del Juzgado por sentencia de 23 de julio de 1965, contra la cual recurrió en casación el apoderado de la parte actora.

II

Consideraciones del fallo acusado.

Destaca el sentenciador que la acción principalmente ejercida es la rescisoria o de nulidad relativa del contrato fundada en la violencia como determinante del acto, y analiza el problema a la luz de los artículos 1º y 2º de la Ley 201 de 1959, en armonía con el artículo 1513 del Código Civil.

Parte de la base de que el contrato atacado se acreditó plenamente con la aducción de la Escritura pública número 5414 de 21 de septiembre de 1957, de la Notaría Cuarta de Bogotá, "cuya copia debidamente registrada se acompañó con la demanda", en la cual consta la venta que hizo la demandante al demandado, por la suma de $ 600.000.00 moneda corriente, del inmueble "El Horizonte" o "Santa Bárbara", hoy "Santa Cecilia", en jurisdicción de La Dorada; y de que para la época en que la escritura se otorgó, se hallaba turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, porque estaba en plena vigencia el Decreto extraordinario número 3518 de 9 de noviembre de 1949.

Pasa luego a considerar la prueba aportada a los autos para establecer si hubo o no aprovechamiento indebido del estado de anormalidad por parte del comprador demandado al formalizar el contrato, y si éste se acordó en condiciones tan desfavorables para la vendedora que pudiesen hacer presumir que en circunstancias de libertad jurídica ella no lo hubiera celebrado.

Siguiendo este orden de ideas dice el Tribunal:

"Simplemente, pues, ha de verificarse: Si por la época de la celebración del contrato, existía en el lugar de la ubicación del inmueble, un estado

de conmoción o de violencia, susceptibe de coartar la libertad jurídica para la enajenación de tales bienes; y si en la efectuada por la señora de Rodríguez Diago a don Antonio Restrepo Barco, se produjo para éste un aprovechamiento de condiciones tan desfavorables, que permita presumir que, sin la existencia de tales circunstancias, la señora no hubiera efectuado la venta.

"Porque no es posible admitir, como lo sostiene el señor apoderado de la parte demandante en su alegato ante el Tribunal, que 'en esta clase de acciones no es necesario establecer el estado de violencia, si el contrato se efectuó en el tiempo en que regía la turbación de orden público o estado de sitio en la región en donde está ubicado el bien materia del contrato cuya nulidad se solicita, como se expresó en los debates a que dio lugar la expedición de la Ley 201; y esto por dos razones: Porque si así fuera, resultaría no ser el temor o violencia moral prevista por la misma ley sino un hecho extraño a la inclinación de la voluntad, lo que determinaría el vicio del consentimiento, y esto basta enunciarlo para que deba rechazarse; y porque semejante supuesto conduciría a la conclusión de que cualquiera diferencia en el precio comercial de las cosas, inevitable siempre aun dentro del más estricto estado de normalidad, haría rescindible la casi totalidad de las ventas efectuadas durante el estado de turbación del orden público, paralizando así el movimiento comercial del país, y esto también es inaceptable".

Advierte el sentenciador que sobre la violencia en el lugar de la ubicación del inmueble el expediente ofrece dos grupos de declaraciones: las de los testigos aducidos por la parte demandante, "quienes declaran sobre la verdad de la violencia en el tiempo transcurrido del mes de julio de 1951 a la mitad del año de 1956"; y las rendidas a solicitud del demandado, "quienes declaran sobre la tranquilidad que reinó en la zona de 'Guarinocito' desde el año de 1956 en adelante".

Se transcriben en la sentencia los pasos del fallo del Juzgado en donde se analizan las declaraciones referentes al estado de violencia en la región de ubicación del inmueble materia de la demanda, análisis que el Tribunal acoge, y luego éste continúa:

"Resulta, pues, que al decir del primer grupo de testigos que declara sobre la violencia en la región en donde se encuentra ubicado el inmueble, los hechos que la determinaron a partir del mes de julio de 1951, año en que tuvieron lugar los más numerosos y frecuentes asesinatos, continuaron hasta principios o mediados de 1956, en que aparece apaleado el propio mayordomo de la hacienda que la señora viuda de Rodríguez Diago le enajenó a Restrepo Barco a fines de septiembre de 1957, o sea, más de un año después.

"Y conforme a lo depuesto por el segundo grupo, del que hace parte un personaje tan conocido como el Contralmirante Rubén Piedrahíta Arango, aparece que en realidad desde el citado año de 1956, no se han presentado casos de violencia en la zona de 'Guarinocito', donde se encuentra situada la finca materia de la litis.

"Comprobado así, que para la fecha de la venta habían transcurrido no menos de quince meses de absoluta paz y tranquilidad en el lugar de la ubicación del inmueble, y que ese estado de cosas era tan firme y sostenido, que tampoco en el curso de los siete y ocho años subsiguientes se ha roto o alterado aquella situación, podría razonablemente deducirse que en la voluntad decisoria de la señora obró para algo la violencia concluida por lo menos quince meses antes, y victoriosamente resistida durante los cinco años anteriores? No lo considera así la Sala.

"El reconocimiento del temor o del miedo en que se traduce la violencia moral, como factor determinante de la venta y en las circunstancias que se dejan descritas, es decir, cuando a tal influjo pudo resistir la presunta víctima de ella por tan largo lapso, y cuando había transcurrido otro tan apreciable desde la época en que cesó, no podría serlo sino dentro de un estado mental de simples y muy débiles probabilidades, incompatible con el de la certeza sobre el cual debe el juzgador formar su criterio, para alterar o destruir una situación jurídica existente. Por esta primera y fundamental consideración, en las circunstancias anotadas no puede el criterio del sentenciador inclinarse con certeza, pero ni siquiera con las mayores probabilidades, por la tesis de que el consentimiento de la señora para la venta que le hizo a Restrepo Barco, estuvo determinado, o de alguna manera influenciado por un estado de violencia que, por lo menos quince meses antes de solemnizarse el contrato había desaparecido".

Se pone también de manifiesto en el fallo acusado que según los términos del artículo 1º de la Ley 201 de 1959, se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad se haga en la celebración de un acto o contrato que se traduzca en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiera celebrado; y se expresa que si se aceptara que por estar turbado el orden público o en estado de sitio la región en donde está ubicada la

finca materia del contrato cuya nulidad se pide no es necesario acreditar el estado de violencia allí, no podría darse por establecida la existencia de un aprovechamiento tan desfavorable para la vendedora que permitiese presumir razonablemente que en condiciones de libertad jurídica no habría celebrado la venta.

Para llegar a esta conclusión expresa el fallo acusado:

"Haciendo de lado, por falta de idoneidad, el concepto de quienes como testigos deponen sobre el precio del inmueble en el tiempo en que el contrato se celebró, véase lo que resulta del dictamen pericial rendido por los señores Octavio González Robledo, Jesús Yepes y Carlos Julio Ayala.

"Sobre la cabida o superficie de las 665 fanegadas beneficiables que tiene la hacienda, el primero de los mencionados peritos le asignó un precio de $ 864.500.00, o sea a razón de $ 1.300.00 la fanegada (folios 25 y siguientes, cuaderno número 4). El perito Yepes avaluó esta misma superficie a $ 1.000.00 fanegada en la cantidad de $ 650.000.00 (folios 28 y siguientes, ibídem). Y el último, el perito señor Ayala, le asignó un valor de $ 1.000.00 por fanegada, o sea, la misma que le señaló el perito Yepes a las 665 fanegadas utilizables, y que para la totalidad de las 814.5 que forman la hacienda, le dio como resultado la suma de $ 814.511.00 moneda corriente.

" 'Debe hacerse notar, dice el juzgador de primera instancia, que aun cuando aparentemente los dictámenes de los doctores Robledo y Ayala son los que coinciden en cuanto al avalúo total, ya que el primero dio un precio de $ 864.500.00, y el segundo uno de $ 814.511.00, lo que ocurrió fue que el perito doctor Ayala no restó las ciento cuarenta y nueve fanegadas no aprovechables, pero al hacer esta resta que como se anota atrás hicieron tanto el perito de la parte demandante como el de la demandada se aprecia, claramente, que los dictámenes que coincidieron fueron los de los peritos Yepes y Ayala. Para comprobar lo anterior basta leer atentamente los dos trabajos, los cuales coincidieron, inclusive, en cuanto a la apreciación de que aun cuando físicamente los terrenos de 'El Aeropuerto' y de la hacienda 'La Esmeralda' son semejantes, hay otros factores, que ellos detallaron, que hacen que los primeros terrenos tengan un valor superior a los segundos.

" 'Y si la hacienda fue vendida en $ 600.000.00 y su precio era de $ 665.000.00, no se ve el aprovechamiento económico indebido, ya que el margen de $ 65.000.00 no permite concluirlo, ni permite deducir que en condiciones de libertad jurídica el precio hubiera sido otro. En todo negocio hay un margen dentro del cual puede fluctuar el precio de compra y el precio de venta y naturalmente puede haber una ganancia para cualquiera de los dos contratantes, sin que llegue a constituir el aprovechamiento económico indebido de que nos habla la Ley 201 de 1959.

" 'No es preciso elucubrar demasiado para comprender que entre un precio de venta de seiscientos mil pesos y uno real de $ 650.000.00 no haya un precio tan desfavorable que haga presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiera celebrado el negocio, sino apenas un margen de $ 65.000.00 una ganancia perfectamente lícita que mal puede dar lugar a la rescisión del contrato'.

"Además, conviene agregar, median otros dos factores, dentro de los elementos aducidos al juicio, que hacen inaceptable el pretendido 'aprovechamiento' del comprador, para determinar la rescisión de la venta. Es el primero, el determinado por el error en que incurrieron los peritos, al no excluir del justiprecio, el 50% del subsuelo que había sido antes enajenado, y a que expresamente hace referencia la escritura, el que, muy seguramente hubiera rebajado hasta el precio estipulado, o más, el monto de la regulación. Y es el segundo, el del avalúo que para el tiempo del contrato tenía el inmueble en el catastro, por sólo la cantidad de $ 422.000.00 (folio 24, cuaderno número 3), inferior en casi una tercera parte a la de $ 600.000.00 que se acordaron como precio de la venta".

Respecto de la acción subsidiaria para que se declare resuelto el contrato por no haber cumplido el comprador con las obligaciones estipuladas en la cláusula sexta del mismo, transcribe el Tribunal la mencionada cláusula y estima que su sentido y alcance no eran los de crear un derecho para la demandante, sino, simplemente, exonerarla de la obligación de entregar y mantener al comprador en el goce tranquilo de la parte de la finca ocupada por Isabel de Oliveros, por lo cual si Restrepo Barco decidía no arreglar con ésta, era él y no la demandante quien podría perjudicarse.

III

El recurso.

Con apoyo en la causal primera de casación se acusa la sentencia por estos conceptos:

1º Violación directa por falta de aplicación de los artículos 1º y 2º de la Ley 201 de 1959 y de los artículos 1502, 1513, 1514, 1740 y 1741 del Código Civil, y

2º Por errores de hecho y de derecho en la apreciación de varias pruebas aportadas al juicio.

1º Transcribe el recurrente los artículos 1º y 2º de la Ley 201 de 1959; advierte que por Decreto número 3518 de 9 de noviembre de 1949 se decretó turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, estado que se prolongó hasta fecha posterior al negocio que ha dado lugar al presente litigio; y refiere que por medio de la Escritura número 5414 de 21 de septiembre de 1957 de la Notaría Cuarta de Bogotá, la demandante vendió a Antonio Restrepo la finca materia de la demanda, acto al cual "fue impulsada la vendedora por fuerza y violencia que viciaron su consentimiento anulando su libertad jurídica. Del acto resultó un aprovechamiento económico para el comprador. Sin la violencia generalizada y actuante en el paraje del inmueble, la vendedora no hubiera consentido en un acto tan desfavorable que está lejos de haberse producido en circunstancias de libertad jurídica".

Agrega el impugnante que la sentencia "dejó de considerar los hechos objetivos superabundantes que caracterizaron la violencia en la región en que está situado el inmueble materia de la presente litis, y no tuvo en cuenta el estado de nerviosidad, ancianidad y desamparo de la actora que se sumaron para llevarla a consentir en un contrato que no hubiera celebrado en estado de liberta jurídica. Expresa que en el juicio se estableció la violencia real, objetiva, que padecían los habitantes de la región en donde está ubicada la finca de "Horizonte" o "Santa Bárbara", pues en el cuaderno número 2 obran varios testimonios de personas que hablan de los asesinatos en el Corregimiento de Guarinocito, en el caserío y sus alrededores, quedando así demostrada la actualidad de la violencia y el lazo de causalidad entre el temor que ella produjo en la vendedora y el contrato por ésta celebrado.

Y concluye así en esta parte la censura: "Si la sentencia del honorable Tribunal que es materia del presente recurso dejó de lado el cúmulo de testimonios fehacientes que vengo de citar, que prueban la actualidad de la violencia, sí dejó de lado también el aprovechamiento económico que se demostrará posteriormente, y si no tuvo en cuenta las condiciones psíquicas de la actora al dar un consentimiento viciado, incurrió la sentencia en toda la serie de errores de hecho que el olvido de esas pruebas trajo consigo. Y si las consideró pero les dio un valor jurídico equivocado, debe caer la sentencia por los errores de derecho consiguientes".

2º Se glosa el fallo por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas referentes al aprovechamiento económico de la violencia, pruebas que, según la censura, no apreció o no supo apreciar el Tribunal.

Las pruebas no apreciadas o mal apreciadas son las siguientes, para el autor del recurso: El avalúo pericial llevado a cabo dentro de la secuela del juicio; las declaraciones de los testigos que obran a los folios 20 a 67 del cuaderno número 2, en las cuales se afirma que la hectárea de terreno de "El Horizonte" o "Santa Bárbara" valía a más de $ 2.000.00 en la época del contrato, lo que le daría al inmueble un valor aproximado de $ 1.000.000.00; las Escrituras números 44 y 516 de la Notaría de La Dorada, referentes a las operaciones de venta de algunos terrenos vecinos al "Horizonte"; copia del avalúo practicado por el Ministerio de Agricultura de un terreno vecino al de "Santa Bárbara"; copia de la Escritura Nº 124 de 26 de junio de 1962 de la Notaría de La Dorada, por la cual el demandado vendió a la viuda de Oliveros unas fanegadas de tierra de la finca comprada a un precio unitario de más de $ 5.000.00; certificado del Tesorero de La Dorada sobre el avalúo catastral del predio de "Santa Cecilia", apreciado en $ 1.800.000.00, y una comunicación del Gerente de la Sociedad de Algodoneros del Tolima sobre el valor pagado al demandado, en cinco años, por arrendamiento de 300 hectáreas de la finca.

La censura dice que todas estas pruebas confluyen a establecer de una manera evidente el aprovechamiento cuantioso e indebido, obtenido por el demandado Restrepo en la celebración del contrato base de este pleito; que al no tomar en cuenta la sentencia recurrida la prueba pericial practicada, violó el Tribunal los artículos 721 y 722 del Código Judicial, 1757 del Código Civil y 1º de la Ley 201 de 1959; que al no tomar en cuenta las declaraciones de los testigos citados al juicio, dándoles el valor probatorio que tienen, infringió los artículos 697, 699, 702 y 704 del Código Judicial, 1757 del Código Civil y 1º de la Ley 201 de 1959; que al no dar por establecidos los hechos que constan en las Escrituras públicas números 44 y 516 de 1957 de la Notaría de La Dorada, quebrantó los artículos 630 y 632 del Código Judicial, 1757 y 1759 del Código Civil; que al no dar valor probatorio a documentos privados como la comunicación del Gerente de la Sociedad Algodoneros del Tolima, violó los artículos 632 del Código Judicial, 1757 y 1761 del Código Civil, y que al no declarar la sentencia recurrida la resolución del contrato objeto de la demanda, por el incumplimiento del demandado,

según comprobación que aparece en el expediente, infringió el artículo 1546 del Código Civil.

La Corte Considera.

1º Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es requisito indispensable que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, conforme al artículo 1502 del Código Civil, que enumera las condiciones requeridas para que alguien, por propia voluntad, contraiga una obligación válida frente a otro.

Entre los vicios del consentimiento se cuenta la fuerza, cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición, a tenor del artículo 1513 del mismo Código, el cual fue aclarado por el artículo 1º de la Ley 201 de 1959, tendiente a impedir el aprovechamiento económico de la violencia durante el estado de sitio, cuyo texto expresa: "En caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad se haga en la celebración de un acto o contrato que se traduzca en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiere celebrado".

Comentando esta última disposición ha dicho la Corte que "el texto interpretativo de 1959 no ha hecho otra cosa que revelar el contenido doctrinal, científico y profundamente humano, por lo equitativo, en que desde 1873 el Código Civil viene inspirado de las mejores fuentes. Siempre ha sido así desde cuando empezó a regir. Pero la coyuntura de violencia generalizada en algunas regiones del país ha sido conducente a que el legislador, además de dar énfasis al vicio del consentimiento originado en fuerza ajena a la voluntad de los contratantes, venga a encontrar su demostración ante la justicia por la inferencia fundada en desventaja económica tan significativa para alguna de las partes, que haga entender que el negocio no se habría celebrado en circunstancias de libertad jurídica" (Casación de 17 de octubre de 1962, en el juicio ordinario de Antonio Sánchez contra el Presbítero doctor Camilo Trujillo, aún no publicada en la *Gaceta Judicial*).

Un consentimiento determinado por el temor es un consentimiento viciado que, en ciertas circunstancias hace anulable el acto que así surgió a la vida del derecho. La autonomía de la voluntad es base de la contratación y si la persona que contrata es inducida al acto por el temor que le infunden las amenazas de la otra parte o de un tercero, el contrato se celebra no en forma espontánea y libre sino por la presión ejercida sobre la voluntad de la persona, quien se determina a obrar para no sufrir un mal que presiente: el propósito de evitarlo es lo que decide a quien padece el temor a consentir en el acto.

Respecto de la prueba de la violencia moral como vicio del consentimiento y de la violencia generalizada en estado de perturbación del orden público, el problema se reduce a verificar si la víctima vio suprimida o menguada su libertad a consecuencia del temor originado en las amenazas producidas por la situación de violencia, y este examen es cuestión de hecho que a los jueces de instancia corresponde apreciar a través de las pruebas aportadas al debate, para establecer si en cada caso concreto se dan los elementos estructurales que indica la ley para que la fuerza vicie el consentimiento, así sea ella generalizada.

Al Tribunal corresponde, en consecuencia, apreciar si los hechos sometidos a su consideración, presentan las características de la violencia moral, y si por obra de ella, tratándose de la violencia generalizada, hubo un aprovechamiento del estado de anormalidad en la celebración del acto, que se traduzca en condiciones tan desfavorables que haga presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiere celebrado.

El fallador hizo este análisis en el caso en estudio y halló probado que para la fecha del contrato objeto de la demanda, habían transcurrido no menos de quince meses de absoluta paz y tranquilidad en el lugar de la ubicación del inmueble; que ese estado de cosas ha sido firme y se ha prolongado; y que no podría, razonablemente, deducirse, que en la voluntad de la demandante, al celebrar el contrato, influyó la violencia que existió en la región en donde está ubicado el inmueble materia de la compraventa.

Si el recurrente estima que en este análisis el sentenciador incurrió en un error de hecho evidente, o en error de derecho en la apreciación de las pruebas, ha debido atacar por infracción indirecta de la ley, fundando el ataque en uno de esos dos errores, con la técnica que se requiere para cada uno de esos casos, y no por infracción directa, como lo hizo.

Ha dicho la Corte en repetidas ocasiones que la infracción directa lesiona la ley derechamente, sin rodeos, y sin consideración a la prueba de los hechos; que la infracción indirecta ocurre cuando yerra el juez de hecho o de derecho o en la

apreciación de las pruebas; y que estas dos clases de infracción no pueden involucrarse para ser presentadas simultáneamente en un mismo cargo.

2º Según la censura el sentenciador incurrió en "errores de hecho y de derecho" en la apreciación o falta de apreciación de algunas pruebas relacionadas con el aprovechamiento económico por parte del demandado, del estado de violencia, en la celebración del acto materia del litigio; y relaciona los elementos de juicio que dejó de apreciar o que apreció mal el fallo acusado, para citar las disposiciones que en concepto del recurrente fueron quebrantadas.

Esta forma de censura a la sentencia del Tribunal, es inaceptable en casación, porque *no es dable en el recurso extraordinario configurar un cargo por error de hecho y de derecho a la vez en relación con unos mismos elementos de juicio; las pruebas materia de ataque deben ser individualizadas y censurar su apreciación o su falta de estimación por uno u otro error, separadamente, indicando, si de error de derecho se trata, las normas de valoración probatoria quebrantadas.*

No es posible —ha dicho la Corte— que en un mismo cargo la misma prueba sea sometida a un tiempo al doble ataque por error de derecho y error de hecho, porque, en síntesis, "si se trata del primero, la prueba existe en el juicio pero ha sido ilegalmente estimada; si del segundo, la prueba puede existir o no existir, pero el fallo ha negado su presencia o la ha afirmado en contra de la evidencia; además, si de error de derecho, es indispensable señalar el precepto legal sobre pruebas infringido como medio conducente al quebranto de la ley sustancial; si de error de hecho, ello no se requiere, y el agravio se produce con la sola demostración de la existencia o inexistencia de la prueba.

"No hay, pues, por la naturaleza misma de la casación, ese doble error en relación con una misma prueba, y si se alega con el propósito de que el cargo los comprenda ambos en forma disyuntiva, también es contrario a la técnica del recurso, que no admite imprecisión ni vaguedad al respecto, ya que sobre el carril que traza el recurrente se desarrolla de modo ineludible la respuesta del opositor y la tarea de la Corte. Sobre esta materia las casaciones, entre otras, junio 22 de 1953 (LXXV, 2130, 358), 17 de agosto de 1954 (LXXVIII, 2145, 325), julio 17 y 31 de 1959 (XCI, 2214, 25 y 110) y abril 25 de 1960 (XCII 2223, 2224, página 451)". (Casación 31 de agosto de 1960, tomo XCIII, página 164).

El impugnante señala las pruebas que estima mal apreciadas o dejadas de apreciar por el Tribunal, y cita las disposiciones que considera quebrantadas; pero no precisa cuáles de tales pruebas fueron mal estimadas por error de derecho en su valoración, y cuáles acusa por error de hecho; ni muestra en qué consistieron esos errores, pues en esta materia no bastan las alegaciones de carácter general ni vale la crítica global del problema probatorio, ya que es necesario, como lo exige el artículo 52 del Decreto 528 de 1964, que se alegue sobre este punto y se demuestre haberse incurrido por el fallador en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Se hace aquí un cargo conjunto, por errores de hecho y de derecho en el campo probatorio en relación con unos mismos elementos de juicio, lo cual no es admisible en casación.

Lo expuesto es suficiente para rechazar los cargos formulados.

Resolución.

En atención a las consideraciones que preceden, 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 veintitrés (23) de julio de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

RESCISION POR LESION DE ULTRAMITAD

Requisitos que debe llenar la demanda con que se inicia un litigio. — El juez debe efectuar la inspección ocular acompañado siempre de peritos, o testigos actuarios, según el caso. — Opción del vendedor que sufre lesión enorme.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, mayo 9 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

La parte demandada en este juicio interpuso casación contra la sentencia de 17 de mayo de 1965, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.

Agotado el trámite del recurso, pasa la Corte a decidirlo.

— I —

Antecedentes

Ricardo Pava Montenegro vendió a Luis J. Niño, mediante la escritura pública número 237 de 8 de noviembre de 1951, de la Notaría de Guaduas, debidamente registrada, los inmuebles denominados "La Polonia" y "El Convenio", que forman un solo cuerpo, ubicados en jurisdicción de aquel municipio, por la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) moneda corriente, los cuales el vendedor declaró tener recibidos.

Este consideró que en la negociación había sufrido lesión de ultramitad, porque el precio acordado había sido inferior a la mitad del justo precio de lo vendido, y demandó al comprador para la rescisión del contrato.

Son estas las peticiones de la demanda:

"Primera. Que hubo lesión enorme en el contrato de compraventa de los inmuebles denominados 'La Polonia' y 'El Convenio', ubicados en jurisdicción del Municipio de Guaduas, vereda de 'La Cumbre', cuyos linderos se determinan luego, contenido en la escritura pública número 237 de 8 de noviembre de 1951 otorgada ante el Notario de Guaduas, en el cual fue vendedor el señor Ricardo Pava Montenegro y comprador el señor Luis J. Niño, por ser el valor real de tales terrenos superior en más del doble al precio allí estipulado de $ 25.000.00 o sea haber recibido menos de la mitad del justo precio, el demandante vendedor.

"Segunda. Que el demandado debe completar el justo precio que en el juicio se señale, con deducción de una décima parte, o consentir en la rescisión. Siendo entendido que consciente en ésta, si dentro del término de treinta días siguientes al de la ejecutoria del fallo definitivo, no paga o consigna a órdenes del juez de la causa, la suma que se liquide por razón de dicho complemento con la deducción indicada.

"Tercera. Que si el demandado consiente expresa o tácitamente, por el no pago o consignación del complemento del justo precio dentro del término que se le señale, en la rescisión del contrato, se tenga sin valor ni efectos la mencionada escritura pública y su registro en la Oficina de Guaduas, y se tome nota de esto tanto en el protocolo original como en esta última oficina, procediéndose en tal caso a registrar esta sentencia y a dejar vigente el registro anterior a favor del demandante, señor Ricardo Pava Montenegro.

"Cuarta. Que en caso de que se produzca la rescisión, el demandado debe restituir al demandante, dentro de los quince días siguientes, la posesión material de los inmuebles, con todos sus accesorios y frutos, y debiendo pagar el valor de los frutos que haya recibido desde la fecha de esta demanda hasta el día de la restitución, sin derecho a reclamar pago ninguno por mejoras que hubiere colocado en cualquier tiempo.

"Quinta. Que el comprador demandado debe purificar, en caso de rescisión, de toda hipoteca y derechos reales que hubiere constituido, los inmuebles mencionados, dentro del mismo término fijado para la restitución material".

En el libelo se relacionan los siguientes hechos:

"1º Por la mencionada escritura número 237 de fecha 8 de noviembre de 1951, otorgada en la Notaría de Guaduas, Ricardo Pava Montenegro vendió a Luis J. Niño, dos fincas, que hoy forman un solo globo de terreno, denominadas 'La Polonia' y 'El Convenio', situadas en jurisdicción de Guaduas, vereda de 'La Cumbre';

"2º El precio que se estipuló y pagó fue de $ 25.000.00;

"3º La finca tiene unas 120 fanegadas en café y magníficos pastos, unas tres fanegadas de caña, casa de habitación con tejas de zinc, enramada con trapiche y fondo, cercas en buen estado con postes de algarrobo que la dividen en cinco potreros, y sus tierras son de magnífica calidad;

"4º El valor real de la finca es superior a cien mil pesos;

"5º Hubo, pues, lesión enorme;

"6º Mi mandante vendió por graves circunstancias personales, en un momento desesperado, a tan ínfimo precio".

Correspondió la demanda al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, en donde se profirió la sentencia de 5 de marzo de 1960, favorable a las pretensiones de la parte actora.

La decisión del juzgado dice así:

"1º Declárase rescindido por lesión enorme el contrato de venta de que da cuenta la escritura número 237 de fecha 8 de noviembre de 1951, corrida ante la Notaría de Guaduas, por medio de la cual el señor Ricardo Pava Montenegro vendió al coronel Luis J. Niño Niño, por la suma de $ 25.000.00 los inmuebles denominados 'La Polonia' y 'El Convenio', ubicados en la vereda de 'La Cumbre', jurisdicción del Municipio de Guaduas, que forman un solo globo de terreno que linda: ... (aquí sus linderos).

"2º En consecuencia, el demandado, hoy quien sus derechos represente, restituirá al demandante, dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de este fallo, los inmuebles identificados en el punto anterior, junto con todos sus accesorios y el valor de los frutos que ellos han producido o podido producir a partir de la fecha de la contestación de la demanda origen de este juicio hasta el día en que la restitutción se verifique. El demandante a su vez restituirá a quien represente los derechos del demandado el precio del contrato de venta, o sea la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) y los intereses legales de esta cantidad desde el 8 de noviembre de 1951, dentro del mismo término de los sesenta días.

"3º El demandado, hoy quien sus derechos represente, para restituir los inmuebles en referencia previamente los purificará de toda hipoteca o derechos reales que haya constituido sobre ellos.

"4º Cumplidas las anteriores prestaciones, cancélese en la Notaría de Guaduas la escritura número 237 de fecha 8 de noviembre de 1951, así como la inscripción que de este título se hizo en la Oficina de Registro de la misma ciudad; para este efecto se librarán oportunamente las respectivas comunicaciones.

"5º Decrétase la cancelación de la inscripción de la demanda.

"6º Regístrese en el libro correspondiente de la Oficina de Registro de Guaduas esta providencia.

"7º Queda a salvo el derecho que tiene el demandado y comprador para consentir en la rescisión, o, en su caso, completar el precio en la forma y términos contemplados en el artículo 1948 del Código Civil, para lo cual se le concede el término señalado en el numeral segundo.

"8º Condénase a la parte demandada a pagar las costas del juicio. Tásense oportunamente".

El demandado apeló y el Tribunal Superior de Bogotá, al decidir el recurso, confirmó el fallo del juzgado por sentencia de 17 de mayo de 1965, que es objeto del presente recurso de casación.

— II —

Consideraciones del fallo acusado

Estima el Tribunal que la acción ejercida es la rescisoria por lesión enorme, consagrada en el artículo 1946 del Código Civil.

Por cuanto el demandado alegó que la demanda era defectuosa debido a que el actor no relacionó el justo precio de la cosa con la época de la negociación, por lo cual, en su concepto, no podía considerarse incoada la acción rescisoria por lesión enorme, el Tribunal expresa que el requisito legal de enumerar los hechos básicos

en la demanda, para fundar una pretensión, es cuestión de vital importancia, puesto que en torno a ellos gira el debate probatorio y frente a ellos debe construir su defensa el demandado; pero que de la necesidad de enumerar los hechos no puede pasarse al exagerado formulismo que sacrifique el derecho a la forma, con quebranto del artículo 472 del Código Judicial.

Dice, además, que "hay acciones de tal naturaleza que su mismo ejercicio implica necesariamente la afirmación de un hecho básico o fundamental. El ejercicio de la acción de lanzamiento, por ejemplo, supone indiscutiblemente la celebración del contrato de arrendamiento"; y que "el ejercicio de la acción rescisoria por lesión enorme, por parte del vendedor, implica necesariamente la afirmación, por parte del demandante, de que el precio recibido fue inferior a la mitad del justo precio que la cosa tenía. No hay duda ninguna, entonces, que el demandante Pava se funda en tal hecho, desde luego que ejercitó la acción rescisoria".

Al revisar la sentencia del *a quo,* fundada en el dictamen pericial practicado en la primera instancia, que el juez halló debidamente explicado, el Tribunal encuentra que no merece reparos, sino, por el contrario, que se ajusta a la ley, y por ello estimó que debía confirmarse el fallo del juzgado.

Advierte que en el segundo grado se practicó otra inspección ocular, con peritos; pero considera que por haberse fundado la apertura a prueba en la causal 4ª del artículo 1º del Decreto 243 de 1951, "para practicar una inspección ocular", sólo esta prueba "podía ser legalmente pedida y practicada". Agrega que la inspección ocular no fue sino un pretexto para obtener un nuevo avalúo de la finca vendida, y concluye así el Tribunal: "De tal manera se tiene que como el avalúo fuera practicado en esta segunda instancia con notoria violación del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 243 de 1951, no puede ser tenido en cuenta en este fallo".

— III —

La acusación

Con fundamento en la causal primera de casación el recurrente formula tres cargos contra el fallo del Tribunal, que la Corte pasa a estudiar.

Primer cargo. Se hace por violación indirecta de ley sustancial, a causa de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda.

Se ataca el fallo porque el Tribunal vio que en la demanda estaba planteado el hecho vertebral de la lesión enorme, o sea el relativo a que la cosa vendida valía más del doble del precio que se pagó por ella, hecho que, para el recurrente, no ha sido aducido por el actor, pues en la enumeración que se hace en el libelo se habla del precio pagado, que fue de $ 25.000.00, y de que el valor real de la finca es superior a $ 100.000.00. "Los cien mil pesos que expresa el numeral 4º —dice la censura— se refieren a la época en que se presentó la demanda, y así se desprende de la misma redacción del hecho que comento, pues el actor empleó el verbo ser en presente de indicativo: el valor de la finca *es*".

Para el autor del recurso no hay, pues, hecho alguno en que el demandante afirme que al tiempo del contrato la cosa valía más del doble de lo que se pagó por ella, no obstante lo cual el Tribunal vio que el actor sí había planteado ese hecho, por lo cual incurrió en el error anotado, "que aparece de modo manifiesto en los autos, en la apreciación de la demanda".

La censura agrega que no es cierto, como lo afirma el sentenciador, que haya acciones de tal naturaleza que su mismo ejercicio implique necesariamente la afirmación de un hecho básico o fundamental, porque si esto fuese así, no habría necesidad de relacionar los hechos en la demanda, pues bastaría con enunciar la parte petitoria para que los fundamentos de la acción se considerasen afirmados por el actor; que en el caso concreto de este pleito ha de concluirse que el ejercicio de la acción rescisoria no implica, necesariamente, la afirmación en la demanda de que el precio que el inmueble tenía en la fecha del contrato era superior al doble del recibido por el vendedor, en contra de lo afirmado por el Tribunal; que el sentenciador erró al interpretar la demanda, la cual es clara al respecto; y que so pretexto de interpretarla resolvió corregirla "haciéndole decir al actor cosa que él nunca dijo".

Concluye el impugnante que el error manifiesto de hecho en que incurrió el Tribunal, lo llevó a quebrantar los artículos 471, 472 y 593 del Código Judicial, y 1946, 1947 y 1948 del Código Civil.

La Corte considera:

La petición con que se inicia un litigio, llamada demanda, que en los juicios contenciosos es la solicitud para el reconocimiento de un de-

recho que ha sido conculcado por la persona contra quien se dirige, debe sujetarse a determinados requisitos, exigidos por los artículos 205 y 737 del Código Judicial.

Tales requisitos no obedecen a un criterio puramente formalista, lo cual no significaría regresión a los primitivos tiempos del derecho romano, dominado por fórmulas sacramentales. Siendo la demanda el acto por el cual se pide la tutela jurídica del Estado mediante una sentencia favorable a quien la incoa, y siendo un deber del Estado otorgar esa protección conforme a derecho, el contenido de la demanda ha de regularse como lo prevén las disposiciones citadas, para concretar dicho deber en cada caso, frente a las distintas situaciones que pueden presentarse.

Entre los requisitos exigidos por el artículo 205 del Código Judicial, está el de expresar lo que se demanda, indicando con claridad y precisión los hechos y omisiones. Es en lo que consiste la estructura de la demanda, constituida por sus súplicas o petitum, y por los hechos violatorios del derecho invocado o causa petendi.

La indicación de los hechos en la demanda es cuestión fundamental en todo litigio, no sólo porque informan su historia en el desenvolvimiento del proceso, sino también, y esto es lo más importante, porque de ellos emana el derecho que se pretende, por lo cual se dice, generalmente, que la causa de una demanda está constituida por los hechos en que se funda el derecho.

Tales hechos como integrantes de la causa petendi o título de donde se hace provenir el derecho que se invoca, son trascendentales para la decisión del litigio, pues fijan las pretensiones del demandante y delimitan el ámbito de desarrollo del pleito. Dice por eso el artículo 593 del Código de Procedimiento Civil, que toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados de manera plena y completa según la ley. Como los hechos invocados en la demanda dan base a la pretensión del actor, no puede el juez decidir el litigio con fundamento en hechos distintos, aun cuando se demostrasen plenamente en el curso del juicio.

De aquí se concluye que no basta con enunciar la parte petitoria de la demanda para que los fundamentos de la pretensión o causa petendi, se consideren afirmados por el actor. Desde este punto de vista es inaceptable la tesis del fallo de que hay acciones de tal naturaleza cuyo ejercicio implica necesariamente la afirmación de un hecho básico o fundamental.

Pero esta afirmación del sentenciador no lo ha llevado, sin embargo, como lo estima el recurrente, a cometer un error de hecho en la interpretación de la demanda, porque no hay contraevidencia respecto de sus peticiones y de los hechos en que se apoyan. El fallador la tomó en su conjunto y advirtió que la acción propuesta no era otra que la rescisoria por lesión enorme, lo cual así aparece, porque las peticiones se refieren claramente al ejercicio de dicha acción, y se fundan en que el valor de lo vendido era superior en más del doble al precio estipulado.

En contra de lo que afirma el recurrente, sí resulta planteado el hecho vertebral de la acción rescisoria por lesión enorme, relativo a que la cosa vendida valía más del doble de lo que se pagó por ella, pues según afirmación que se hace en la petición primera de la demanda, dicha petición se formula "por ser el valor real de tales terrenos superior en más del doble al precio allí estipulado de $ 25.000.00, o sea haber recibido menos de la mitad del justo precio, el demandante vendedor".

La circunstancia de que en el hecho cuarto del libelo inicial diga el actor que el valor de la finca es superior a $ 100.000.00, empleando una inflexión verbal en presente de indicativo, no significa que la acción ejercida no sea precisamente de rescisión por lesión enorme. El Tribunal vio el libelo tal como obra en autos y no varió los factores esenciales de la demanda, constituidos por las súplicas del actor y los hechos en que la pretensión se apoya.

No existe, pues, el error de hecho a que se refiere el recurrente, porque el sentenciador ni le ha hecho decir a la demanda cosa distinta de lo que expresa, ni ha dejado de percibir lo que ostensiblemente dice. La tomó tal como está en el proceso y analizó la verdadera acción ejercida por el actor.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo. Se formula por error de derecho en la apreciación de los dictámenes periciales que se practicaron en el juicio.

En relación con el de la primera instancia, dice el recurrente que de la lectura de los informes correspondientes se llega a la conclusión "de que los peritos principales Camacho y Martínez no deliberaron juntos, y que el perito tercero tampoco deliberó con el señor Martínez"; y que, pór consiguiente, el dictamen rendido en

la primera instancia adolece de un vicio de forma sustancial, que lo hace ineficaz para fundar en él una resolución judicial.

Según la censura al Tribunal no le interesó que el dictamen fuera defectuoso por falta de deliberación de los peritos y lo tuvo como plena prueba, con quebranto de los artículos 716 y 721 del Código Judicial, que fueron aplicados indebidamente, pues el dictamen al cual le falta alguna de las formalidades prescritas por la ley, no puede ser tenido como prueba.

Se agrega que el error de derecho en que incurrió el Tribunal llevó al sentenciador a quebrantar los artículos 1946 y 1947 del Código Civil, además de las disposiciones antes citadas del Código Judicial.

Respecto del experticio practicado en la segunda instancia como prueba concurrente con la inspección ocular que se pidió y fue decretada, anota el recurso que si en el segundo grado puede concederse término probatorio cuando alguna de las partes solicita la práctica de una inspección ocular, como lo autoriza el artículo 1º del Decreto 243 de 1951, "ha de entenderse que tal diligencia se debe practicar con toda la plenitud de que hablan los artículos 724, 725, 728 y 730 del Código Judicial, porque en donde el legislador no distingue no le es dado al intérprete hacer distinciones"; que si el artículo 724 del Código Judicial dispone que en una inspección ocular el juez puede ir acompañado de peritos o testigos, ha de aceptarse que en la segunda instancia se puede practicar la inspección con asistencia de peritos, pues el Decreto 243 citado no hace distinción ni limita de ninguna manera la práctica de esa diligencia; que si el Tribunal hizo una distinción que no hace el legislador, quebrantó el numeral 4º del artículo 1º del Decreto 243 de 1951, que interpretó erróneamente; y que también quebrantó los artículos 721, 724, 725, 728 y 730 del Código Judicial, por falta de aplicación, además de los artículos 1946 y 1947 del Código Civil, en cuanto el Tribunal decretó la rescisión del contrato de compraventa sin que existiera la prueba de la lesión enorme.

Se considera:

No fue uniforme el dictamen pericial rendido en el primer grado del juicio, pues los peritos Emilio Buriticá R. y Luis Francisco Camacho C. suscribieron un informe conjunto, en tanto que el perito designado por la parte demandada, señor Efraín Martínez Urrea, lo hizo separadamente.

Este dice que no le fue posible dar su concepto "previa deliberación con el otro perito principal, señor Camacho, por cuanto dicho señor no se prestó a ello"; y Buriticá y Camacho expresan: "Dejamos constancia además de que rendimos el presente dictamen nosotros solos por no haber llegado a un acuerdo con el perito de la parte demandada".

De aquí no se deduce que los peritos no hubiesen deliberado juntos, sino que no extendieron su informe en una sola declaración porque no estuvieron de acuerdo, razón por la cual el perito de la parte demandada lo hizo individualmente, y los otros dos en forma conjunta, por haber coincidido en sus apreciaciones.

No aparece, pues, que se hubiera quebrantado la disposición del artículo 716 del Código Judicial, que impone a los peritos el deber de proceder a estudiar las cuestiones o puntos a ellos sometidos, deliberando juntos en tales cuestiones, y autorizándolos para que extiendan el dictamen en una sola declaración, si están de acuerdo, y de no, por separado, expresando en todo caso, con precisión, exactitud y claridad los fundamentos de su concepto y de las conclusiones a que lleguen.

El dictamen así rendido no adolece, pues, de la deficiencia que le imputa el recurrente y podía ser apreciado por el Tribunal, como en efecto lo fue, al tomarlo como fundamento de su decisión.

En cuanto al experticio practicado en la segunda instancia, es de anotar:

Con base en lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 1º del Decreto 243 de 1951, la parte demandada pidió una inspección ocular, con peritos, "a fin de establecer el valor del inmueble en 1951 teniendo en cuenta su extensión, la clase de cultivos y pastos propios de ella, su capacidad para pastajes y el valor del café en dicha época".

Por auto de 30 de mayo de 1960 el Tribunal decretó la práctica de la inspección ocular solicitada, "con la intervención de peritos", por haber sido pedida en tiempo (folio 1 vuelto, cuaderno número 11), y comisionó al Juez del Circuito de Guaduas para llevar a cabo la diligencia. El apoderado de la contraparte reclamó de ese auto, estimando que un nuevo avalúo no era conducente y que la inspección debía realizarse sin peritos; pero el Tribunal mantuvo su decisión, según providencia de 21 de marzo de 1961.

Practicada la diligencia, uno de los peritos principales y el tercero rindieron un solo infor-

me, en tanto que el perito de la parte actora lo rindió separadamente.

El Tribunal no tomó en cuenta el experticio del segundo grado porque estimó que el artículo 1º del Decreto 243 de 1951 no autoriza dicha prueba, pues el numeral 4º del artículo citado "sólo se refiere a la práctica de una inspección ocular", por lo cual "sólo esta prueba podría ser legalmente pedida y practicada".

El artículo 1º del Decreto 243 citado, contempla los casos en que, a petición de parte, es posible conceder término probatorio en la apelación de sentencias dictadas en juicios ordinarios. Ocurre uno de tales casos cuando alguno de los interesados solicita la práctica de una inspección ocular.

La inspección ocular tiene por objeto, como lo dice el artículo 724 del Código Judicial, el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el juez, acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate. Es, pues, una prueba tendiente a que el juez, personalmente, se cerciore de las cosas o hechos litigiosos, de sus modalidades y circunstancias, para juzgar con más acierto, de todo lo cual da testimonio él mismo por percepción directa.

La ley no autoriza la inspección solitaria del juez. Por lo dispuesto en el artículo 724 citado del Código Judicial, el funcionario que practica una inspección ocular debe estar acompañado de peritos o testigos: de peritos cuando la naturaleza más o menos técnica de las cosas o hechos objeto de la diligencia, exija la intervención de expertos en la materia; y de testigos, simplemente, cuando el reconocimiento no exija conocimientos especiales de determinada ciencia o arte. En esta última hipótesis la presencia de los testigos tiende a dar fe acerca de las actividades y observaciones del juez, para garantizar su imparcialidad en la apreciación de los hechos.

De la diligencia ha de extenderse la correspondiente acta, en la cual han de anotarse cuidadosamente las cosas y hechos examinados, y las observaciones conducentes del juez, los peritos o testigos y las partes que hayan concurrido, acta que debe ser firmada por todos los que han intervenido y que hace plena fe respecto de los hechos y circunstancias directamente observados por el juez. En cuanto a los puntos materia del dictamen pericial, cuando la inspección está acompañada de la prueba concurrente de peritos, la fuerza probatoria del experticio se aprecia conforme a las reglas dadas en el Capítulo VIII del Título XVII del Libro 2º del Código de Procedimiento Civil.

Aunque el numeral 4º del artículo 1º del Decreto 243 de 1951, al autorizar en la segunda instancia, en juicios ordinarios, la práctica de una inspección ocular, no dice cómo ha de realizarse, natural es que debe llevarse a término en la forma en que la ley misma la prevé, es decir, con peritos o testigos, no de manera solitaria por el juez. Y al practicarse regularmente, por haber sido pedida y decretada en oportunidad, la prueba debe ser considerada en el fallo.

Sobre el particular en sentencia de 10 de noviembre de 1966, recaída en el juicio ordinario promovido por "Parcelaciones Tunjuelito S. A." contra Atilia Basabe Bravo, no publicada aún en la *Gaceta Judicial*, dijo la Corte:

"El citado ordinal 4º del artículo 1º del Decreto 243 de 1951 permite en efecto la práctica de una inspección ocular en segunda instancia. La disposición se limita a hablar de inspección ocular y no expresa si tal reconocimiento puede hacerlo el juez solo o si debe realizarlo en compañía de peritos o de testigos.

"El artículo 724 del Código Judicial, prescribe que 'la inspección ocular tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el juez, acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate'. En la inspección ocular deben intervenir peritos cuando se trata de examinar hechos o cosas que, para ser reconocidos, requieren conocimientos o prácticas especiales, como lo expresa el artículo 705 ibídem. Cuando simplemente se trata de hechos o cosas que pueden ser reconocidos y apreciados por los solos sentidos, basta la presencia de testigos actuarios. Del texto del artículo 724, citado, se colige que el juez no puede por sí solo practicar una inspección ocular, o mejor aún, que el juez deberá estar siempre acompañado de peritos o de testigos en la práctica de toda inspección ocular. Considerando esta exigencia de tal medio probatorio, ha expresado la Corte que la inspección ocular realizada por el juez sólo, esto es, sin la asistencia de testigos o peritos, carece de valor demostrativo. Así puede verse en casaciones de febrero 7 de 1947 (LXI - 2042, 727) y de octubre 27 de 1954 (LXXVII - 2147, 963). De suerte que, cuando quiera que la ley hable de inspección ocular, ha de entenderse siempre y de modo necesario que tal inspección no puede ser practicada por el juez solo, sino con el acompañamiento de peritos o de testigos, según el caso, esto es, según la cuestión, cosa o hecho que es ob-

jeto del reconocimiento. De lo cual se infiere que, al hablar el ordinal 4º del artículo 1º del Decreto 243 de 1951 de inspección ocular y al autorizar su práctica en la segunda instancia de los fallos dictados en juicios ordinarios, es forzoso entender que esa inspección debe efectuarse en todo caso con asistencia de peritos o de testigos, de acuerdo con lo solicitado por la parte interesada en la producción de tal prueba. El precepto, como queda dicho, no dispone que la inspección ocular se practique por el juez sólo y en consecuencia se hace necesario acudir a la enunciada regla general y concluir que esta inspección también debe ser realizada con intervención de peritos o de testigos. Así producida, se atiende a los preceptos citados, armónicamente entendidos, y de consiguiente tanto la inspección como el dictamen pericial pueden y deben ser valorados por el sentenciador".

En consecuencia, si la inspección ocular practicada en la segunda instancia de este juicio, con asistencia de peritos, quedó incorporada legalmente al proceso, porque la prueba se pidió y se decretó oportunamente, de conformidad con los artículos 1º del Decreto 243 de 1951 y 597 del Código Judicial, erró el Tribunal al considerar que no podía tomar en cuenta el dictamen pericial así producido.

Sin embargo, de lo cual el hecho de no haberlo tomado en consideración no incide en lo resolutivo del fallo acusado, porque éste se funda en el dictamen practicado en la primera instancia, el cual ha sido atacado solamente debido a que, según la censura, los peritos no deliberaron juntos, como lo ordena el artículo 716 del Código Judicial, y el cargo no prosperó; no lo fue en cuanto el juzgador estimó que tal dictamen demostraba la lesión enorme sufrida por el vendedor, según sus fundamentos y la conclusión a que llegaron los expertos. Tal dictamen fue objetado por error y en el término probatorio del incidente respectivo, se practicó un nuevo experticio que vino a corroborarlo, por lo cual la objeción misma se declaró infundada.

Se deduce de lo expuesto que el cargo no prospera, pero se corrige la equivocada doctrina del Tribunal.

Tercer cargo. Se acusa la sentencia como violatoria de ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 1946, 1948 y 1951 del Código Civil.

En desarrollo de este cargo anota la censura que las peticiones del actor se refieren: a que se declare que hubo lesión enorme en el contrato de compraventa materia de la demanda; a que el demandado debe completar el justo precio con deducción de una décima parte, o consentir en la rescisión si dentro del plazo que se le señalare no lo completa; a que si el demandado consiente en la rescisión, se tenga sin valor ni efecto la escritura de compraventa y su registro; a que el demandado debe restituir la finca objeto del contrato y pagar los frutos; y a que debe purificarla de toda hipoteca o derecho real que hubiere constituido sobre ella.

"Es decir, dice el recurso, pide el actor que se obligue a mi mandante a completar el precio, y que si no lo hace se decrete la rescisión del contrato por lesión enorme. La petición así concebida es injurídica, pues contiene dos extremos que se excluyen, y, en consecuencia, ha debido absolverse a mi mandante de todas las peticiones. En efecto: cuando se pide que el demandado debe completar el precio, se está fundando el actor en el presupuesto de que el contrato de compraventa es válido, y cuando se pide la rescisión del expresado contrato, se está fundando el actor en el presupuesto de que el contrato es inválido. Como una cosa no puede ser válida e inválida al mismo tiempo, las dos peticiones se excluyen mutuamente y deben desecharse por el sentenciador".

Concluye el recurrente que se está en presencia de dos acciones cuyo ejercicio simultáneo no es permitido por la ley y que al darles cabida, se quebrantaron las normas sustanciales por él citadas.

La Corte considera:

El impugnante estima que el actor acumuló indebidamente dos acciones incompatibles en la demanda, porque pide el complemento del precio y que si no lo completare, se decrete la rescisión del contrato por lesión enorme.

Esta apreciación es equivocada, pues la acción ejercida es la de rescisión por lesión de ultramitad, consagrada en el artículo 1946 del Código Civil. Lo que ocurre es que en el ejercicio de tal acción la ley autoriza, en caso de que el vendedor la haya sufrido y que la rescisión se pronuncie en contra del comprador, que éste, a su arbitrio, opte por una de dos cosas, a saber: o por completar el justo precio con deducción de una décima parte, o por consentir en la rescisión (artículo 1948 del Código Civil).

El demandante no ha hecho cosa distinta de acomodar sus peticiones a los ordenamientos legales de la lesión y por eso ha solicitado o el complemento del precio, con deducción de una décima parte, o que si el demandado consiente

en la rescisión, se tenga sin valor y efecto la escritura de compraventa y su registro, y se restituya la finca objeto del contrato con sus frutos, purificada de toda hipoteca o derecho real constituido sobre ella. Ha formulado una petición alternativa como lo permite la ley, conforme al derecho optativo que ésta le reconoce al comprador, cuando en su contra se pronuncia la rescisión por lesión.

No hay, pues, un ejercicio acumulado y simultáneo de dos acciones contrapuestas, como lo cree el recurrente, por lo cual la acusación en este punto no prospera.

No habrá lugar a condenación en costas en atención a la rectificación de doctrina.

Resolución

En atención a las consideraciones expuestas, 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 juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha diecisiete (17) de mayo de mil novecientos sesenta y cinco (1965).

Sin costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

CUANTIA DEL INTERES PARA RECURRIR EN CASACION

El avalúo a que alude el artículo 51 del Decreto 528 de 1964, no está exento de las tachas de objeciones de que tratan los artículos 719 y 720 del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, mayo 11 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Arturo C. Posada.*

El Tribunal Superior de Andes en sentencia de cinco de agosto último, en el juicio de reivindicación seguido por Roberto Londoño R. contra Carlos Velásquez J. revocó el fallo de primera instancia proferido por el Juez Civil de Salgar, y, en su lugar,

Resuelve:

a) Declara que pertenece en dominio pleno a Roberto Londoño Restrepo la finca rural denominada La Mascota, ubicada en aquel municipio y comprendida por los linderos detallados en los hechos 1º y 2º de la demanda, con exclusión de la parte perteneciente a Librado Garzón, delimitada en la escritura 63 de 29 de enero de 1952 de la Notaría de Salgar.

b) Condenó a Velásquez Jaramillo a restituir a Londoño R. seis días después de ejecutoriada la sentencia la finca La Mascota con todas las mejoras y anexidades.

c) Condenó al mismo Velásquez Jaramillo a la restitución de los frutos naturales y civiles percibidos y los que el dueño hubiera podido percibir desde la contestación de la demanda hasta cuando se efectúe la entrega del inmueble.

d) Condenó a Roberto Londoño Restrepo a pagarle al demandado el valor de las mejoras útiles que éste haya realizado en el inmueble antes de la contestación de la demanda.

El demandado Carlos Velásquez interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia.

El Tribunal, encontrando dudoso el interés para recurrir en casación, ordenó que se practicara el avalúo de dichos intereses de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 51 del Decreto 528 de 1964.

El perito sorteado avaluó el inmueble objeto de la reivindicación en la suma de $ 80.500.00.

Puesto en conocimiento de las partes el avalúo pericial, el representante del demandado lo objetó por error grave.

El Tribunal en auto de veintisiete de octubre próximo pasado resolvió:

No dar curso al incidente de objeciones del dictamen pericial "por no ser aplicable en este caso el artículo 720 del Código de Procedimiento Civil".

No conceder el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada el cinco de agosto último.

El fundamento de esta decisión lo coloca el Tribunal en que el artículo 51 del Decreto 528 de 1964, al disponer que una vez producido el dictamen pericial, el Tribunal resolverá sobre la concesión del recurso, dejó a esta entidad la apreciación discrecional del avalúo sin intervención de las partes.

Pedida reposición del auto anterior, el Tribunal negó el recurso insistiendo en sus puntos de vista en los siguientes términos: "La interpretación que ha dado la Sala del artículo 51 del Decreto 528 de 1964, se ciñe estrictamente a su letra y al espíritu que inspira no sólo esa norma, sino a las demás sobre reforma judicial derogatorios del viejo sistema que regía en consonancia con el Código de Procedimiento Civil".

También hace consideraciones sobre la cuantía del interés para interponer el recurso, cues-

tión que no es del caso estudiar ahora, porque el punto por resolver es si el avalúo practicado de conformidad con el citado artículo 51 por el perito sorteado entre los diez que figuran en la lista enviada por la Corte, debe ponerse en conocimiento de las partes para que éstas puedan pedir que se explique, amplíe o aclare o para que lo objeten.

La Corte, en auto de dieciséis de junio de mil novecientos sesenta y seis, dijo:

"... El artículo 524 del Código Judicial preceptuaba que, cuando era necesario tener en consideración la cuantía de la demanda, y había verdadero motivo de duda sobre este punto, el Tribunal, antes de conceder el recurso, disponía se estimara aquella por peritos designados por el mismo.

"El artículo 51 del Decreto 528 de 1964, modificó el anterior en cuanto autorizó al Tribunal para ordenar, también en caso de duda, el avalúo del interés para recurrir en casación por un perito sorteado de la lista enviada anualmente por la Corte Suprema de Justicia. El perito debe rendir dentro del término fijado por el Tribunal su dictamen y "producido éste, concluye el precepto, el Tribunal resolverá dentro de los cinco días siguientes".

"El reformado artículo 524 fue aplicado siempre en el sentido de que el dictamen rendido por los peritos nombrados por el juez no podía tener el valor de prueba sino en cuanto se hubieran agotado las oportunidades que los artículos 719 y 720 del Código Judicial dan a las partes para pedir ampliación, aclaración, complemento de él, o para objetarlo.

"La circunstancia de que, en los términos de la reforma, el avalúo del interés se haga por un solo perito, no descuenta las tachas de oscuridad, deficiencia, error y demás de que puede adolecer el dictamen en detrimento de los intereses de los litigantes.

"Que el artículo 51 diga que, una vez rendido el avalúo, el Tribunal resuelve dentro de los cinco días siguientes, no puede entenderse sino con el alcance que dicha prueba no se considera rendida sino una vez vencido el traslado de tres días que ordena el artículo 719 del Código Judicial, sin que las partes o el juez hayan dispuesto cosa alguna en relación con él, o, en caso contrario, luego que el perito lo haya explicado, ampliado, aclarado o complementado, o cuando se hayan resuelto las objeciones formuladas".

Si el avalúo practicado por un solo perito en las condiciones del artículo 51 del Decreto 528 de 1964 no está exento de las tachas de objeciones de que tratan los artículos 719 y 720 del Código Judicial, se perjudicaría a la parte a quien causen agravio las deficiencias o vicios del avalúo no dándosele la oportunidad de hacer valer los medios que las mismas normas le suministran para suplirlos y corregirlos.

Si la ley hubiera querido prescindir de los medios que estas normas conceden a los litigantes para que la prueba pericial tenga todas las garantías de acierto y rectitud en su producción, lo habría dicho claramente, como medida excepcional al principio general que gobierna la producción de este medio probatorio. Pero inferir la excepción solamente de los términos "y producido este el Tribunal resolverá dentro de los cinco días siguientes", es darle a la norma el alcance de establecer un caso excepcional que sólo podría consagrar de modo expreso.

Siendo de aplicación lo preceptuado por los artículos 719 y 720 citados; habiéndose dado traslado del avalúo rendido por el perito, y estando el dictamen objetado de error por la parte demandada, lo indicado era tramitar el incidente, y una vez resuelto, decidir sobre la concesión o negativa del recurso.

Por lo mismo, debe declararse que ha sido mal denegado el recurso de casación y ordenar al Tribunal que tramite el incidente de objeciones formuladas por el demandado al avalúo del interés para recurrir en casación contra la sentencia de segunda instancia, y una vez fallada la articulación, resolver sobre la admisión o denegación del recurso extraordinario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decide sobre el recurso de hecho así:

Primero. Declárase mal denegado por el Tribuenal el recurso de casación propuesto por el demandado Carlos Velásquez J. contra la sentencia de segunda instancia de cinco (5) de agosto de mil novecientos sesenta y seis (1966) en el juicio ordinario adelantado contra el recurrente por Roberto Londoño R.

Segundo. Procédase por el Tribunal a tramitar el incidente a que da lugar la objeción de error grave al dictamen pericial formulada por el mismo recurrente, y, una vez decidida la articulación correspondiente, resolver lo que así corresponda sobre la concesión del recurso extraordinario.

Tercero. Póngase en conocimiento del Tribunal esta providencia por medio de despacho en el cual se transcribirá íntegramente el texto de la misma.

Archívense las diligencias.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

HEREDERO

Esta calidad puede probarse en juicio también con la copia del reconocimiento hecho en el de sucesión. Dos testimonios no forman el conjunto de que habla la ley para demostrar la posesión notoria de un estado civil.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, mayo 12 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

Contra la sentencia de 30 de septiembre de 1965, proferida en el presente juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, interpuso casación la parte demandante. Admitido el recurso y agotado el trámite legal correspondiente, la Corte pasa a decidirlo.

— I —

Antecedentes

Mediante la escritura pública número 169 de 1º de octubre de 1962, de la Notaría de Toca, registrada el 26 de los mismos en el Libro número 1, folio 395, partida número 2707, Segundo Pánfilo Díaz Caicedo dijo vender, por linderos especiales, determinados en el título, a María Sabina Patarroyo de Cely, varios lotes de terreno que forman un solo fundo llamado "La Laguna", en la vereda de "Hacienda"; y una casa-lote en jurisdicción de Tuta, todo por la suma de veintidós mil pesos ($ 22.000.00) moneda corriente, que el vendedor declaró tener recibida.

Segundo Pánfilo murió el 27 de julio de 1963 (folio 12, cuaderno número 1) y poco después Benjamín Díaz Caicedo, diciéndose hermano legítimo del causante, y Campo Elías, Flaminio y Ramón María Díaz Cely, quienes actúan en representación de su padre José Ramón Díaz, de quien dicen es hermano legítimo de Segundo Pánfilo, demandaron a María Sabina Patarroyo de Cely para que se declarase la resolución del contrato de compraventa de que se habló antes.

Subsidiariamente solicitaron la rescisión del mismo por lesión enorme.

Además pidieron que en uno o en otro caso se condenase a la parte demandada a pagar la suma de $ 20.000.00 moneda corriente "a título de indemnización".

Entre los hechos invocados como causa petendi se destacan los siguientes: que la compradora no pagó el precio, aunque de lo contrario se dejó constancia "en vía de formulismo"; que para la fecha del contrato los inmuebles valían "una suma superior a tres veces el precio que en forma simbólica se estipuló"; que la compradora jamás tuvo patrimonio para atender al pago de lo que aparece comprando; y que en forma maliciosa se hizo a los bienes del vendedor sin que por ellos hubiera pagado precio alguno.

La demandada se opuso a que se hiciesen las declaraciones solicitadas por la parte actora y expresó que desde 1953 convino con Segundo Pánfilo Díaz el contrato de compraventa de los inmuebles materia de este juicio; que desde entonces los recibió y los fue pagando por contados periódicos, "reservándose el vendedor el derecho de otorgar la escritura a la compradora hasta la fecha en que ésta le hubiera cancelado el total del precio de la venta".

El primer grado del juicio concluyó con sentencia de 24 de noviembre de 1964, mediante la cual el juzgado del conocimiento negó la declaración de resolución del contrato, pero accedió a decretar la rescisión del mismo por lesión enorme.

La parte demandada apeló y el Tribunal Superior de Tunja, al decidir el recurso, resolvió lo siguiente:

"Por lo que se deja expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia de fecha veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja y en su lugar ABSUELVE a la demandada de los cargos y peticiones de la demanda, por carencia de acción de la parte demandante.

"Costas de ambas instancias a cargo de los demandantes.

"Cancélese el registro de la demanda y comuníquese al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Tunja".

Este es el fallo materia del presente recurso de casación.

— II —

Consideraciones de la sentencia impugnada

Analiza el fallo la prueba aducida por los demandantes para acreditar la calidad de herederos de Segundo Pánfilo Díaz.

Advierte que Benjamín Díaz Caicedo demanda como hermano legítimo del causante y que Campo Elías, Flaminio y Ramón María Díaz Cely, lo hacen como hijos de José Ramón Díaz, de quien se afirma que también es hermano legítimo del *de cujus*.

Observa que estos últimos, quienes demandan por derecho de representación de su padre, no adujeron la prueba de la defunción de éste.

Pone también de presente el fallo acusado que el matrimonio de Miguel Díaz y Primitiva Caicedo, padres legítimos de Segundo Pánfilo Díaz, no se ameritó en debida forma, para acreditar la hermandad legítima de aquél con Benjamín y José Ramón Díaz Caicedo. Sobre el particular expresa la sentencia del Tribunal:

"Se recibieron extrajuicio y posteriormente fueron objeto de ratificación las declaraciones de Eulogio Alba y José del Carmen Ochoa, con las cuales se quiso probar la posesión notoria del matrimonio de dichas personas, a falta de la partida, pero sin que se hubiera dado cabal cumplimiento al artículo 399 del Código Civil.

"El artículo 19 de la Ley 92 de 1938 que sustituyó al artículo 395 del Código Civil, indica el ordenamiento en que debe probarse el estado civil y los medios en ausencia de las actas civiles y en último término dice la norma: '... y, en defecto de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado civil'.

"Y el artículo 399 citado dispone expresamente: 'La posesión notoria del estado civil *se probará por un conjunto de testimonios* fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable; particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida, o la pérdida o extravío del libro o registro en que debiera encontrarse' ".

Cita una jurisprudencia de la Corte y un comentario de don Fernando Vélez en relación con el artículo 399 del Código Civil, y continúa el sentenciador:

"Requiriéndose, según las voces de la norma citada, 'un conjunto de testimonios' para la demostración de hechos públicos o de notoriedad, no se puede, por lo tanto, aceptar como probado, con sólo dos testimonios, la posesión notoria del matrimonio de Miguel Díaz y Primitiva Caicedo.

"La base de donde se parte el vínculo de parentesco tanto para el primero como para el segundo grupo de demandantes, no tiene la firmeza que la ley requiere para demostrarlo y demerita la calidad de herederos de Segundo Pánfilo Díaz, por no haber probado en la forma y términos exigidos por la norma transcrita y comentada.

"Falta, por eso mismo, el requisito de legitimación en causa, que es necesario para poder acoger las súplicas de la demanda".

Y considerando que la legitimación en causa no es un presupuesto procesal sino elemento de la acción, dice el Tribunal que el fallo debe ser decisorio y no simplemente inhibitorio.

— III —

La acusación

Con fundamento en la causal primera de casación a que se refiere el artículo 52 del Decreto-ley número 528 de 1964, se acusa el fallo del Tribunal por error de derecho en la apreciación de los testimonios de Eulogio Alba y José del Carmen Ochoa, aducidos para demostrar la posesión notoria del estado civil de casados de Miguel Díaz y Primitiva Caicedo.

Destaca el recurrente que el Tribunal no examinó el contenido de los testimonios en referencia, "sino que teniendo en cuenta únicamente el número de ellos desestimó la prueba por cuanto en su concepto dos testimonios no constituyen el conjunto que para probar la posesión notoria de estado de matrimonio exige el artículo 399 del Código Civil, pues en sentir del Tribunal ese conjunto debe estar integrado por un número mayor de dos".

Para el autor del recurso esta tesis es "manifiestamente equivocada en derecho", por estas razones:

"Porque ningún precepto legal ha establecido el significado de la palabra *conjunto* para la materia de que se trata ni para otra alguna.

"Porque así las cosas, y de conformidad con el precepto del artículo 28 del Código Civil, este vocablo debe entenderse en su sentido natural y obvio según el uso general.

"Porque el sentido natural y obvio de la palabra *conjunto*, según su uso general, es el de la unión de dos o más personas o cosas para determinados fines.

"Porque ese es también el significado gramatical y etimológico de la palabra *conjunto*, que según el diccionario de la Academia, viene del vocablo latino *conjunctus*, del verbo *conjungere*, que significa unir, juntar, y que entre otros significados tiene el de 'agregado de varias cosas'.

"Porque ese *agregado* puede muy bien ser de *dos* cosas, aquí de *dos* testimonios, pues para que él se produzca no se requiere sino que haya cosas en *número plural* que pueden juntarse para determinados fines. Y dos testimonios, como que son en número plural, son susceptibles a unirse o juntarse para producir determinados efectos".

La censura agrega que la doctrina de la Corte citada por el sentenciador, no define que el conjunto de testimonios ha de ser en número mayor de dos; que el concepto de don Fernando Vélez no tiene fundamento aceptable; que cuando la ley exige como plena prueba para determinadas materias más de dos testigos, lo dice expresamente, como ocurre con la prueba de los usos o costumbres, que ha de acreditarse en la forma indicada en el artículo 700 del Código Judicial; que el concepto del Tribunal sobre la necesidad de que el conjunto de testimonios de que habla el artículo 399 del Código Civil, se halle integrado por más de dos, es caprichoso y está desprovisto de todo fundamento legal; que tan equivocado concepto llevó al sentenciador a desobedecer el mandato del artículo 697 del Código Judicial; que si el Tribunal hubiera tenido en cuenta el contenido de los testimonios acusados, habría hallado plenamente acreditados los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de casados de Miguel Díaz y Primitiva Caicedo; que la prueba rechazada por el fallador, por la única razón de no estar integrado el conjunto de testimonios por un número mayor de dos, es intrínsecamente eficaz para establecer el matrimonio de los nombrados Miguel y Primitiva; y que por ese error del Tribunal se incurrió en la infracción indirecta de los artículos 1946 y 1947 del Código Civil, relativos a la acción rescisoria por lesión enorme, que el Tribunal no aplicó, no obstante hallarse plenamente acreditados en el juicio los presupuestos de hecho de tal acción.

La Corte considera:

Los demandantes Benjamín Díaz Caicedo y Campo Elías, Flaminio y Ramón María Díaz Cely, se presentan como herederos de Segundo Pánfilo Díaz Caicedo: el primero como hermano legítimo del causante y los demás como sobrinos legítimos, en representación de su padre José Ramón Díaz Caicedo, de quien también se dice es hermano legítimo de Pánfilo.

Quien demanda como heredero de otro, debe acreditar esa calidad en legal forma, bien con la adución de las pruebas principales del estado civil, bien con la prueba supletoria de ese estado.

También ha aceptado la jurisprudencia como prueba de la calidad de heredero, la copia de la respectiva decisión judicial en que se hace el reconocimiento.

Desde la vigencia de la Ley 92 de 1938, sólo tienen el carácter de pruebas principales del estado civil, respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones que se verifiquen con posterioridad a ella, las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil expedidas por los funcionarios encargados de llevarlo, de conformidad con dicha ley.

Pero la falta de los respectivos documentos podrá suplirse, en caso necesario, por otros documentos auténticos, o por las actas de origen eclesiástico extendidas por los correspondientes párrocos respecto de nacimientos, matrimonios y defunciones de personas bautizadas, casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y, en defecto de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado civil. Así lo dispone el artículo 19 de la Ley 92 citada, que establece una graduación en la prueba supletoria, colocando en último lugar la de la notoria posesión de estado.

Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos (artículo 398 Código Civil), y se probará por

un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable; particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida, o la pérdida o extravío del libro o registro en que debiera encontrarse (artículo 399 ibídem).

Los demandantes en este juicio acudieron a la prueba supletoria del matrimonio de Miguel Díaz y Primitiva Caicedo, para ameritar la hermandad legítima de Benjamín Díaz con Segundo Pánfilo Díaz, y la de éste con el padre de Campo Elías, Flaminio y Ramón María Díaz Cely; pero sólo adujeron dos testimonios, los de Eulogio Alba y José del Carmen Ochoa, con ese propósito.

El Tribunal, en vista de lo dispuesto en el artículo 399 del Código Civil no aceptó dicha prueba, y el recurrente considera que el fallador incurrió en error de derecho al desestimarla, pues según el autor del recurso dos testigos forman un conjunto, para los efectos indicados en la citada disposición.

Al establecer el artículo 399 del Código Civil la exigencia de probar la posesión notoria de un estado civil por un conjunto *de testimonios, se apartó, indudablemente, del sistema común de la tarifa de pruebas, según el cual dos declaraciones de testigos hábiles que estén de acuerdo en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, acreditan plenamente la existencia de un hecho, de conformidad con el artículo 697 del Código Judicial, en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley. Lo cual es así porque tratándose de la posesión notoria de un estado civil, que tiene tanta trascendencia y significación, los hechos que lo constituyen no podían quedar a la apreciación de dos testigos solamente.*

Si fuere suficiente la declaración de dos testigos sobre los hechos constitutivos de la posesión notoria de un estado civil, que concordasen en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, el legislador no habría establecido una norma especial para probar la notoria posesión de estado: habría bastado la norma general del artículo 697 del Código Judicial, sobre el valor de la prueba de testigos.

Por tanto, dos testimonios no forman el conjunto de que habla la ley. Así lo ha entendido la jurisprudencia, como puede verse en casación de 3 de junio de 1959 (Tomo XC, página 60), en donde dijo la Corte: "Para demostrar la posesión notoria de estado civil no es bastante prueba el dicho de dos testigos, sino que el rigor legal exige que los elementos constitutivos del mismo estado se acrediten en forma irrefragable".

Y en fallo anterior, de 21 de abril de 1954 (Tomo LXXVII, páginas 401 y 402) también dijo la Corte, refiriéndose a la posesión notoria del estado de hijo: "Otro tanto sucede respecto de la prueba de la posesión notoria del estado de hijo (legítimo o natural), la cual debe constituirse, no simplemente por dos testigos, sino por un número superior, los cuales deben dar cuenta de los hechos declarados en forma tan completa y fehaciente que no dé margen a dudas sobre la veracidad con que deponen; de esta manera ha interpretado invariablemente la jurisprudencia la frase 'conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable', contenido en el artículo 399 del Código Civil.

"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".

En consecuencia, ningún error cometió el Tribunal al no darles mérito como prueba del matrimonio de Miguel Díaz y Primitiva Caicedo a las dos declaraciones que, para acreditar la notoria posesión de ese estado, adujeron los demandantes.

Por consiguiente, no era el caso de dar aplicación a los artículos 1946 y 1947 del mismo estatuto, que el recurrente estima infringidos por no haber sido aplicados.

Síguese de lo expuesto que el cargo no prospera.

Resolución

En atención a las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

FILIACION NATURAL, PETICION DE HERENCIA Y RESTITUCION

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, mayo 12 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Aníbal Cardoso Gaitán.*

En libelo de 20 de septiembre de 1963, Rosalba Garzón, por medio de apoderado, demandó ante el Juez Civil del Circuito de Ubaté, a la sucesión de Guillermo Lancheros, representada por Eleuteria Páez viuda de Lancheros, en su condición de cónyuge supérstite y de sus menores hijos César Armando Lancheros, Guillermo Lancheros Páez y Lilia Lancheros Páez, representados por su madre legítima Eleuteria Páez viuda de Lancheros, para que en sentencia definitiva se hagan estas declaraciones:

1ª Que la demandante Rosalba Garzón, nacida el 22 de julio de 1940 en el Municipio de Fúquene, es hija natural de Guillermo Lancheros, para todos los efectos legales;

2ª Que como consecuencia de la declaración anterior, la demandante Rosalba Garzón es heredera del causante Guillermo Lancheros, en su carácter de hija natural, hasta la concurrencia de lo que en la herencia le cupiere;

3ª Que se decrete la invalidez del juicio de sucesión de Guillermo Lancheros, llevado en el Juzgado Civil del Circuito de Ubaté, así como la liquidación, partición y adjudicación de los bienes, nulidad absoluta que debe decretarse en favor de la demandante hasta recoger en la sucesión la parte de la herencia que le corresponda en concurrencia con los demás herederos, y que la acepta con beneficio de inventario;

4ª Que los demandados están obligados a restituir a la demandante los bienes que le correspondan en la herencia, tanto corporales como incorporales que a tiempo de la muerte pertenecían al causante; a los aumentos que posteriormente hayan tenido y a los frutos naturales y civiles de los bienes de que los herederos están en posesión;

5ª Que se declare cancelado el registro del juicio de sucesión de Guillermo Lancheros efectuado en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Ubaté en los libros respectivos, lo mismo que las matrículas de las hijuelas;

6ª Que se ordene inscribir la sentencia que desate este juicio en la Oficina de Registro de Ubaté, donde se encuentran ubicados los bienes herenciales; y

7ª Que se condene en costas a los demandados.

Los hechos en que se fundamenta la demanda pueden resumirse así:

Rosalba Garzón nació el 22 de julio de 1940 en el Municipio de Fúquene, siendo su madre natural María de los Angeles Garzón; la demandante fue fruto de la unión de Guillermo Lancheros y María de los Angeles Garzón, ambos solteros a la época de la concepción; Lancheros dio a Rosalba Garzón, desde cuando nació ésta hasta la muerte de aquél, por espacio mayor de diez años, el tratamiento de hija, proveyendo a su subsistencia y establecimiento, educándola, presentándola como tal a sus amigos y familiares, velando por ella, dándole dineros y, en fin, el tratamiento propio de un padre; los deudos de Guillermo Lancheros, familiares y amigos y el vecindario en general de Fúquene, desde 1940 en que nació Rosalba, hasta julio de 1961, fecha en que murió el causante, la han reputado como su hija a virtud del tratamiento de padre que aquél le dio; Rosalba Garzón tiene pues respecto de Guillermo Lancheros la posesión notoria de hija natural; en el año 1955 Lancheros contrajo matrimonio con Eleuteria Páez, del cual hubo tres hijos: César Armando, Guillermo y Lilia Lancheros, todos menores de edad; el juicio de sucesión intestada de Guillermo Lancheros se inició y liquidó en el Juzgado Civil del Circuito de Ubaté y la partición de bienes entre los herederos se aprobó por auto de 13 de abril de 1962; los demandados se hicieron reconocer como herederos, con exclusión de Rosalba Garzón, te-

niendo ésta derecho a la herencia de acuerdo con la Ley 45 de 1936; los registros de la partición y del auto aprobatorio de los bienes del causante son nulos por no haber figurado allí la hija natural, quien debe participar de la herencia en concurrencia con los demás herederos; la demandante tiene derecho a pedir el reconocimiento de su filiación natural y a que se le adjudique la parte de herencia que le corresponde de acuerdo con la ley; los bienes de la sucesión de Guillermo Lancheros señalados en el libelo están ubicados en los Municipios de Ubaté y Fúquene.

Tramitada la demanda, el Juzgado Civil del Circuito de Ubaté, en sentencia de 15 de junio de 1965, desató el negocio en los siguientes términos:

"Primero. Declárase que Rosalba Garzón es hija natural de Guillermo Lancheros.

"Segundo. Como consecuencia, declárase que Rosalba Garzón es heredera forzosa de Guillermo Lancheros en concurrencia con los hijos legítimos de éste.

"Tercero. Ordénase que en el juicio de sucesión de Guillermo Lancheros se reconozca el carácter de heredera que tiene Rosalba Garzón para que se le adjudiquen los bienes correspondientes, con el fin de pagarle su cuota hereditaria.

"Cuarto. Como ya se practicó la partición de bienes en el juicio de sucesión de Guillermo Lancheros, declárase que ésta y la sentencia aprobatoria carecen de valor y efecto contra Rosalba Garzón en cuanto perjudican sus derechos herenciales y se ordena proceder a una nueva partición, según lo dispuesto anteriormente.

"Parágrafo. Ordénase la cancelación de la inscripción de las hijuelas en el registro y de la sentencia aprobatoria.

"Quinto. Ordénase la restitución a favor de Rosalba Garzón de los bienes que se le adjudiquen en pago de sus derechos como heredera.

"Sexto. Ordénase la restitución a favor de Rosalba Garzón de los frutos, productos, intereses, mejoras y aumentos de los bienes que se adjudiquen en pago de su derecho herencial.

"Séptimo. Ordénase tener en cuenta en la nueva partición los valores comerciales de los bienes en el momento en que se haga.

"Octavo. Condénase a los demandados al pago de los gastos y costas del juicio".

Apelada esta providencia por el apoderado de los demandados, conoció del negocio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá, entidad ésta que en sentencia de 13 de diciembre de 1965 la confirmó en sus numerales 1º, 2º, 3º, 5º, 6º y 8º y la revocó en el 4º y el 7º.

El recurso de casación que ahora se resuelve fue interpuesto por la parte demandada.

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Después de desechar la acción de nulidad del juicio de sucesión de Guillermo Lancheros formulada en la demanda y, particularmente de la liquidación, partición y adjudicación de bienes, el fallador al analizar la prueba, formada de varios testimonios, manifiesta:

"Ante todo, el Tribunal se extraña que el funcionario comisionado para recibir las declaraciones desconozca las elementales normas sobre la materia: recibió cuatro declaraciones sin exigir la debida identificación de los testigos; algunas respuestas fueron copiadas casi textualmente de las preguntas y en varias de ellas los hizo decir 'sí es cierto', en lugar de indagar sobre los hechos preguntados y el fundamento en que basan su conocimiento sobre ellos, como lo autoriza el artículo 687 del Código Judicial. Por eso un mal funcionario puede influir sobre el resultado adverso de un juicio, cuando la única prueba sea la testimonial, y haga nugatorias las declaraciones por mal recibidas.

"De ahí que en la crítica del testimonio no deba pasarse por alto el examen de las formalidades y circunstancias en la recepción de las pruebas. Y si el juzgador encuentra que los testigos, por ejemplo, son personas que no sólo dicen la verdad porque les constan de manera directa los hechos preguntados, pero que por la ignorancia o irresponsabilidad de quien practica la prueba, ésta ha dejado de recibirse de manera completa, tiene que valorar con alguna amplitud ese testimonio si él concuerda inequívocamente con otros testimonios u otras pruebas.

"En el caso que nos ocupa estamos frente a testigos de excepción, porque Dolores Lancheros de Sosa y Dimas Lancheros son hermanos del presunto padre. (Los otros dos hermanos Luis Miguel y Teresa Lancheros, que declararon en el juicio, no se han tenido en cuenta sus testimonios por culpa del juez que los recibió).

"En segundo lugar, porque todos conocieron a Guillermo Lancheros y a Rosalba Garzón por tiempo mucho mayor a diez años, y en tercer lugar, porque a pesar del funcionario que sentó las respectivas diligencias, dan pormenores de las circunstancias como percibieron los hechos con tanta claridad, franqueza y espontaneidad,

que llevan al juzgador el convencimiento de que dicen la verdad.

"A pesar de la cautela con que dicen las cosas los hermanos Lancheros, coinciden en el hecho de que Guillermo le dio el trato de hija a Rosalba, y de que ellos la consideraron como sobrina suya; en la respuesta de Dimas a las preguntas octava y novena, éste es enfático al afirmar que sí le dio el tratamiento de sobrina y a Dolores Lancheros sólo la deja decir el funcionario 'Es cierto', manifestación que tomada aisladamente carecería de valor al tenor del artículo 688 inciso 3º del Código Judicial, pero apreciándola en armonía con lo que dicen los otros deponentes, es un indicio fehaciente, de plena prueba, de acuerdo con el 663 ibídem, de que le dieron el trato de sobrina; que Guillermo Lancheros le dio el trato de hija, y de que el vecindario de Fúquene la reputó como hija natural del mismo, precisamente por el tratamiento que él le dio. Juan José Chacón dice que Guillermo no sólo le contó que Rosalba era su hija natural, sino que le relató 'hasta cómo había sucedido el hecho para tener dicha hija'. A Hermecenda Rincón de Chacón y a Anatilde López de Delgado les consta que Lancheros proveyó a la educación, subsistencia, alimentación y vestido, 'cuidándola y protegiéndola como hija suya, en todas las circunstancias de dicha señorita'. Por la mala recepción de estos testimonios, las citadas señoras se limitan a reproducir en sus respuestas la pregunta misma, pero no hay duda de que dicen la verdad sobre el particular, pues en anteriores respuestas han dicho enfáticamente que no les consta lo que se les pregunta. Por otra parte estos testimonios no fueron infirmados por la parte a quien perjudicaban, y deben tenerse como plena prueba, según el texto del artículo 697 Código Judicial".

Después de acoger el Tribunal varios puntos de vista de la sentencia del fallador de primer grado en lo referente a la comprobación de la posesión notoria de estado de hija natural de Rosalba Garzón con relación a Guillermo Lancheros, el sentenciador concluye:

"Del anterior estudio se deduce que la sentencia debe confirmarse en sus numerales 1º, 2º, 3º, 5º, 6º y 8º y revocarse los numerales 4º y 7º, por las razones enunciadas anteriormente. Y condenar en las costas de la instancia al apelante".

El recurso

Un solo cargo se formula contra la anterior sentencia, consistente en ser violatoria de ley sustantiva o sustancial, con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial (artículo 52 del Decreto 528 de 1964). Explica el recurrente el cargo:

"La violación de la ley, en el caso presente, proviene de apreciación errónea, por parte del Tribunal, de la prueba testimonial.

"Al valorar el Tribunal de instancia los testimonios de los señores Fernando Viracachá, Dolores Lancheros de Sosa, Dimas Lancheros, Juan José Chacón, Hermecenda Rincón de Chacón, Anatilde Páez de Delgado, José Deogracias Chacón Rincón incurrió en error de derecho, pues consideró que con ellos se hallaba probada la causal 5ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936".

Después de argumentar, con citas de varios autores y de la Corte, sobre la no autonomía absoluta de los tribunales en la apreciación de la prueba, agrega:

"Aceptado el principio de que la autonomía del Tribunal en la apreciación de la prueba no es absoluta y que, de conformidad con el inciso segundo del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, el error en la apreciación de la prueba es motivo de casación, siempre que se demuestre haber incurrido el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, veamos cómo, en el presente caso, el Tribunal al confirmar varios ordinales del fallo del *a quo*, erró de derecho en la apreciación de la prueba testimonial.

"Al considerar que se hallaba probada la causal 5ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, el Tribunal se atuvo a los testimonios de Fernando Viracachá, Dolores Lancheros de Sosa, Dimas Lancheros, Juan José Chacón, Hermecenda Rincón de Chacón, Anatilde Páez de Delgado, José Deogracias Chacón Rincón (los de los que dijeron llamarse Teresa Lancheros, José Lancheros, Antonio Martínez Lancheros, Alfredo Delgado y Luis Miguel Lancheros no los tiene en consideración el Tribunal por cuanto que ellos no se identificaron en forma alguna al rendirlos) pero tales testimonios no son ni responsivos, exactos ni concretos y se limitan, en el mayor de los casos a responder el tenor literal de la pregunta".

El recurrente después de transcribir y analizar cada uno de los testimonios que obran en el expediente, afirma:

"El Tribunal erró de derecho al asignarles a los testimonios transcritos plena validez probatoria. Efectivamente, los testimonios en cierne

—como se puede colegir de su simple lectura— no son ni responsivos, exactos y concretos. Se limitan a responder el tenor literal de la pregunta y, en su mayor parte, a responder simplemente 'Es cierto'. Carecen, por tanto, de originalidad. Ninguno de los testigos da la razón de su dicho y obedece a lo que ha venido llamando la Corte 'una extraña sugestión' ''.

En seguida el recurrente apoyándose en una sentencia de la Corte fija el alcance de la violación en estos términos:

''Al darle el Tribunal pleno valor probatorio a los testimonios transcritos violó el artículo 697 del Código Judicial. Y como consecuencia de tal violación se vulneraron los artículos 398 y 399 del Código Civil, el ordinal 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y el artículo 6º ibídem'', y termina el cargo así: ''El Tribunal, al proferir el fallo correspondiente, erró de derecho en la estimativa probatoria. Sólo es necesario observar los medios de prueba relacionados para concluir que el Tribunal, al apreciarlos, les asignó un valor de que legalmente carecen; por ello violó el artículo 697 del Código Judicial; y como consecuencia lógica de tal violación, se violaron además, los artículos 398 y 399 del Código Civil y el ordinal 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936''.

La Corte considera:

1. El numeral 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 establece que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural ''cuando se acredita la posesión notoria del estado de hijo'', y el artículo 6º ibídem determina que la posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento.

2. El artículo 7º de la citada Ley 45 de 1936 dispone que se apliquen también al caso de la filiación natural, entre otras disposiciones del Código Civil, los artículos 398 y 399. Estas normas determinan que para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba deberá haber durado diez años continuos por lo menos y se demostrará por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de modo irrefragable.

3. El Tribunal hizo el análisis de todas y cada una de las declaraciones traídas a los autos. No obstante no acogió varias de ellas para el fallo, por deficiencias en su recepción de parte del funcionario comisionado. Sin embargo, llegó a la conclusión de que en el proceso sí se encontraba acreditada la condición de hija natural de Rosalba Garzón, respecto de Guillermo Lancheros, por el trato que éste le dio durante un período mayor de diez años.

Dolores Lancheros de Sosa, hermana legítima de Guillermo Lancheros, afirma que desde que conoció a Rosalba Garzón, por un lapso de 15 años, hasta la muerte de aquél, le dio el tratamiento propio de una hija, le suministraba dinero, hacía con ella compañías de siembras de trigo y papa y le dejaba tener ganado y ovejas en sus terrenos.

Dimas Lancheros, de 45 años de edad, también hermano legítimo del causante, que conoció a Rosalba desde cuando ella tenía siete años, dice que le consta que Rosalba Garzón le decía papá a Guillermo y que éste le permitía tener ganado y ovejas y hacer siembras de trigo en compañía en los terrenos de su referido hermano.

Juan José Chacón manifiesta que Guillermo Lancheros tenía compañías de siembras de trigo con Rosalba Garzón, ''a quien también le permitía tener ganado y ovejas en terrenos del referido Guillermo, por ser dicha señorita su hija natural, según me lo contó él personalmente en el trabajo y hasta cómo había sucedido el hecho para tener dicha hija;...''. Más adelante agrega: ''. ..pero, como ya lo dije, este señor Lancheros sí me contó que la señorita Rosalba Garzón era su hija''.

Hermecenda Rincón de Chacón, prima hermana de Guillermo Lancheros, declara conocer a Rosalba Garzón hace unos once años y que durante este tiempo Lancheros presentaba a dicha señorita ''como su hija a sus familiares y amigos, e inclusive que a mí me dijo que dicha señorita era su hija''. Y adelante afirma: ''Es cierto y me consta, por haberlo visto y presenciado, que la señorita Rosalba Garzón le decía a Guillermo Lancheros 'papá' y éste a ella 'hija' por el tiempo que me he referido. El citado señor Lancheros me afirmaba que dicha señorita era su hija y que se parecía mucho a él por ser de su misma sangre. Alguna vez que le dije a este señor Lancheros que por qué la señorita Rosalba Garzón no estudiaba, él me contestó que le había propuesto a Rosalba si quería educación o tierra, y que ella (Rosalba), le había contestado que, tierra; pero que iba a ver si la hacía aprender a Rosalba modistería''. Termina esta declarante manifestando que es cierto y le consta

"que tanto los familiares y amigos de Guillermo Lancheros, como también el vecindario en general del Municipio de Fúquene, han tenido y reputado a la señorita Rosalba Garzón como hija natural de Guillermo Lancheros, precisamente por virtud del tratamiento dado por el señor Lancheros a dicha señorita desde el tiempo que ya me referí, hasta cuando acaeció la muerte de él".

Anatilde Páez de Delgado dice conocer a Rosalba Garzón hace unos veinte años y que Guillermo Lancheros, desde cuando Rosalba estaba pequeña, le daba el tratamiento de hija, proveyendo a la educación, subsistencia, alimento y vestido y "cuidándola y protegiéndola como hija suya, en todas las circunstancias de dicha señorita".

José Deogracias Chacón Rincón afirma conocer a la demandante Rosalba Garzón por un tiempo mayor a los quince años y que le consta que Guillermo Lancheros, en vida y hasta cuando murió, dio a aquélla el tratamiento propio de hija, que la presentaba como tal a sus familiares y amigos; "a mí me dijo este señor Lancheros que dicha señorita era hija suya, que se parecía mucho a él y que era la única hija natural que él tenía. Este tratamiento de hija lo tuvo hasta cuando murió el citado señor Lancheros".

4. El fallador, con base en los anteriores testimonios, llegó a la convicción de que respecto de Rosalba Garzón estaba demostrado el hecho de la posesión notoria del estado de hija natural de Guillermo Lancheros, de conformidad con la causal 5ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. A esta conclusión llegó por análisis de los testimonios traídos al proceso, sin que aparezca que les haga decir cosa distinta a lo en ellos afirmado. Aún más: el Tribunal desestimó las declaraciones de dos hermanos del causante, Luis Miguel y Teresa Lancheros, favorables a Rosalba, por haberlos recibido el juez en forma inadecuada. A este respecto la sentencia expresa:

"Y si el juzgador encuentra que los testigos, por ejemplo, son personas que no sólo dicen la verdad porque les constan de manera directa los hechos preguntados, pero que por la ignorancia o irresponsabilidad de quien practica la prueba, ésta ha dejado de recibirse de manera completa, tiene que valorar con alguna amplitud ese testimonio si él concuerda inequívocamente con otros testimonios u otras pruebas".

5. La Corte a este respecto ha dicho en fallo de 18 de mayo de 1964, tomo CVII, página 185:

"... los hechos sobre que los testigos declaran y que han sido objeto de sus directas percepciones, podrán venir a constituir los antecedentes o índices de la presunción a que se llegue, siendo al juzgador a quien compete sacar de esos hechos índices la conclusión del caso. De donde resulta que, si las declaraciones de los testigos sobre los hechos mismos por ellos directamente percibidos se sitúan dentro del sistema de valoración dispuesto por la ley para la prueba testimonial, en lo tocante con las deducciones que de esos hechos por tal medio establecidos haga el juzgador, la operación cae dentro del régimen de la prueba por presunción, campo en el cual señorea la autonomía del sentenciador, a cuya discreción o prudente arbitrio ha dejado la ley el poder de apreciar los hechos constitutivos de los indicios, la pluralidad de éstos, su gravedad, precisión y conexidad y en suma la procedencia de las conclusiones respectivas, sin otro límite que el de que éstas no obedezcan a contraevidencia o arbitrariedad manifiesta.

"Pero, aún tratándose de la prueba testimonial en sí misma considerada, no ha querido la ley que en su ponderación quede el juzgador sometido a la prevalencia de un rigor formal sobre las deficiencias internas del testimonio. Por eso, el verificar las condiciones de responsividad, exactitud, cabalidad y sinceridad de cada deposición y, luego, la concordancia de dos o más declaraciones en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, es atribución que por un imperativo lógico corresponde al juzgador, llamado a conocer de los hechos del proceso y formar su criterio sobre los mismos a través de las pruebas aducidas..."

Como se expresa en el punto 4, el fallador tuvo amplia base en los testimonios traídos al juicio para formar la convicción a que llegó de que respecto de Rosalba Garzón estaba demostrado el hecho de la posesión notoria del estado civil de hija natural de Guillermo Lancheros. La jurisprudencia antes transcrita ilustra ampliamente la materia y la conclusión de que el sentenciador no incurrió en el error de derecho que le atribuye el impugnante.

El cargo único del libelo no prospera.

Resolución

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá, de fecha 13 de diciembre de 1965, proferida en este jui-

cio ordinario de Rosalba Garzón contra la sucesión de Guillermo Lancheros.

Costas en casación a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el expediente a la oficina de origen.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

PODER

El otorgado para demandar envuelve tácitamente para el apoderado la facultad de notificarse de la reconvención y contestar ésta.—Demanda principal y demanda de mutua petición. — Cuándo es admisible su acumulación. — Posiciones. — Emplazamiento por edicto al absolvente. — Nulidad procesal. Quién puede alegar nulidad por falta de citación o emplazamiento.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, mayo 12 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por parte de Agapita Torres viuda de Cruz contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 3 de agosto de 1963, en el juicio ordinario seguido por la mencionada señora frente a Alberto Otálora Z.

— I —

El litigio

La señora Agapita Torres viuda de Cruz demandó ante el Juez del Circuito de Fusagasugá, en juicio ordinario, al doctor Alberto Otálora Z., para que se declarase la simulación del contrato que aparece celebrado entre la actora y el demandado mediante la escritura número 885 de 13 de agosto de 1948, de la Notaría de Fusagasugá, y, en consecuencia, se condenase al segundo a devolver a la primera los bienes de la sucesión de Diego Cruz a que se refiere el libelo, como también a pagar a la actora los frutos y aumentos correspondientes, o bien el valor de todos los perjuicios que el demandado le ocasionó con motivo de haber tomado los bienes constitutivos del patrimonio de Diego Cruz.

El demandado, además de contestar negando la mayor parte de los hechos invocados por la actora y de oponerse a sus peticiones, le propuso demanda de reconvención, impetrando se declarase:

Primero. Que la reconvenida está obligada a reconocerle unas sumas de dinero que el mismo doctor Otálora invirtiera por cuenta de ella "en defensa de los bienes de la sucesión de Diego Cruz y en una obra que ordenara hacer la misma en la Iglesia de Pasca";

Segundo. Que la misma Torres viuda de Cruz está obligada a pagar o reconocer a Otálora el valor de las inversiones hechas por éste en un juicio ordinario por perjuicios que Aurelio Cruz Torres, como arrendador a Diego Cruz de la finca "San José", formulara contra Otálora como cesionario de la mencionada señora en parte de los derechos herenciales en la sucesión de Diego Cruz arrendatario del demandante en ese juicio; y, en subsidio de esta petición, que se condenase a la reconvenida a pagarle al reconviniente la parte que proporcionalmente le corresponda en la suma de dinero invertida por Otálora en el juicio ordinario últimamente referido, y

Tercero. Que se condene a la mencionada Torres viuda de Cruz a pagar a Otálora la suma de veinte mil pesos o la que se acredite en el juicio, por concepto de perjuicios ocasionados al mismo con "las imputaciones temerarias" que se le hacen por ella de haber obrado aquél con dolo o engaño en la cesión que ésta le hiciera de unos derechos herenciales.

Aunque le fue corrido el traslado de la contrademanda al apoderado de la actora en la acción inicial, éste se abstuvo de contestarla, habiendo manifestado en un memorial anterior que esti-

maba no ser suficiente su poder para apersonarse en tal contrademanda.

La primera instancia, en la que se produjeron pruebas del resorte de ambos litigantes, recibió sentencia cuya parte resolutiva reza así:

"1º Declárase absolutamente simulado el contrato de venta contenido en la escritura número 885, de fecha 13 de agosto de 1948, pasada en la Notaría de Fusagasugá; escritura en la cual se dice que Agapita Torres viuda de Cruz vende al ... doctor Alberto Otálora los derechos y acciones hereditarios que a ella le corresponden en la sucesión de su hijo Diego Cruz Torres.

"2º Condénase al doctor Alberto Otálora a restituir a Agapita Torres viuda de Cruz los bienes que a aquél se le adjudicaron en la partición de la sucesión de Diego Cruz Torres, o sea los inmuebles 'Los Arrayanes' y 'Hoya Grande', identificados por su ubicación y linderos en la súplica segunda de la demanda principal, y los derechos y acciones que a dicho causante correspondían en la sucesión de Pablo Cruz, vinculados en los terrenos 'Santa Lucía', 'Buenavista', 'Chaparro', 'Hoya Grande' y 'La Chorrera', situados en el Municipio de Pasca.

"3º Igualmente, el demandado deberá pagar a la demandante el valor de los frutos naturales y civiles de los mencionados bienes, no solamente los producidos a partir del día en que le fueron adjudicados en la mencionada sucesión, sino los que hubieran podido producir con mediana inteligencia y actividad de haber recibido en esa oportunidad tales bienes la demandante. Para tal efecto el demandado deberá ser considerado como poseedor de mala fe a partir del 23 de febrero de 1954. El valor de dichos frutos se determinará por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

"4º Absuélvese al demandado Alberto Otálora de la obligación de restituir a la demandante los demás bienes que se le reclaman en la petición segunda de la demanda principal.

"5º Decláranse no probadas las excepciones perentorias innominadas que fundándolas en determinados hechos alegó el demandado, doctor Otálora.

"6º Agapita Torres viuda de Cruz reconocerá al doctor Alberto Otálora las siguientes sumas de dinero:

"a) Dos mil novecientos ocho pesos con cincuenta y siete centavos ($ 2.908.57) moneda corriente, por concepto de los gastos hechos por el demandado en el juicio de sucesión de Diego Cruz.

"b) Ochocientos un peso con ochenta centavos ($ 801.80) moneda corriente, como gastos hechos por ... Otálora en el juicio ordinario que promovió contra la sucesión de Diego Cruz Ernestina Chacón.

"c) Quinientos pesos ($ 500.00) moneda corriente, por concepto de gastos que hizo el doctor Alberto Otálora en el juicio laboral que contra la mencionada sucesión promovió Catalina Rodríguez y otra.

"d) Tres mil veintiocho pesos con ochenta centavos ($ 3.028.80), como gastos sufragados por el mencionado doctor en el ordinario que por orden de doña Agapita Torres viuda de Cruz adelantó contra Carmen Elisa Cruz.

"e) Dos mil doscientos cincuenta y tres pesos con ochenta y dos centavos ($ 2.253.82) moneda corriente, por concepto de gastos sufragados por el doctor Alberto Otálora en el juicio de sucesión de Pablo Cruz.

"f) Mil trescientos pesos ($ 1.300.00) moneda corriente, por concepto de la obra que hizo el doctor Otálora en la Iglesia de Pasca por orden de doña Agapita Torres viuda de Cruz.

"g) Seis mil cuarenta y dos pesos con veinte centavos ($ 6.042.20) moneda corriente, por concepto de gastos hechos por el doctor Alberto Otálora en el juicio ordinario que contra él le adelantara el doctor Aurelio Cruz Torres.

"7º Niégase la condena solicitada en contra de doña Agapita Torres viuda de Cruz en la petición tercera de la demanda de mutua petición.

"8º Regístrese la presente sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Fusagasugá, y cancélese la inscripción de la demanda.

"9º La inscripción de la partición de la sucesión de Diego Cruz Torres se ordena cancelar en lo que respecta al doctor Alberto Otálora y ella debe entenderse hecha a favor de doña Agapita Torres viuda de Cruz.

"10. Las costas de la demanda principal son de cargo del doctor Alberto Otálora y las de la demanda de reconvención las pagará la contrademandada. Tásense en su oportunidad". A virtud de apelación interpuesta por ambas partes, surtióse el segundo grado de la litis, a que recayó el fallo del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 3 de agosto de 1963, por medio del cual se 'CONFIRMA la sentencia objeto del recurso de alzada' ".

E interpuesto contra este pronunciamiento el recurso de casación, por parte de la demandante Agapita Torres viuda de Cruz, ha llegado el momento de que la Corte proceda a su definición, como así se hace en este acto.

— II —

Consideraciones de la sentencia impugnada

Como el demandado, doctor Alberto Otálora Z. no recurrió en casación y como el recurso de esta especie interpuesto por su contraparte sólo ha venido a plantearse ante la Corte, cual se verá adelante, contra lo resuelto por el Tribunal acerca de la demanda de reconvención, en lo no favorable a la señora Torres viuda de Cruz, basta para el estudio del recurso tomar en cuenta las consideraciones del Tribunal atinentes a la mutua petición.

El sentenciador, luego de considerar que la escritura pública número 885 de 13 de agosto de 1948 "fue tan sólo el disfraz con el cual se cubrió un mandato conferido en esa misma fecha" por Agapita Torres viuda de Cruz al doctor Otálora, encuentra lo siguiente:

Que "Obra en el proceso la confesión ficta de la contrademandada señora Torres viuda de Cruz (folios 22 y 23, cuaderno 5º), con la cual se acredita el mandato por ella conferido a su contrademandante Otálora, a fin de que éste realizara, por conducto del abogado Miguel A. Garavito, todas las gestiones judiciales tendientes a la defensa de sus intereses discutidos en las 'muchas disputas, pleitos o litigios' que le estaban surgiendo a raíz de la muerte de su hijo Diego; y la expresa autorización para que aquél suministrara a éste 'los dineros necesarios para gastos y honorarios', lo mismo que para hacer levantar, en su nombre y por su cuenta, un altar a la Virgen en la Iglesia Parroquial de Pasca"; y

Que oportunamente se allegaron a los autos las copias de los siguientes juicios:

a) Del ordinario sobre declaración de filiación natural seguido por las menores Ana Isabel, María Clementina y María del Carmen Chacón contra la sucesión de Diego Cruz Torres representada por su madre Agapita Torres, que terminó con sentencia absolutoria y en el cual la demandada estuvo representada por el abogado Miguel A. Garavito;

b) Del de sucesión de Pablo Cruz, en que gestionó el mismo abogado Garavito en representación de Agapita Torres y del doctor Otálora;

c) Del ordinario para el pago de unas prestaciones sociales instaurado por Catalina, María del Carmen y Emma Rodríguez contra la sucesión de Diego Cruz Torres, representada por Agapita Torres, quien fue asistida por el mismo abogado;

d) Del de sucesión de Diego Cruz Torres, en que actuaron la demandante como heredera del *de cujus* y el doctor Otálora Zamudio en su aparente carácter de cesionario de la primera en parte de sus derechos en esa mortuoria, ambos asistidos por el mismo abogado Garavito;

e) Del ordinario iniciado por Alberto Otálora Zamudio contra Carmen Elisa Cruz, tendiente a obtener la declaración de simulación de una venta hecha a aquélla por su hermano Diego Cruz, proceso en que el demandante estuvo asistido por el mismo abogado; y

f) Del ordinario que en febrero de 1950 inició Aurelio Cruz Torres contra Alberto Otálora, para el pago de perjuicios causados por el incumplimiento de un contrato de arrendamiento que en 1941 había celebrado con Diego Cruz sobre la finca "San José", proceso en que el mismo abogado llevó la representación de Otálora.

Frente a lo cual el Tribunal conceptúa que "La confesión de la contrademandada, por una parte, y la prueba documental enumerada, por la otra, acreditan que, como fue su propósito, el abogado Miguel A. Garavito gestionó en 'las muchas disputas, pleitos y litigios' en favor de los intereses de la señora viuda de Cruz, quien había ordenado a ... Otálora Zamudio suministrar 'los dineros necesarios para gastos y honorarios', y ya que en los procesos en que este profesional actuó como mandatario del contrademandante, lo era, en rigor de verdad, mandatario de aquélla, puesto que éste solamente tenía un aparente carácter de cesionario suyo en sus derechos herenciales. Y además, como quedó visto, también la confesión presunta de la señora viuda de Cruz acredita la orden dada por ésta a ... Otálora Zamudio para que hiciera levantar, en su nombre y por su cuenta, un altar a la Virgen en la Iglesia de su Parroquia, gestión que evidentemente cumplió el procurador, puesto que los testigos Manuel Flores Caldas y Manuel M. Rozo deponen sobre la efectiva realización de la obra encomendada".

Luego de lo cual, la parte considerativa del pronunciamiento concluye, en el punto, así:

"En suma, pues, los elementos de prueba analizados son bastantes para acreditar el mandato conferido y el cumplimiento de la misión encargada. Y si el mandato consiste en encargar, por una persona a otra, la gestión de uno o más negocios que deben hacerse por cuenta y riesgo del mandante (artículo 2142 Código Civil), de este contrato se deriva, como derecho del mandatario, el reembolso de los gastos causados en su ejecución (artículo 2184 ibídem), por lo cual las peticiones que al respecto trae la demanda de reconvención deben prosperar, tal cual lo resolvió el juzgado *a quo*, ya que, de otra parte, el alcance o cuantía de tales obligaciones fue determinado por el peritaje concordante, razonado y explicado de los señores Miguel María Pérez y Abelardo Romero y por tratarse de una regulación en cifra numérica que constituye plena prueba como lo preceptúa el artículo 721 del Código Judicial".

— III —

El recurso extraordinario

Dos cargos formula el libelo de casación: el primero en el ámbito de la causal primera, y el segundo en el de la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial (hoy 4ª del artículo 52 del Decreto-ley número 528 de 1964), a cuyo despacho se atenderá siguiendo el orden lógico correspondiente (artículo 537 Código Judicial).

Cargo por la causal de nulidad. Se hace consistir en que según el artículo 312 (ordinal 1º) del Código Judicial, debe notificarse personalmente al demandado todo auto por el cual se le confiera traslado de una demanda, norma cuya aplicación, según el recurrente, es siempre de rigor estricto. De donde concluye que, en armonía con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 743 ibídem, el auto de traslado de una demanda de *reconvención* debe hacerse personalmente al demandante, y de ahí en adelante será cuando las dos demandas se sustancien bajo una misma cuerda y se decidan en una misma sentencia.

Se alega así que "Cuando el Tribunal de Bogotá en sus providencias de 13 de mayo y 1º de junio de 1959 pretende justificar la nulidad alegada, afirmando que la ley en ninguna parte ha establecido que la demanda de reconvención se notifique personalmente al demandado, desconoce el tenor claro de los artículos 312 y 743 del Código Judicial y dejó subsistente la causal de nulidad de que trata el numeral 3º del artículo 348 (sic) de la obra citada, y subsistiendo la nulidad alegada dictó la sentencia recurrida".

Y agrega la censura que, cuando las dos demandas son de contenido distinto, "es inaceptable que se pueda obligar al apoderado que representa al demandante principal a defender en juicio un interés para el cual no se le ha dado representación de ninguna clase, ni datos, ni instrucciones, por lo cual se hallaría en incapacidad para defender al contrademandado..." Y que, en el presente caso, la demanda de reconvención "trata principalmente de una obligación que se le atribuye a Agapita Torres viuda de Cruz por razón de juicios que a ella se le siguieron, y alguna obra que se dice mandó ella a hacer, todo lo cual es completamente ajeno al contenido de la demanda principal".

Finalmente, se argumenta que el propio Tribunal de Bogotá, entre otras providencias, en auto de 30 de abril de 1940, sostuvo la misma tesis sustentada en el recurso.

La Corte considera:

Lo primero que se observa es que la cuestión de nulidad planteada en este cargo, ya fue resuelta, en la segunda instancia, por el Tribunal, mediante los autos de fechas 13 de mayo y 1º de junio de 1959, que el propio impugnante cita en su libelo. Entonces, en la primera de tales providencias, el Tribunal (Sala Unitaria) denegó "la nulidad impetrada por el señor apoderado de la parte demandante principal por no existir la causal de nulidad consagrada en el numeral tercero del artículo 448 del Código Judicial" (folio 5 y vuelto, cuaderno 7), y en la segunda (Sala Dual), considerando que para la notificación personal del auto admisorio de la demanda de reconvención el apoderado de la demandante en la acción principal la representaba legalmente y, "por tanto estuvo bien verificada la que se le hizo del auto admisorio de la contrademanda y su correspondiente traslado", denegó la revocación de la primera (folio 7 y vuelto, cuaderno ídem).

Si, pues, la materia de que se informa el reparo ya fue ventilada dentro del juicio, con decisión denegatoria de la pretendida nulidad, que es ley del proceso, quiere ello decir que dentro de éste no puede el punto discutirse de nuevo.

A este respecto, la Corte, luego de contemplar las tres vías de solución que dentro de juicio brindan los artículos 455, 456 y 520, ordinal 6º del Código Judicial (hoy ordinal 4º del artículo 52 del Decreto-ley número 528 de 1964), frente al fenómeno de la nulidad procesal, ha dicho lo

siguiente: "Siendo regla general la de que lo referente a las nulidades se discuta y decida dentro del mismo juicio donde surgieron, el pronunciamiento que sobre la existencia o inexistencia de una de las causales de nulidad haga el juez en el curso del proceso a través de uno de los medios anteriormente anotados tiene carácter definitivo y obligatorio una vez ejecutoriada la providencia respectiva y, en consecuencia, impide toda nueva discusión en ese particular. Por tal razón, si en el auto que decide el incidente de nulidad propuesto por una de las partes se declara que no existe la causal alegada, no puede posteriormente el juez ponerla en conocimiento de las partes, ni éstas alegarla como causal de casación, puesto que ya se decidió que no existía" (casación de 27 de agosto de 1963, en juicio de Marco A. Sierra y otros contra Enrique Zalamea Lleras, y 7 de diciembre de 1965, en juicio de Rosa Elena Bulla de Peñuela contra la sucesión de Mariano Emeterio Rodríguez Trujillo, aún no publicadas en la *Gaceta Judicial*).

Mas, si la consideración que antecede no fuera la pertinente en la especie de este negocio, tendríase que tampoco sería admisible la acusación, por falta de legitimación procesal del recurrente, en la hipótesis de que existiera el motivo de nulidad invocado. Porque, si se hallara cierto que el mandatario de la actora en la acción principal no tenía personería para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda de reconvención y su traslado, necesariamente se tendría que tal apoderado no la representa legítimamente para los efectos de la mutua petición. "Y es lógico que quien no es legítimo representante judicial de otro carece de legitimación para pedir la nulidad del juicio por indebida representación de aquel a quien representó de esa manera. La alternativa es ineludible: Si quien actuó procesalmente como representante de otro tiene legítimamente tal carácter, no hay lugar a declarar la nulidad; y si no lo tiene, entonces carece de personería para alegarla. *Tiene así consagrado la Corte que la nulidad, por falta de citación y emplazamiento en la forma legal, de quien ha debido ser llamado al juicio, 'no puede ser alegada en casación sino por la persona que no fue legalmente citada o emplazada, ya que es la única que puede pedir por la vía ordinaria que se declare la nulidad del juicio al cual no se le llamó u oponerla como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia' " (casación 22 de junio de 1959, XC, 2211/12, página 665; 7 diciembre 1965, atrás referida).*

Aún más: si las consideraciones anteriores no fuesen suficientes para la decisión del recurso, y hubiera que entrar al estudio del cargo en el fondo, resulta que la Corte no comparte la tesis de la acusación, sino que por el contrario está de acuerdo con la adoptada por el Tribunal en la resolución de la articulación de nulidad tramitada al respecto en este juicio, por las siguientes razones:

Cuando frente a la demanda principal se interpone por el demandado otra en reconvención, surtido el traslado de la última, "de ahí en adelante se sustancian ambas bajo una misma cuerda, y se deciden en una misma sentencia" (artículo 743 del Código Judicial), lo que significa, como lo predica la doctrina de la Corte, que la demanda principal y la de reconvención "no constituyen en su fondo ni en su esencia juicios distintos" (casación de 9 de agosto de 1939, XLVIII, 1949, página 449). Es decir que se produce una acumulación objetiva de acciones, sólo admisible en cuanto la mutua petición se relacione o sea relacionable con la acción principal.

Como el poder especial para gestionar en un juicio ordinario, cuando por sus términos no está circunscrito a determinadas actuaciones, ha de entenderse conferido para todas las incidencias y desenvolvimientos del litigio y para entender el apoderado personalmente *en todas las diligencias a que el juicio dé lugar, a excepción de aquellas que por exigirlo norma expresa deban surtirse con la persona misma del respectivo interesado, se concluye que el poder de esta naturaleza, es decir no restringido, otorgado por el actor para el juicio, inviste al apoderado, sin necesidad de cláusula especial al efecto, de facultad para representar al poderdante en la acción de reconvención que interponga el demandado y, en consecuencia, para notificarse de la mutua petición, replicar su traslado y contender en relación con ella.*

Concurren así a respaldar esta conclusión varias razones: primeramente, la ya expuesta de que la acción principal y la de reconvención se conjugan en un juicio único, bajo la figura procesal de una acumulación objetiva de acciones (artículos 743 y 411 ibídem); en segundo término la de que, según lo preceptúa el artículo 268 del Código Judicial, "en ningún caso pueden gestionar dos o más apoderados de una misma persona", lo que conlleva el que, siendo uno solo el juicio, el apoderado constituido para éste tenga que considerarse facultado para notificarse de la reconvención y actuar en lo tocante con

la misma; en tercer lugar, la de que si el ser demandado en reconvención es una de las contingencias que corre el promotor de toda acción ordinaria, no es lógico ni cabal suponer que quien otorga poder para que se le represente en el litigio, excluya esa representación en lo concerniente a la mutua petición que pudiera sobrevenirle, haciendo quiebra a la confianza en su mandatario y desvertebrando su defensa, para desembocar en la solución de que, no pudiendo haber más de un apoderado actuante tuviese que revocar el mandato conferido al primero y constituir uno nuevo; y desde luego, la razón de que, si bien de la demanda de reconvención debe darse traslado al reconvenido (artículos 743 y 766 ibídem), tales textos no dicen que ese traslado tenga que ser efectuado necesariamente en la persona misma de éste, de donde resulta que si tiene apoderado debida y suficientemente constituido para el juicio, la notificación y traslado que de la mutua petición se surtan con tal mandatario han de tenerse por bien hechos a su poderdante, teniendo aquí cabida la aplicación del principio: qui mandat ipse fecisse videtur.

Ahora bien: en la especie del pleito, se encuentra que el mandato conferido por la señora Agapita Torres viuda de Cruz a su apoderado lo fue para que éste siguiese el juicio, sin introducirle a tal mandato restricción alguna. Ello impone la conclusión de que dicha señora no estuvo mal representada en la notificación y traslado de la demanda de reconvención y que, consecuencialmente, no existe la causal de nulidad en que pretende fundarse la censura en casación.

Cargo por la causal primera. Partiendo del hecho de que prueba fundamental para condenar a la recurrente a las prestaciones que le fueron impuestas en el fallo de primera instancia confirmado por el Tribunal, lo fue su confesión ficta causada por la falta de comparecencia a absolver las posiciones que dentro del juicio le propuso la contraria parte, destina el recurrente este capítulo de la acusación a sostener que, por haber el sentenciador estimado como prueba válida esa confesión, violó por aplicación indebida al caso del pleito los artículos 1524 y 2313 del Código Civil.

Su pretensión de ser inválida la confesión ficta de Agapita Torres viuda de Cruz, dice fundarla en los siguientes motivos:

Que, según el numeral segundo del artículo 152 del Código Judicial, siempre que un juez civil tenga que entenderse con un particular ha de buscarlo en el lugar de su domicilio, y que si el juez del conocimiento no es el de este lugar, entonces debe seguir el camino que le indica la ley para la práctica de la diligencia en semejante circunstancia. Lo muestran el artículo 314 relativamente a toda actuación y el 611 ibídem en relación con la persona que debe absolver posiciones.

Pero, en el caso presente, si bien el juez de la causa, que lo era el del circuito de Fusagasugá, dispuso en un principio comisionar al juez municipal de Bogotá para que citase a la señora Torres de Cruz y le recibiese la absolución de las posiciones, sin embargo terminó emplazándola para que las absolviera ante el propio comitente, con desconocimiento de lo que había dispuesto al conferirle comisión al juez municipal de Bogotá. Porque, si éste era el llamado a ordenar la citación personal de la absolvente y recibirle las posiciones, también lo era para la práctica de toda diligencia que tuviese por objeto "establecer que la notificación personal se hizo o que por el contrario no pudo tener lugar. Y sólo ante el juez comisionado está obligado el presunto absolvente a comparecer, por lo mismo todo término que se le conceda al absolvente debe correr ante el juez comisionado y no ante el juez comitente".

Cuando el Tribunal, en su auto de 7 de febrero de 1957, afirma que las posiciones en juicio deben absolverse ante el juez que conoce del pleito, infringe el artículo 611 del Código Judicial, según el cual, si el absolvente reside en lugar distinto, se procede por comisionado.

Quiere decir —es la conclusión del cargo— que el emplazamiento hecho en este juicio a la actora a absolver posiciones "no se ha surtido hasta hoy legalmente y por lo mismo tampoco se han llenado las condiciones establecidas por la ley procesal para que pueda entenderse hecha la notificación personal al absolvente. El Tribunal en la sentencia acusada estimó como prueba hábil y plena la confesión ficta que le atribuyó a la contrademandada, conforme a lo establecido en los artículos 606 del Código Judicial y 1769 del Código Civil, y la tuvo como plena prueba de los hechos afirmados en la contrademanda, violando así directamente por aplicación indebida al caso del pleito los artículos 1524 y 2313 y siguientes del Código Civil que se citaron en la contrademanda como fundamentos de derecho".

La Corte considera:

No se discute que la citación a posiciones ha de hacerse personalmente a quien debe absolverlas (artículo 614 del Código Judicial); y que

si la persona a quien se piden reside en lugar distinto, el juez que las decreta comisiona al de aquel lugar para la práctica de la diligencia (artículo 611 ibídem). Pero todo ello supone que el litigante de quien se solicita la absolución de las posiciones se encuentre en el conocido lugar de su residencia.

Contemplando la hipótesis contraria, esto es la de que "cuando habiendo juicio en curso no se encuentra la persona a quien se piden posiciones", ordena el artículo 621 que el secrtario practique "las diligencias conducentes a la citación personal, de las cuales hace relación en el proceso explicando por qué no ha tenido efecto la citación".

1º Que se fijen "en la casa de habitación de dicha persona, si aquella es conocida, y en las de dos o más de sus parientes, amigos o relacionados boletas en que se hace saber la citación".

2º Que por medio de un edicto que se publica en un periódico, si lo hay en el lugar del juicio, y de no, en el oficial del departamento, intendencia o comisaría, o de la nación, "se emplace a esa persona para que comparezca a practicar la diligencia dentro de los quince días contaderos desde la publicación del edicto".

3º Y, finalmente que el secretario extienda de ello "la correspondiente diligencia, a fin de que el juez, en un auto, declare hecha la notificación, expresando el día en que empiezan a transcurrir los mencionados quince días". Lo cual "no es aplicable al demandado que por falta de notificación personal de la demanda esté representado por curador *ad litem*".

Como se ve, para el supuesto de no encontrarse la persona a quien se piden posiciones, el artículo 621 prescribe un conjunto de diligencias tendientes, unas a la citación personal del absolvente y otras a su emplazamiento, el último de los cuales sobreviene a la frustración de la primera. Claro es que, para las diligencias concernientes a la citación personal del que reside en lugar distinto, cumple que ello se haga por comisión al juez de ese lugar. Pero, desde el momento en que por el comisionado se han surtido tales diligencias citatorias, con el resultado de no encontrarse al solicitado para las posiciones, ello es prueba de su falta de residencia allí o de que ha abandonado ésta. Entonces no queda más remedio que el del emplazamiento por edicto, para cuyo decreto sólo el juez de la causa tiene la competencia y el cual lógicamente ha de hacerse para que el emplazado comparezca a absolver las posiciones, no ante el juez de un lugar en que resultó no residía, sino ante el propio juez del conocimiento.

En la especie del pleito, se tiene que, habiendo fracasado ante el Juez Octavo Civil Municipal de Bogotá la comisión primeramente conferida por el Juez del Circuito de Fusagasugá para la citación de la señora Torres viuda de Cruz a absolver ante el comisionado las posiciones de que se trata (folios 12 y 13, cuaderno 4), el juez de Fusagasugá por auto de 7 de marzo de 1956 comisionó de nuevo al Juez Civil Municipal de Bogotá (Reparto) para que practicase esas diligencias, indicándole como sitio de residencia de la mencionada señora el distinguido con los números 18-07 y 18-07A de la carrera 30 sur, hiciera la relación explicativa al no tener efecto la citación, y fíjase en la dirección antedicha las boletas notificativas al respecto; y en el mismo auto se dispuso, para el caso de no ser posible obtener tal citación, emplazar a la señora Torres viuda de Cruz por edicto publicado en la *Gaceta de Cundinamarca* o en el *Diario Oficial*, a fin de que dentro de los quince días siguientes, contaderos desde la publicación del edicto, compareciese a la absolución de posiciones decretada, "presentación que debe hacer en este despacho" (folio 14 vuelto, cuaderno 4). Y es de observar que contra este auto no formuló el apoderado de la litigante emplazada reparo o reclamo alguno.

Ordenado por el Juez Décimo Civil Municipal de Bogotá, a quien correspondió en reparto, el cumplimiento de esta nueva comisión, de su resultado da cuenta el informe del empleado de secretaría que dice: "Señor Secretario: Informo a usted que por dos ocasiones me trasladé a la dirección indicada donde podía notificar a la señora AGAPITA TORRES VIUDA DE CRUZ, con el fin de citarla para absolver las posiciones. En dicha casa me dijeron que no se encontraba, ya que ella se la pasa la mayor parte fuera de Bogotá, pero que la casa sí era de ella". Con fundamento en este informe, el juez comisionado dispuso la fijación de las boletas de que trata el numeral 2º del artículo 621 del Código Judicial en la casa de habitación de la referida señora, diligencia que efectuó su secretario, según la constancia consignada por éste en el expediente (folio 77 vuelto, cuaderno ídem). Como no hay prueba de que fuesen conocidas casas de habitación de parientes, amigos o relacionados de la solicitada absolvente, es claro que en relación con la no fijación de boletas en ellas, no hacían falta constancias del secretario

en este punto. Devuelto, pues, todo lo actuado al juez comitente, éste ordenó el emplazamiento de la señora Torres viuda de Cruz, lo que así se hizo mediante edicto publicado en el número 7790 de la *Gaceta de Cundinamarca,* en el cual se le llama a comparecer en el despacho del juez del conocimiento, dentro de los quince días contados desde la publicación del edicto, "a fin de que personalmente absuelva las posiciones" en referencia (folios 78 y vuelto, 83 y 86, cuaderno ídem). Como todavía la emplazada no se hiciese presente, el Juzgado del Circuito de Fusagasugá, mediante auto de 15 de junio de 1956 (folio 84, cuaderno ídem), declaró "hecha la notificación" a la nombrada señora para la práctica de la diligencia de absolución de posiciones y señaló "la hora de las ocho de la mañana del día hábil siguiente al de la notificación de este auto por estado en adelante, para empezar a correr el término de los quince días de que dispone para la práctica de absolución de posiciones mencionada". Y vencido este término, sin que la emplazada se hubiera presentado a absolver las posiciones, el juez y el secretario lo hicieron constar así en acta de 18 de julio de 1956 (folios 84 vuelta y 85, cuaderno ídem).

Tales son los antecedentes con base en los cuales, mediante la articulación pertinente, el juez del circuito, en providencia de 4 de octubre de 1956 (folio 2, cuaderno 5), que fue confirmada por las del Tribunal Superior (sala unitaria), de fechas 18 de diciembre de 1956 y 7 de febrero de 1957 (folios 12 a 14 vuelto y 16, cuaderno ídem), declaró "probada la presunción de ser ciertos los hechos susceptibles de confesión", de que tratan las posiciones propuestas a la señora Torres viuda de Cruz.

No encuentra, pues, la Corte que se hubiera quebrantado la ley en la citación y emplazamiento de la señora Torres viuda de Cruz a absolver las posiciones, ni en la declaratoria de presumirse ciertos los hechos susceptibles de confesión sobre que las posiciones propuestas versaban. Es decir que no cometió el Tribunal error alguno de derecho en la valoración de esa prueba y que, por lo tanto, no pudo infringir por ese motivo la ley sustancial en los preceptos que el recurrente cita.

Todavía hay una razón más para desechar el cargo: es la de que el Tribunal fundó su decisión, relativamente a la condena que se impuso a la señora Torres viuda de Cruz, por razón de la demanda de mutua petición, en los artículos 2142 y 2184 del Código Civil concernientes al mandato, y no en los textos a que el impugnante se refiere. Pero, como en relación con la aplicación de los dichos artículos 2142 y 2184 no se propuso cargo alguno, es claro que el formulado por la causal primera, si no fracasara en el campo de la violación medio que ha quedado desechada, aún así no estaría llamado a prosperar por no tocar con el basamento de derecho sustancial en que se sustentó la sentencia.

No prospera, pues, el recurso.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha tres (3) de agosto de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al Tribunal de origen.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

NULIDAD

Es una sanción legal que se aplica a los actos que la ley prohíbe. — Los actos a que alude el artículo 6 del Código Civil son actos jurídicos de orden sustancial. — Diferencias entre las nulidades sustanciales o de derecho privado y las adjetivas o de derecho procesal.—Alcance del desistimiento de una demanda. — El desistimiento de un embargo o de un secuestro no implica el de ninguna pretensión o derecho sustancial.—Medio que brinda la ley para evitar el quebranto de la prohibición de que trata el artículo 462 del Código Judicial. — La acción de separación de bienes es irrenunciable.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., mayo 16 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava.*

Antecedentes.

En el mes de enero de 1958 la señora Petrona Canoles solicitó del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, que, como medida preventiva, se decretara el embargo y secuestro de varios bienes de su marido, señor Eduardo Hernández Castilla. Se pidió esta medida para asegurar las resultas de un juicio de separación de bienes que se propondría luego.

Por auto de 24 de enero del año citado, el juez decretó el embargo y secuestro invocados y dispuso librar los respectivos oficios de embargo. Cuatro días después, o sea el 28 de enero, la señora Canoles desistió de las medidas cautelares, con el consentimiento de su marido, señor Hernández Castilla. El juez admitió el desistimiento por auto del 29 de enero.

Tres meses y medio más tarde, esto es, el 12 de mayo del mencionado año de 1958, la misma señora Petrona Canoles promovió ante el propio Juez del Circuito de Cartagena, una demanda de separación de bienes contra su nombrado marido Eduardo Hernández Castilla. En su libelo pidió de nuevo la actora el embargo y secuestro preventivos de unos bienes del cónyuge demandado. Por auto de 13 de mayo el juez admitió la demanda y decretó la expresada medida preventiva.

Según se desprende de varias piezas que obran en este proceso, el aludido juicio de separación de bienes siguió su curso normal. El demandado Hernández Castilla propuso allí varias excepciones, entre ellas la de desistencia anterior de la acción de separación de bienes. Dicho negocio fue resuelto en segundo grado por sentencia de 10 de marzo de 1959, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y en la cual se decretó la separación y se declararon no probadas las excepciones propuestas.

El litigio.

En el mes de septiembre de 1959 el señor Eduardo Hernández Castilla demandó a su esposa, señora Petrona Canoles, ante el Juez Primero Civil del Circuito de Cartagena para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran estas declaraciones:

"a) Que es nula la actuación adelantada y llevada a cabo en el Juzgado Civil de este Circuito sobre 'medidas preventivas' propuestas por la señora Petrona Canoles, por medio de apoderado, en dicho Juzgado y por medio de las cuales fueron embargados y secuestrados los bienes relacionados en los hechos fundamentales de la demanda, medidas dictadas en la demanda de separación de bienes que la misma señora propuso contra el señor Eduardo Hernández Castilla (a. Pancho), en 12 de mayo de 1958;

"b) Que es igualmente nula y carece de efecto legal la providencia del señor Juez Segundo Ci-

vil de este Circuito, que lleva fecha trece (13) de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, por medio de la cual se decretó el embargo y secuestro de los bienes aludidos en la declaración anterior, por haber sido dictada contra expresa prohibición de la ley;

"c) Que la señora Petrona Canoles está obligada a indemnizar al señor Eduardo Hernández Castilla (a. Pancho) los perjuicios que le ha causado por los embargos y secuestros ilegales a que se refieren los puntos anteriores;

"d) Que la parte demandada está obligada a pagar las costas.".

La demanda narra los mismos hechos que se han expuesto como antecedentes y agrega una lista de los bienes que fueron objeto de la medida cautelar del embargo y secuestro.

La demandada no contestó el libelo, y el juicio fue resuelto en primera instancia mediante fallo de 15 de junio de 1962, en el cual se decretaron las nulidades pedidas, se ordenó el desembargo y el levantamiento del secuestro de los bienes preventivamente embargados y secuestrados en el juicio de separación de bienes y se condenó en costas a la parte demandada.

La sentencia acusada.

Abierto y surtido el segundo grado por apelación de la misma parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena profirió la sentencia de ocho de febrero de 1963, por la cual se revocó la decisión apelada, se denegaron las súplicas de la demanda, se absolvió a la demandada y se condenó en costas al demandante.

La motivación del fallo impugnado hace la reseña del juicio, fija los términos de la litis y expresa que lo primero que ha de considerarse es la aptitud del actor para demandar en juicio ordinario la nulidad de un acto procesal ejecutado en el juicio de separación de bienes.

Después de afirmar que la demanda de nulidad del decreto de embargo y secuestro preventivo de bienes dictado en el juicio de separación, equivale a la revisión de ese mismo acto por la vía ordinaria, dice la sentencia:

"Como es bien sabido, el artículo 448 del Código Judicial señala las causales de nulidad en todos los juicios, y el artículo 456 de la misma obra establece, como regla general, que las nulidades se declaran dentro del mismo juicio en que se produjeron. Pero, como es obvio, el motivo de nulidad debe estar formalmente establecido en la ley, por ser las causales taxativas, en razón de que sólo las enumeradas en el Código las generan.

"De acuerdo con el artículo 457 del Código Judicial, como excepción a la regla general de que las nulidades se discuten en el mismo juicio en donde se originan, es permitido discutir en juicio ordinario las nulidades de que adolecen los procesos en estos casos: falta de notificación y emplazamiento; el haber obrado en el juicio una persona como representante de quien figura como parte, indebidamente; o cuando se trate de nulidad de un remate en juicio ejecutivo, con falta de las formalidades prescritas para hacer el remate a que alude el inciso segundo del citado precepto".

La sentencia cita a continuación una doctrina de la Corte (LXXIX-2149, 262) sobre la acción de revisión por vía ordinaria de los asuntos que han sido antes resueltos por trámite especial y sobre los casos de revisión que la ley autoriza y concluye así:

"De manera que la acción sobre nulidad del auto que decretó el embargo y secuestro de los bienes aludidos en la demanda con que se inició este juicio, no puede ser motivo de revisión en juicio ordinario...

"Las consideraciones expresadas permiten establecer que no cabe revisar en juicio ordinario un acto meramente procesal como es el atacado por el actor, que pertenece a juicio especial que ya fue fallado y cuya nulidad no está expresamente consagrada por la ley como revisable en juicio ordinario, como ya se ha dicho".

El recurso de casación.

La parte demandante recurrió en casación y con respaldo en la primera de las causales señaladas por el artículo 520 del Código Judicial, formula contra la sentencia de segundo grado un cargo que la Corte procede a examinar.

La censura se hace consistir en la violación directa de los artículos 6º del Código Civil, 462 y 448 del Código Judicial, los dos primeros por falta de aplicación y el último por aplicación indebida.

En sustentación del motivo reproduce el recurso varios de los pasos ya transcritos de la sentencia impugnada y afirma: "Como se observa, el Tribunal confundió la nulidad impetrada en la demanda con la revisión de procesos que la ley establece para algunos casos".

Después de recordar que la acción de revisión es diferente de la nulidad y que así lo tiene acla-

rado la doctrina de la Corte, el mismo recurso expresa:

"Esa confusión en que incurrió el Tribunal lo llevó a considerar que las peticiones sobre nulidad impetradas en la demanda, podían ser resueltas como súplicas de revisión de procesos, y de ahí que hubiera enderezado su estudio a examinar si se estaba o no en presencia de la necesidad de cumplir el artículo 448 del Código Judicial.

"Concretó el Tribunal su estudio a la simple aplicación del artículo 448, citado, que trata de las nulidades procesales, y por ello violó dicha disposición. La aplicó a un caso que aquella no regula. Y como se trata de una disposición que la misma Corte, en varias sentencias, ha considerado de carácter sustantivo, el cargo de aplicación indebida es perfecto, y así deberá reconocerlo la máxima autoridad jurisdiccional".

Continúa diciendo el recurso que la demanda inicial de este litigio persigue la declaración de nulidad de una actuación y de la sentencia que en ella se produjo y que el derecho para impetrar esa nulidad nace del artículo 462 del Código Judicial, que dispone que la desistencia de una demanda repone las cosas al estado que tenían antes de ser intentada y que no se la puede proponer de nuevo por la misma parte y en la misma vía. Según este precepto, no se puede promover de nuevo una demanda desistida; la norma consagra una prohibición, y el quebranto de ésta genera una nulidad de orden sustancial, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 6º del Código Civil. En seguida añade: "De evidencia extraordinaria es que se realizó un acto contra expresa prohibición legal. Y no menos evidente es que tal transgresión operó la nulidad de tal acto. Luego si al Tribunal se le pidió estableciera la sanción y no lo hizo, violó en forma directa, por no querer aplicarlas, las dos disposiciones citadas: los artículos 6º del Código Civil y el 462 del Código de Procedimiento Civil".

La demanda de casación repite que la sentencia trató y resolvió la nulidad invocada como si se tratara de un vicio procesal y que por ello le aplicó indebidamente el artículo 448 del Código Judicial; que en cambio no se dio cuenta de que el vicio de la actuación y de la sentencia cuya nulidad se pretende, conlleva la sanción de una invalidez sustancial, y que al no declarar dicha nulidad, quebrantó, por falta de aplicación, los artículos 6º del Código Civil y 462 del Código Judicial.

El recurso expone otros argumentos encaminados a demostrar que el juicio ordinario es la vía adecuada para ventilar y decidir la nulidad invocada en esta litis.

Consideraciones de la Corte.

I. El artículo 6º del Código Civil explica en términos genéricos lo que se entiende por "sanción legal", esto es, la sanción que, en el campo civil, acarrea el incumplimiento de una ley. El inciso segundo de este precepto dispone que, "en materia civil, son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa". Lo cual significa que la nulidad es una sanción legal que se aplica a los actos que la ley prohíbe, pero, además, que esa sanción no es única, porque la propia ley puede imponer otra sanción diferente a los actos que violan sus prescripciones.

Los actos a que alude el mismo precepto son aquellos que los particulares pueden ejecutar en ejercicio de sus derechos civiles, es decir, que esos actos equivalen a los negocios jurídicos que figuran regulados por las normas del propio Código Civil. Los actos de esta índole que se ejecutan contra expresa prohibición de la ley, quedan afectados del vicio de invalidez. El artículo 1523 ibídem prescribe que "hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes", y el artículo 1741 estatuye que es absoluta la nulidad causada por un objeto ilícito.

De estas nociones se deduce que los actos a que hace referencia el artículo 6º del Código Civil son actos jurídicos de orden sustancial; que también es sustancial la nulidad que afecta los actos prohibidos por la ley, y que así mismo ha de tener carácter sustancial el precepto que consagra la prohibición determinante de la invalidez. Aludiendo a este punto expresó la Corte, en casación de 18 de junio de 1941 (LI-1973, 587), que el citado artículo 6º "contiene una proposición jurídica que se refiere única y exclusivamente a las nulidades sustantivas de que puedan adolecer los actos de la vida civil, cuando al ejecutarlos o celebrarlos se violen normas también sustantivas que los reglamentan, señalan sus requisitos intrínsecos o extrínsecos y fijan su alcance".

Es de anotar, además, que aunque la doctrina se esfuerza por hallar un criterio que unifique el tratamiento de las nulidades tanto en derecho público como en derecho privado, tradicionalmente se ha reconocido que las nulidades sustanciales o de derecho privado se distinguen de las nulidades adjetivas o de derecho procesal por las causas que las producen, por los actos a que se aplican y por las diferentes regulaciones legales a que unas y otras están sujetas (XLV - 1930, 820).

Esta diferencia no obsta para reconocer que hay actos jurídicos que, como el remate y la partición judicial de bienes, pueden llegar a ser afectados bien por una nulidad sustancial, bien por una nulidad procesal, según la causa y la naturaleza del vicio determinante de la invalidez.

II. El Capítulo VIII del Título 12 del Libro 2º del Código Judicial contiene los artículos 461 a 465, en los cuales se regula el desistimiento. El artículo 462 prescribe: "La desistencia de una demanda repone las cosas al estado que tenían antes de ser intentada; y no se puede proponer nuevamente por la misma parte y en la misma vía, salvo lo convenido expresamente en el escrito de desistimiento". Este *precepto se refiere a "la desistencia de una demanda", y por demanda se entiende el escrito en que, con sujeción a determinados requisitos formales, se impetra la tutela de una pretensión, esto es, de una relación jurídica sustancial. El desistimiento de una demanda equivale en principio a la renuncia de la pretensión que en ella se invoca, salvo que entre las partes se convenga expresamente otra cosa.*

En la ocurrencia presente se observa que la señora Petrona Canoles solicitó y obtuvo primero el decreto y práctica de unas medidas cautelares, consistentes en el embargo y secuestro de unos bienes de su marido Eduardo Hernández Castilla. Estas medidas se pidieron para asegurar las resultas de una anunciada demanda de separación de bienes. Antes de intentar esta demanda, la señora Canoles desistió de las medidas dichas y su desistencia fue aceptada por su marido y dio lugar a levantar las mismas medidas. Posteriormente la propia señora Canoles propuso una demanda de separación de bienes contra su cónyuge Hernández Castilla y pidió allí mismo que de nuevo se decretaran y practicaran las medidas cautelares de que antes había desistido. Tales nuevas medidas fueron ordenadas y ejecutadas. Cumple recordar, además, que cuando se inició el litigio presente, estaba ya resuelto en segunda instancia el mentado juicio de separación de bienes, en el cual el entonces demandado Hernández Castilla propuso la excepción de desistencia de la acción, excepción que se declaró no probada.

En primer lugar importa tener presente que el desistimiento de la señora Canoles se refirió concretamente a unas medidas precautorias de embargo y secuestro de bienes y no a una demanda, desde luego que aún no se había propuesto la de separación de bienes. *Por este aspecto no puede, pues, afirmarse que la señora dicha hubiera desistido de la acción de separación. El objeto de la desistencia fueron las medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes. Estas medidas no constituyen un proceso autónomo, con pretensiones sujetas a una decisión específica y propia, sino que son recursos accesorios que la ley procesal brinda con la finalidad de asegurar los resultados de una pretensión principal, manteniendo transitoriamente un estado de hecho. El embargo y secuestro de bienes son actos procesales, y quien, después de haberlos solicitado y obtenido, desiste simplemente de ellos, no renuncia a ninguna pretensión o derecho sustancial, ni ejecuta ningún negocio o acto jurídico.*

El artículo 462 del Código Judicial prohíbe intentar de nuevo por la misma parte y en la misma vía una demanda desistida, salvo lo acordado por las partes en el escrito de desistimiento. *El quebranto de esta prohibición no está erigido en causal de invalidez procesal por ningún precepto positivo, y en consecuencia esa transgresión no puede ser alegada como un motivo de nulidad dentro del juicio en que se la ha cometido ni en juicio separado, de acuerdo con lo prescrito por los artículos 456 y 457 del Código Judicial. La prohibición de reintentar una demanda desistida sólo puede hacerse valer y alegarse como una excepción o como un motivo de oposición contra la nueva demanda.* La ley no brinda otro medio que éste para evitar el quebranto de esa prohibición. Así debió entenderlo el propio señor Hernández Castilla cuando, en el juicio de separación de bienes que le promovió la señora Canoles, propuso la excepción de desistencia de la acción de excepción que allí le fue resuelta en forma desfavorable y con efectos de cosa juzgada.

Sostiene el recurso que la sentencia trató y decidió la nulidad demandada como un vicio procesal, con aplicación indebida del artículo 448 del Código Judicial, y que, en cambio no tuvo en cuenta que el libelo invoca la declaración de una nulidad sustancial producida por haberse intentado de nuevo una demanda desistida, acto que prohíbe el artículo 462 del Código Judicial y que el artículo 6º del Código Civil sanciona con aquella nulidad. Agrega el mismo recurso que, por no haberlo visto así, el fallo violó estos dos últimos preceptos, por falta de aplicación. A lo cual cabe observar: primero, que la señora Canoles, como viene expuesto, no desistió de una demanda, sino de un embargo y secuestro de bienes que fueron pedidos como medidas preventivas; segundo, que en consecuencia el desistimiento no implicó la renuncia de una pretensión o derecho sustancial, sino de un simple acto procesal; tercero, que al ser solicitada por segunda vez la medida cautelar del embargo y secuestro de bienes, no ejecutó la citada señora Canoles un acto jurídico sustan-

cial, sino un mero acto procesal; cuarto, que en tal caso no se produjo una nulidad sustancial, ni aun de carácter adjetivo, porque el quebranto de la prohibición consagrada por el artículo 462 del Código Judicial no está erigido en causal de invalidez procesal.

Y aun hay halgo más concluyente: conforme a lo estatuido por el artículo 198 del Código Civil la acción de separación de bienes es irrenunciable y no puede, en consecuencia, entenderse renunciada por el hecho de que el cónyuge demandante desista de la demanda en que ejercita dicha acción. La prohibición consagrada por el artículo 462 del Código Judicial no es aplicable a las demandas o pretensiones que son irrenunciables por estar interesado en ellas el orden público (Código Civil, 16).

De las consideraciones anteriores fluye la conclusión de que la sentencia no incurrió en ninguna de las violaciones de la ley que se le imputan por no haber decretado las supuestas nulidades de que habla la demanda inicial de esta litis.

Resolución.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de ocho de febrero de mil novecientos sesenta y tres, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en este juicio ordinario de Eduardo Hernández Castilla contra la señora Petrona Canoles.

Sin costas porque no se causaron.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA

Condiciones para que pueda ser atendida la intervención del opositor. — La sentencia en un juicio de pertenencia por usucapión, debe comprender también el análisis de la prueba del dominio pretendido por el opositor. — Alcance de la simple oposición a una demanda de pertenencia. — Cuando el opositor que no posee el bien no demanda su entrega, el juzgador no puede oficiosamente decretarla.—En casación no procede acusar a través del planteamiento global del problema probatorio. — El juzgador de instancia compete estimar si los testimonios reúnen las calidades de responsividad, exactitud y calidad.—La técnica de casación no autoriza entremezclar cargos fragmentarios para completar unos con otros. — Caso en que no se requiere la prueba específica de un estado civil.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, 29 de mayo de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por Pablo Enrique Galán Bermúdez contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, con fecha 14 de agosto de 1963, en el juicio ordinario en que, por la oposición de José Miguel Gómez Amaya como cesionario de un derecho hereditario en la sucesión de Martín Bermúdez Heredia, se convirtió el de pertenencia de unos inmuebles incoado por el mencionado Galán Bermúdez.

I

El litigio.

Pablo Enrique Galán Bermúdez, mediante acción intentada *erga omnes,* impetró del Juez Civil del Circuito de Tunja, se le declarase dueño exclusivo, por prescripción adquisitiva extraordinaria, de dos inmuebles ubicados en jurisdicción de Tunja, a saber:

a) La casa con el solar en que está edificada, sita en la calle octava (8ª) de esa ciudad, marcada con los números 126, 136, 148 y 160 de la nomenclatura urbana y comprendida por los linderos que el pedimento expresa;

b) La finca denominada "Siberia" o "La Aguadita", en la vereda de Runta, de la sobredicha jurisdicción municipal, y cuyos linderos se indican en la misma solicitud.

Como hechos fundamentales de sus pretensiones, Galán Bermúdez alegó haber poseído quieta y pacíficamente los referidos inmuebles, desde el año de 1925, sin reconocer dominio ajeno, haciendo consistir esa posesión: cuanto a la casa en "vivir en ella, darla en arrendamiento, hacer reparaciones, construir el garaje, reparar las cercas del solar, etc."; y cuanto a "la finca, sembrándola con diversos cultivos, especialmente trigo y papa, aprovechando los pastos, construyendo la casa que allí existe y, en general, por medio de actos a que sólo da derecho el dominio y la calidad de dueño".

Corriendo el emplazamiento general, presentóse José Miguel Gómez Amaya haciendo *oposición* a las peticiones de Galán Bermúdez, mediante escrito en que, refiriéndose a los hechos por éste aducidos, dice que "no son ciertos y por tanto los niego, por las siguientes razones:

"Los bienes que tratan de apropiarse poderdante y apoderado, son de propiedad de los herederos de Martín Bermúdez Heredia, quien los poseyó hasta su muerte. Hoy son de los herederos o subrogatarios en los derechos de éstos, o de los legatarios que señaló Bermúdez en su testamento.

"El señor Pablo Enrique Galán Bermúdez, hijo adoptivo del causante Martín Bermúdez Heredia, quien pide hoy la pertenencia de los bienes

de su padre adoptivo, lo hace, porque en el testamento otorgado por Bermúdez Heredia, no le dejó sino los bienes que le correspondían, conforme a la ley y a su conducta que observara para con el testador, según las mismas expresiones de éste en su testamento.

"El aspirante a la pertenencia solicitada, señor Galán Bermúdez, no es cierto que haya poseído a nombre propio las fincas de Bermúdez Heredia, durante el tiempo que determina la ley, para que tenga efecto la pertenencia. Dicho señor las tiene actualmente porque el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá se las dejó en calidad de secuestre.

"Actualmente se ventila el juicio de sucesión de Martín Bermúdez Heredia, en su despacho, y en dicho juicio el señor Galán Bermúdez fue opositor al secuestro, alegando su condición de dueño, lo que el Juzgado no le aceptó".

A este su memorial, con el fin de legitimarse en la oposición, agrega Gómez Amaya una copia del auto por el cual el Juez Segundo Civil del Circuito de Tunja lo reconoció, en el juicio de sucesión de Martín Bermúdez Heredia, como subrogatorio de derechos correspondientes a Neftalí Bermúdez Vaca en la misma mortuoria. Admitida la oposición, en cuya virtud el juicio especial de pertenencia hizo tránsito a juicio ordinario, en el cual Galán Bermúdez vino a asumir la calidad de demandado, por estar en posesión de los predios, culminó la primera instancia con fallo adverso al opositor, en el que se declara que Galán Bermúdez "ha adquirido por prescripción extraordinaria el derecho de dominio" de los inmuebles sobre que versó su pedimento.

Abierto el segundo grado por apelación de la parte vencida, lo desató la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de fecha 14 de agosto de 1963, cuya parte resolutiva reza:

"Primero. Revócase la sentencia de veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos sesenta y uno (1961), proferida por el Juzgado Segundo Civil de este Circuito.

"Segundo. Declárase fundada la oposición a la declaración de pertenencia, impetrada por el señor Pablo Enrique Bermúdez Galán (sic) sobre los bienes que adelante se mencionan.

"Tercero. Declárase que la sucesión del doctor Martín Bermúdez Heredia, representada por el doctor José Miguel Gómez Amaya en su calidad de subrogatario de Neftalí Bermúdez Vaca, es dueña de los siguientes bienes:

"a) La casa situada en la calle octava (8ª) (hoy calle 21), determinada con los números ciento veintiséis (126), ciento treinta y seis (136), ciento cuarenta y ocho (148) y ciento sesenta (160) de la nomenclatura antigua de Tunja, junto con el lote o solar en que se halla la edificación, todo lo cual se halla alinderado así: 'Por el Oriente, con casa del señor Héctor Wilches; por el Norte, con solar del doctor Francisco Mariño Parra; por el Occidente, con solares de herederos de Aristides Infante, solar de la casa de Alejandro Tamayo y solar de propiedad del señor Lorenzo Joya; por el Sur, con la calle octava al medio y solar de la casa del doctor Eduardo Rodríguez Castillo y encierra';

"b) La mitad de la finca denominada 'Siberia' o 'La Aguadita', ubicada en la vereda de Runta, jurisdicción municipal de Tunja, comprendida por los siguientes linderos: 'Por el Oriente, carretera del Progreso que conduce a Soracá y antiguo camino de Tunja a Runta y Puente de Boyacá, colindando al frente con predios de Alfonso Navarrete, Jerónimo Molina y otros; por el Norte, con la Carretera Central del Norte; por el Occidente, Carretera Central del Norte y predio del Reformatorio de Menores de propiedad del Municipio de Tunja; por el Sur, desde una alcantarilla y una mata de gurrubo y cerca de alambre, troncos de eucaliptus y matas de pino, a dar a la avenida, también por cerca de alambre, colinda por este costado con predios de Pedro González, Apolinar Bautista y herederos de Arturo Rodríguez'.

"Cuarto. Condénase al señor Pablo Enrique Bermúdez Galán (sic) a entregar a la sucesión del doctor Martín Bermúdez Heredia, representada por el doctor José Miguel Gómez Amaya, los bienes acabados de nombrar dentro de los treinta (30) días siguientes al auto de obedecimiento a lo dispuesto por el Superior.

"Quinto. Condénase al mismo señor al pago de los frutos civiles y naturales que hayan producido los citados inmuebles, a partir de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) la casa de la calle octava (8ª), y del veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), la finca de 'La Siberia'. Para la liquidación se seguirá el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

"Sexto. Condénase al señor Pablo Enrique Bermúdez Galán (sic) al pago de las costas de primera y segunda instancia".

Interpuesto por parte de Pablo Enrique Galán Bermúdez el recurso de *casación*, *procede* la Corte a decidirlo en este acto.

II

Motivos de la sentencia recurrida.

El Tribunal, luego de hacer el repertorio de los numerosos elementos de prueba aducidos por una y otra parte y de formular algunas observaciones al respecto, llega, como resultado del examen de las mismas pruebas, a las siguientes conclusiones:

Que "muy pocos son los testigos que hablan de una posesión exclusiva sobre la casa por parte del señor Bermúdez Galán. La mayoría de los citados por la parte demandada admiten que en la casa habitaba también el doctor Bermúdez.

"En frente de estos testigos, que sólo dan como razón de su dicho la amistad que tienen con el señor Bermúdez Galán, se encuentra la gran mayoría de los testigos, que se han citado, que indican la circunstancia especial, que los llevó a la casa del doctor Bermúdez y a darse cuenta de quién era el verdadero poseedor de la casa. Ésos testigos y en especial los que por haber convivido con el doctor Bermúdez, lo conocieron más de cerca, están de acuerdo en que desde antes de que el señor Galán hubiera figurado como hijo del doctor Bermúdez, ya éste habitaba en la casa y allí mandaba como dueño [I, d); III, d)].

"La destinación de la casa que hizo el doctor Bermúdez no fue determinada por la influencia o la voluntad del señor Galán. Según aparece de los testimonios explicados, espontáneos y contestes, el doctor Bermúdez ejerció en la casa la actividad de médico homeópata, y allí tenía una botica, que el señor Galán le ayudaba a manejar, bajo sus órdenes. Ni la actividad del médico, ni el manejo de la botica, se presentan subordinados a la iniciativa del hijo adoptivo para que se pudiera decir que éste era el que mandaba en la casa. Otro tanto se deduce de la existencia del oratorio en la citada casa, que pone de presente el ánimo religioso del doctor Bermúdez, no interferido ni rechazado por el señor Galán. No se ha demostrado que las celebraciones religiosas, que tenían lugar en la casa, necesitaran el visto bueno del señor Galán o que se realizaran por su iniciativa. En las exposiciones de los testigos, siempre, es el doctor Bermúdez el que resalta como centro de lo que tenía lugar en la casa y el único capaz de disponer lo que debía hacer. El alojaba a quienes solicitaban sus servicios como médico y los hacía partícipes de su devoción, sin que ninguno de ellos se refiera al señor Galán como el dispensador de tales beneficios.

"Se podría decir que al lado de los actos que tienen como finalidad la explotación económica de las cosas, como criterio para caracterizar la posesión, se deben tener en cuenta aquellos determinados por una finalidad espiritual o altruista, que por provenir de una necesidad interior, más íntima e intransferible, expresa con más nitidez el animus possidendi de quien los ejecuta. La destinación que dio el doctor Bermúdez a su casa, como lugar de curación, centro de culto religioso, pone de presente su espíritu altruista y religioso y caracteriza plenamente su posesión, excluyendo la alegada por su hijo adoptivo, que no presenta tales características.

"La diferencia de edad que debió existir entre el doctor Bermúdez como adoptante y el señor Pablo Enrique Galán, como adoptado, colocan a este último en condición de subordinación a la voluntad del primero, y privan a sus actos de 'posesión', del ánimo propio del poseedor. Para que pueda adoptarse se necesita que el adoptante sea mayor de edad y lleve al adoptado una diferencia de por lo menos quince (15) años, según enseña el artículo 271 del Código Civil. Si se piensa que el doctor Bermúdez llegó a Tunja en 1919 y murió en 1948, a la edad de 58 años, en la primera fecha tenía 29 años, de modo que para que pudiera adoptar a Pablo Enrique Galán se necesitaba que éste tuviera no más de catorce (14) años. De donde se deduce que por lo menos hasta el año de 1926, Pablo Enrique no alcanzó la mayor edad, de modo que si en ese tiempo anterior vivió en casa del doctor Bermúdez, lo hizo en su calidad de menor de edad, reconociendo la autoridad de su padre adoptante. Esa condición de subordinación y obediencia a las órdenes de su padre adoptante, es puesta de presente por muchos testigos.

"Ya cuando Pablo Enrique adquirió la mayor edad, y junto con su esposa continuó viviendo en la casa del doctor Bermúdez, se formó un grupo familiar, sin que se pueda deducir de las declaraciones, que el doctor Bermúdez hubiera sido desplazado en el dominio de la casa, pues hasta cuando se fue para Bogotá, meses antes de su muerte, y cuando ya Pablo Enrique había dejado de vivir allí, las personas que continuaron ocupándola, dependían del doctor Bermúdez [V, a); II, e)].

"Si la actividad del señor Galán era subordinada a la del doctor Bermúdez, y consistía en ayudarle en la botica y en el cultivo de las fincas que fue comprando, no se explicaría que pudiera adquirir esos bienes y de ahí por qué quien aparece comprándolos es el doctor Bermúdez, seguramente con lo que le producía el ejercicio de la homeopatía.

"El simple hecho de vivir en la casa del doctor Bermúdez, no es suficiente para alegar posesión, pues el animus domini, no aparece debidamente caracterizado como para alejar el equívoco que presentan los actos de personas que conviven y que inutiliza la pretendida posesión.

"Por otra parte, está acreditado plenamente que Pablo Enrique Bermúdez Galán [V, II, e)] salió de la casa del doctor Bermúdez, meses antes de la muerte de éste, por el disgusto que tuvieron, y que se fue a vivir a su casa, quedando entonces rotas las relaciones entre padre adoptante e hijo adoptivo. La posesión, si alguna había, habría quedado interrumpida, sin eficacia para llegar a la prescripción, al desaparecer sus dos elementos, y no aparecer demostrado que su recuperación se hubiera verificado en forma legal, como lo exige el artículo 2523 del Código Civil. Antes bien, según se comprueba, con las declaraciones mencionadas [V, a)], fue por medio de la fuerza como el señor Bermúdez Galán se hizo a la posesión de la casa de la calle octava (8ª), después de la muerte del doctor Bermúdez.

"Sólo, pues, se podría hablar de posesión por cuenta del demandado, en relación con la casa, a partir del mes de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), en que por medio de la fuerza la ocupó y desalojó a los que la guardaban, en nombre de la sucesión del doctor Bermúdez. Y desde esa fecha hasta la de la demanda, no han transcurrido los veinte (20) años necesarios para la prescripción extraordinaria.

"Como está demostrado plenamente [III, a)] que el doctor Bermúdez adquirió la casa de la calle octava (8ª) el doce (12) de enero de mil novecientos veintitrés (1923), y los solares adyacentes en mil novecientos veinticuatro (1924) y mil novecientos cuarenta y siete (1947) y a estos títulos se agregan los actos posesorios de que hablan los testigos y que se expusieron, se puede afirmar que el doctor Bermúdez fue el exclusivo poseedor de la casa, hasta su muerte en mil novecientos cuarenta y ocho (1948).

"En relación con el terreno de 'La Siberia'. Los testigos que presentó la parte demandada, hablan de una posesión por más de veinte (20) años, en cabeza de Pablo Enrique Galán Bermúdez. Pero se advierte vaguedad en algunos, como por ejemplo Rogelio Alvarez, que primero fija veinte (20) años, luego veinticinco (25) y después más de quince (15); Guillermo Espinosa, primero dice que la posesión data de mil novecientos veinte (1920) más o menos y luego que viene desde mil novecientos veintiocho (1928).

"El estudio del conjunto probatorio lleva a la conclusión de que sobre el predio de 'La Siberia', adquirido según se afirma por el doctor Bermúdez y el señor Pablo Enrique Bermúdez Galán, se ejerció una posesión conjunta, de común acuerdo entre el doctor Bermúdez y el señor Galán. Esta situación se reconoce al adjudicar a Pablo E. Galán la mitad de 'La Siberia', en el testamento.

"Como el demandado está en posesión del inmueble y al demandante correspondía demostrar que había ejercitado actos exclusivos de posesión, para que se reconociera a su favor el derecho de dominio, y las aportadas demuestran posesión conjunta; se debe, pues, reconocer que el dominio pertenece por partes iguales al demandado y a la sucesión del doctor Bermúdez".

III

El recurso extraordinario.

Divídese el libelo de impugnación en cuatro capítulos, de los cuales el primero se coloca bajo la causal primera de casación, y el segundo bajo la segunda; el tercero, aunque no dice a qué causal se refiere, se ubica por su estructura en el ámbito de la primera; y el último reduce su fórmula al enunciado de que "como conclusión de todos los cargos anteriores, la sentencia viola indirectamente los artículo 2512, 2518, 2527, 2531 y 2532 del Código Civil y el artículo 2º de la Ley 120 de 1928, por falta de aplicación, como consecuencia del error manifiesto del Tribunal en la valoración de la prueba presentada".

Por vía de método se procederá primeramente al examen del cargo por la causal segunda, como también al del reparo hecho bajo el ordinal a) del Capítulo Primero, que participa de la índole de aquél.

Cargo por la causal segunda (Capítulo II del recurso). Encuéntrase propuesto textualmente así: "La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

"Si se lee detenidamente el memorial de oposición (folio 34, cuaderno 1º), se observa que no hay peticiones. Se limita a expresar: 'Me opongo a que sean decretadas por su Despacho las peticiones que sobre pertenencia formula el doctor L. Sarmiento Buitrago a nombre de su poderdante, señor Pablo Enrique Bermúdez Galán'. Fuera de esta manifestación ninguna otra solicitud se hace; no hay demanda, no se pide declaración de dominio, no se pide la entrega de los bienes, no se demanda la condena al pago de costas, ni la condena al pago de frutos.

"Y todo esto se decide en la sentencia.

"Sobrepasa el límite del poder jurisdiccional al decidir sobre extremos que no han sido sometidos a la decisión judicial. Hay una defensa oficiosa que no está concedida al fallador".

Cargo a) por la causal primera (Capítulo I del recurso). Comenzando por recordar que, según el artículo 11 de la Ley 120 de 1928, el opositor en el juicio sobre declaración de pertenencia, de que dicha Ley trata, "será considerado como demandante si no está en posesión de la finca", arguye el acusador que "la calidad de demandante tiene su expresión jurídica en la demanda, lo que se pide, lo que se desea", con sujeción al principio que expresa el artículo 205 del Código Judicial.

Pero que "el memorial presentado por el doctor José Miguel Gómez (folio 34, cuaderno 1º), no tiene la contextura de una demanda; no tiene peticiones, no cita disposiciones de derecho sustantivo, no expresa con claridad los hechos, ni siquiera anota la vecindad de las partes... La sentencia acepta como demanda este memorial y da la calidad de demandante al opositor; viola, por consiguiente, las dos disposiciones citadas, e incide en el fallo por lo que luego se verá".

Se considera.

Cuando el artículo 11 de la Ley 120 de 1928 preceptúa que "el opositor en este juicio será considerado como demandante si no está en posesión de la finca", lo que claramente significa es que el contradictor que no posee recibirá el tratamiento de demandante en el desarrollo del proceso. Y desde luego que el peticionario de la declaración de pertenencia ha circunscrito ya el ámbito del juicio, concretando su pretensión de prescripción adquisitiva del dominio a un bien determinado, al contradictor le basta, para que su intervención pueda ser atendida, que, dentro del término de los emplazamientos, manifieste oponerse a aquella declaración, indicando el motivo por el cual se opone y con qué interés lo hace, o sea el derecho de dominio que de su lado intenta defender con la oposición. Exigir un rigor que sobrepase estos límites, conduciría al sacrificio del derecho de terceros en aras de un formalismo que no tiene asidero en la letra de la ley, ni en su espíritu, puesto que, para el anudamiento de la relación jurídico-procesal en el punto, no se advierten como indispensables determinaciones mayores de las que se dejan enunciadas.

En el caso de este juicio, como se ve de la transcripción al principio hecha del memorial de oposición de Gómez Amaya, éste dijo oponerse a las pretensiones de Galán Bermúdez, por los siguientes motivo: porque "no son ciertos" los hechos aducidos por éste; porque los bienes de que se trata "son de propiedad de los herederos de Martín Bermúdez Heredia, quien los poseyó hasta su muerte. Hoy son de los herederos o subrogatarios en los derechos de éstos, o de los legatarios que señaló Bermúdez en su testamento"; porque Galán Bermúdez, hijo adoptivo del causante Bermúdez Heredia, pide la pertenencia de tales bienes, dado que el causante no le dejó sino los que le correspondían conforme a la ley; y porque "no es cierto que (Galán Bermúdez), haya poseído a nombre propio las fincas de Bermúdez Heredia, durante el tiempo que determina la ley, para que tenga efecto la pertenencia. Dicho señor las tiene actualmente porque el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá se las dejó en calidad de secuestre". Agrega el opositor que el juicio de sucesión de Martín Bermúdez Heredia se ventila en la actualidad en el despacho del juez que conoce de la acción de pertenencia; y que, según auto procedente del referido juicio de sucesión, Gómez Amaya ha sido reconocido "como subrogatario de los derechos y acciones que le corresponden a Neftalí Bermúdez Vaca en dicho juicio", auto con el cual —dice— "acredito los derechos que con la presente oposición defiendo".

La oposición que se contempla ofrece los elementos indispensables para serlo, y por lo mismo, al darle curso, no se desconocieron los artículos 11 de la Ley 120 de 1928 y 205 del Código Judicial, ni por este motivo se franqueó el paso a la inconsonancia a que el recurrente alude.

Sin embargo, como la censura en el capítulo especialmente destinado a sustentar el cargo de incongruencia, alega que en el memorial de oposición "no hay peticiones", "no se pide declaración de dominio, no se pide la entrega de los bienes, no se demanda la condena al pago de costas, ni la condena al pago de frutos. Y todo esto se decide en la sentencia", se hace indispensable examinar si el ataque por estos aspectos tiene o no razón alguna.

Es evidente que carece de sustento el cargo de inconsonancia en lo tocante con el punto tercero de la parte resolutiva del fallo, en donde se declara que "la sucesión del doctor Martín Bermúdez Heredia, representada por el doctor José Miguel Gómez Amaya, en su calidad de subrogatario de Neftalí Bermúdez Vaca, es dueña de los siguientes bienes": (la casa ya referida y la mitad de la finca "Siberia" o "La Aguadita"). Porque, aunque la oposición hecha en pro de la referida sucesión por el subrogatario de derechos en la misma, doctor José Miguel Gómez Amaya, no contuviera en forma expresa la súplica de una declaración de dominio en los dichos bienes, ello

iba ínsito en las razones estructurales de la oposición, expuestas atrás. Esta se hacía, precisamente, para que se denegase a Galán Bermúdez su pedimento de pertenencia, por ser las fincas de propiedad de la sucesión de Bermúdez Heredia. Es decir, que el rechazo de la acción de Galán Bermúdez en cuanto a la casa de Tunja y a la mitad de la finca "La Siberia", implicaba el reconocimiento del dominio de estos bienes en manos de esa sucesión.

Como bien lo dijo la Corte, en sentencia de 6 de julio de 1950 (Sala de Negocios Generales), "Conforme al artículo 11 de la Ley 120 de 1928 en que se funda la acción de pertenencia, 'el opositor en este juicio será considerado como demandante si no está en posesión de la finca'; de donde se sigue que, trabada la controversia en tales circunstancias, el fallo con que se decida no puede limitarse —como a primera vista parece— a la simple calificación de la prueba sobre posesión por el tiempo que la ley prescribe, para declarar o negar la usucapión, sino que ha de comprender también, y para análogos efectos, la del dominio pretendido por el demandante opositor, tal como lo entendió el Tribunal de primera instancia" (LXVII, página 691).

Pero, si el cargo de incongruencia es improcedente en lo relativo al punto tercero de la resolución del Tribunal, no puede decirse lo mismo respecto de los puntos cuarto y quinto de la misma en que se condena a Galán Bermúdez a entregar a la sucesión de Bermúdez Heredia los bienes dichos y a pagarle los frutos de esos bienes. Porque, *la simple oposición a una demanda de pertenencia, por su naturaleza no conlleva súplica distinta de la del reconocimiento a favor del contradictor del derecho en que se funda para oponerse y, consecuencialmente, la de que se niegue la pretensión del supuesto prescribiente. Mas, no abarca de parte del opositor pedimento restitutorio alguno, el que tendría que ser objeto de una acción formalmente deducida.*

Quiere decir que en este caso el Tribunal incurrió en un exceso —ultra petita—, al imponer bajo los puntos cuarto y quinto, a Galán Bermúdez, condenas de restitución de bienes y pago de frutos, propias de la acción reivindicatoria y que no fueron materia de las pretensiones deducidas por el opositor.

Así que la sentencia de segunda instancia tendrá que ser casada en lo atinente a estos dos puntos. Mas, como la suerte que éstos corren no puede afectar por ello sólo los demás extremos del fallo, que se enmarcan en la esfera propia del litigio sobre declaración de pertenencia con oposición, tendrá que procederse al estudio de los demás cargos, para averiguar si son suficientes a desquiciar, sí o no, esos otros extremos.

Cargo b) por la causal primera (Capítulo I del recurso). Su planteamiento reza literalmente así:

"La sentencia es violatoria de la ley sustantiva por error de hecho. Se acepta como demostrada jurídicamente la calidad de hijo adoptivo de Pablo Enrique Galán Bermúdez sin que exista la prueba legal en el expediente. No se requirió la escritura pública que ordena el artículo 280 del Código Civil y se aceptó, en cambio, la simple prueba testimonial.

"Esta omisión es evidente en el proceso y el error influye en la sentencia porque, por esta calidad, erróneamente aceptada, se desconoce la posesión de Galán Bermúdez, a nombre propio, sobre los bienes litigados.

"Hay violación del artículo citado porque el fallador supone que existe una prueba que en verdad no fue llevada al expediente".

Se considera.

Suponiendo, por vía de amplitud, que la integración de este cargo estuviera hecha a través del Capítulo Cuarto, en el que faltando a la técnica del recurso se enumeran, en forma separada de los demás capítulos de la censura, las disposiciones del Código Civil sobre prescripción que se pretende infringidas, el cargo queda contrarrestado con la siguiente observación: este debate no versa sobre el estado civil de hijo adoptivo de Pablo Enrique Galán Bermúdez respecto del finado Martín Bermúdez Heredia, ni sobre derechos u obligaciones que se derivasen de ese estado. *Que si tales extremos fuesen parte de la relación jurídico-procesal debatida, desde luego sería indispensable que se hubiesen aducido la prueba formal de aquella adopción, que no sería otra que la escritura pública debidamente registrada, en que tal acto se hubiese hecho constar, como lo disponía el primitivo artículo 280 del Código Civil, sustituido hoy por el nuevo artículo 278 (Ley 140 de 1960).*

Mas, como la circunstancia de ser Galán Bermúdez *hijo adoptivo* de Martín Bermúdez Heredia, *sólo obró en el criterio del sentenciador para calificar el comportamiento o intervenciones* de Galán Bermúdez *en relación con la posesión de los bienes* del finado Bermúdez Heredia, *es claro que basta la admisión que las partes en el proceso hicieron de aquella calidad de hijo adoptivo en Galán Bermúdez, para que el Tribunal hubiera podido tenerla por establecida y apreciar ciertos aspectos de la cuestión de hecho litigada, con base en ese supuesto.* Para asentar el cual, se

fundó el juzgador, no solamente en los testimonios que relaciona en el capítulo II de la parte expositiva de su pronunciamiento, sino, lo que es más fuerte, en la declaración hecha por Martín Bermúdez Heredia en su testamento y en la absolución de Galán Bermúdez, de posiciones en el juicio. En efecto: en la cláusula segunda de su testamento, Bermúdez Heredia, luego de indicar lo que asigna a Galán Bermúdez, dice: "Todo esto se lo dejo en su carácter de hijo adoptivo. No le dejo más, pues por su mala conducta con respecto a mí lo considero indigno de sucederme" (folio 29 vuelto, cuaderno 2º). Y en las posiciones absueltas dentro del juicio por Galán Bermúdez, éste, a la pregunta segunda "¿Diga cómo es cierto, sí o no, que usted es hijo adoptivo del doctor Martín María Bermúdez, porque éste lo reconoció conforme a las leyes que nos rigen?", contestó. "Sí, es cierto" (folio 12 vuelto, cuaderno 2).

Entonces, es claro que el Tribunal, al tener por establecida la calidad de hijo adoptivo en Galán Bermúdez, que, como está dicho, no fue discutida por las partes en el juicio, sino antes bien admitida por éstas, y dado que esa calidad no era objeto del litigio, como tampoco lo fueron derechos y obligaciones derivados de la misma, no violó, como lo pretende el impugnante, el antiguo artículo 280 del Código Civil, hoy 278 ibídem.

Cargo c) por la causal primera (Capítulo I del recurso). Se ofrece así: "La sentencia es violatoria de Ley Sustantiva también por error de hecho, en cuanto declara que la sucesión de Martín Bermúdez Heredia es dueña de los bienes.

"En la parte motiva (folio 15 vuelto, cuaderno 4º) se dice: 'No figura la escritura de compraventa del terreno denominado 'La Siberia' que dice el testador, doctor Bermúdez, haber comprado en compañía de su hijo adoptivo al señor Severo Bautista'.

"A pesar de esto en la parte resolutiva se hace la declaración de que la sucesión de Martín Bermúdez Heredia es dueña de la mitad de ese inmueble y ordena la restitución de la totalidad.

"Viola los artículos 745 del Código Civil porque no hay título traslaticio del dominio; el 756 ibídem, porque tampoco hay inscripción en la Oficina de Registro; y el 950 ibídem, porque acepta la reivindicación sin comprobar legalmente el dominio".

Se considera.

Aunque el cargo, en su enunciado introductivo, está formulado como si se supusiera que el sentenciador declaró pertenecer a la sucesión de Martín Bermúdez Heredia los bienes de que se trata, sin existir la prueba instrumental solemne de la adquisición del dominio, con todo en su desarrollo se concreta a la mitad de la finca "La Siberia", mitad cuyo dominio se le reconoció a dicha sucesión.

Es que respecto de la casa de Tunja, el sentenciador encontró que el causante había adquirido su dominio, por compra a Refugio Calderón v. de Espinosa, según la escritura número 13 de 12 de enero de 1923, de la Notaría Segunda de Tunja, y los solares adyacentes, por las compras de que tratan las escrituras números 673 de 24 de julio de 1924 y 1287 de 30 de septiembre de 1947, ambas de la citada Notaría (folio 15 vuelto, cuaderno 4º), pruebas éstas sobre cuya estimación por el juzgador no se ha hecho acusación alguna en el recurso.

Por lo demás, la censura contra la declaración de ser la sucesión de Martín Bermúdez Heredia dueña de la mitad del inmueble de "La Siberia", se hace constar en la violación de los artículos 745, 756 y 1950 del Código Civil, por no existir título traslaticio de dominio, ni inscripción en el registro, y haberse aceptado la reivindicación sin la prueba legal del dominio.

Mas el ataque queda fuera de órbita, en cuanto no fue en ningún acto escriturario formal en lo que entendiera basarse el juzgador para decidir que la mitad de "La Siberia", pertenece a la sucesión aludida. Bien al contrario, en relación con este inmueble, el fallo, luego de haber advertido que "*no figura la escritura de compraventa del terreno denominado La Siberia,* que dice el testador doctor Bermúdez haber comprado en compañía de su hijo adoptivo, al señor Severo Bautista" (folios 15 vuelto y 16, cuaderno 4º), sostiene —como lo muestra la transcripción del proveído hecha en su lugar—, que el estudio del conjunto probatorio lleva a la conclusión de que sobre el predio de "La Siberia" "se ejerció una posesión conjunta, de común acuerdo entre el doctor Bermúdez y el señor Galán"; que las pruebas aportadas "demuestran posesión conjunta; se debe, pues, reconocer que el dominio pertenece por partes iguales al demandado y a la sucesión del doctor Bermúdez" (folio 21 vuelto, cuaderno id.).

Entonces, el fundamento de la declaración de pertenecer la mitad de "La Siberia" a la referida sucesión, estriba exclusivamente en la posesión conjunta que el Tribunal encontró habían tenido sobre esa finca el causante Bermúdez Heredia y el pretenso prescribiente de la totalidad, Pablo Enrique Galán Bermúdez.

El cargo queda así al vacío, manteniéndose en pie, por no haber sido impugnado, el argumento de la posesión conjunta en que se apoyó el Tribunal para reconocer a la sucesión de Bermúdez Heredia la pertenencia de la mitad de "La Siberia".

Cargo a) del Capítulo III del recurso. Formulado por "error de derecho", está presentado así: "El Tribunal *desconoce o niega el valor probatorio* de los testimonios rendidos por Eliécer Vargas, quien afirma que Galán posee La Siberia desde 1928; de Rosendo Puerto, quien afirma que Galán ha poseído durante treinta años; de Jorge Ayala, quien dice que esa posesión data de 1928; de Roberto Cárdenas, igual a la anterior; de Oliverio Fonseca, quien se refiere a los dos inmuebles de la demanda y remonta la posesión de Galán a 1928; de Rogelio Alvarez, que afirma una posesión de veinticinco años; de Francisco Camargo, que aduce veinte años de posesión; de Misael Díaz Quiroga, de Francisco Rodríguez Dulcey, de Guillermo Espinosa, Eliseo Medina y Marco Antonio Orjuela.

"Doce testigos que concuerdan en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, hacen plena prueba, según la ley, especialmente en tratándose de posesión que, como hecho que es, tiene como prueba inmejorable la testimonial.

"Se viola el artículo 697 del Código Judicial".

Se considera.

La simple transcripción de la censura pone de manifiesto su ineficacia, porque, aun dejando de lado el defecto de que tendría que irse a traer del último capítulo los preceptos de derecho sustancial que se suponen violados, lo que no se acomoda al orden en el recurso, es lo cierto que el cargo por violación de la ley probatoria tampoco cumple con una exigencia, inexcusable, de la misma técnica: La necesidad de que por el acusador se singularice y demuestre el error de valoración probatoria que se pretende cometido por el Tribunal (antes artículos 520, ordinal 1º y 531 Código Judicial; hoy artículos 52, ordinal 1º, y 63 Decreto-ley 528 de 1964).

Por ello, es doctrina constante la de que, en casación, "no procede acusar a través del planteamiento global del problema probatorio, en busca de que la Corte se forme una evidencia diferente a la que el juzgador de instancia se formó". Y es esto precisamente lo que aparece en el cargo que se contempla, el que se limita a hacer una enumeración global de testimonios sobre la pretendida posesión de Galán, ya respecto de una o de otra finca o indistintamente de ambas, y, aunque con indicación de años, sin concretar los hechos posesorios a que los testigos se hubieran referido, ni mostrar la concordancia que la censura pretende existe entre todas esas declaraciones en cuanto a circunstancias de tiempo, modo y lugar.

De otra parte, si a términos del artículo 697 del Código Judicial, "dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley", no resulta menos cierto que compete al sentenciador de instancia, en ejercicio de la autonomía de juzgamiento que le es propia y atendiendo a las directrices de la sana crítica, el estimar si los testimonios reúnen las calidades de responsividad, exactitud y calidad que los hagan satisfactorios y si concuerdan en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en relación con los sucesos sobre que versan, todo lo cual constituye cuestiones fácticas cuya apreciación por el juzgador ha de respetarse en tanto no se le demuestre, a través de una acusación formalmente propuesta, haber incurrido en error de hecho evidente.

Hay más: el Tribunal, frente al acervo de pruebas que respecto de la posesión de los bienes del litigio se adujeron por una y otra parte y de que hizo recesión minuciosa, estimó —como se ve del traslado de sus consideraciones hecho atrás—, lo siguiente: En cuanto a la casa de Tunja: que el verdadero poseedor de ésta lo fue hasta su muerte el doctor Martín Bermúdez Heredia; y que en relación con tal finca sólo se podría hablar de posesión por cuenta de Galán, a partir de agosto de 1949, en que a la fuerza se apoderó de la misma, sin que desde entonces haya podido transcurrir el lapso necesario para la prescripción extraordinaria. Y en cuanto al fundo de "La Siberia": que "se advierte vaguedad" en algunos de los testimonios que adujo la parte demandada, reparo a que da objetividad, citando por vía de ejemplo las declaraciones de Rogelio Alvarez y Guillermo Espinosa, y que "el estudio del conjunto probatorio lleva a la conclusión de que sobre el predio de 'La Siberia', adquirido según se afirma por el doctor Bermúdez y el señor Pablo Enrique Bermúdez Galán, se ejerció una posesión conjunta, de común acuerdo entre el doctor Bermúdez y el señor Galán".

Si, pues, la sentencia (puntos 1º, 2º y 3º de la parte resolutiva), descansa en aquellos hechos, que para el juzgador están demostrados con los medios de convicción aportados al juicio, es claro que su dictamen sobre los mismos no puede ser

variado en casación, al no prosperar, como no prospera el reparo por error de derecho y no tratarse de incidencia en yerros de hecho en la estimación de tales pruebas.

Cargo b) del Capítulo III del recurso. Su letra es la siguiente: "Desconoce el honorable Tribunal el nombramiento de albacea testamentario de Martín Bermúdez Heredia hecho en la persona del señor Carlos Julio Vaca (folio 30, cuaderno 2º), al disponer que los bienes se entreguen a uno de los subrogatarios de un solo heredero, con prescindencia no sólo del albacea sino de los otros herederos y del otro cosubrogatario del mismo, doctor José Miguel Gómez Amaya.

"Los bienes de la sucesión de Martín Bermúdez fueron todos legados a diversas entidades, como puede leerse en el testamento; por consiguiente, el albacea es la persona encargada de cumplir la voluntad del testador.

"Se viola el artículo 1327 del Código Civil que confiere tal misión al albacea y sólo subsidiariamente a los herederos".

Se considera.

Como la condena a la entrega de los bienes no va a quedar en pie, no tiene la Corte para qué ocuparse del cargo, dada la sustracción de la materia a que el mismo está contraído.

Capítulo IV del recurso. El único cargo en este Capítulo contenido, cuyo texto formular se transcribió arriba, aparece propuesto a manera de corolario de todos los anteriores, bajo la simple afirmación de que la sentencia viola indirectamente los artículos 2512, 2518, 2527, 2531 y 2532 del Código Civil y el artículo 2º de la Ley 120 de 1928, por falta de aplicación, como consecuencia de error "en la valoración de la prueba". Y a modo de desarrollo de este último aserto, el recurrente se limita a expresar que "los doce testigos citados en el ordinal a) del Capítulo anterior, son plena prueba, óptima ante la ley, para demostrar la pertenencia por prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio".

Se considera.

Fuera del defecto, notorio en este paso del recurso y a que ya se hizo alusión, de entremezclar cargos fragmentarios para completar unos con otros, cabe apuntar que el impugnante al intentar atacar por error de derecho en la valoración de la prueba, ha debido señalar, por exigirlo así la técnica de la causal primera de casación, los textos de la ley probatoria que en su concepto hubieran sido infringidos por el sentenciador y cuya violación sería entonces el medio indispensable para poder llegar a encontrar el pretendido quebranto de los preceptos sustanciales con que la acusación se relaciona.

Pero no lo hace así el recurrente en este Capítulo de su libelo, por modo que dejó la censura en mitad del camino; y si por la referencia final a la cita contenida en el ordinal a) del Capítulo III, respecto de la prueba testimonial, hubiera de tenerse como reproducido ahora el ataque allí hecho en ese particular, las razones con que fue desechado aquel cargo valdrían ahora para desestimar el que se ventila.

Observación final.

En razón de prosperar el cargo de incongruencia por el aspecto en que fue deducido, según se estudió atrás, la sentencia del Tribunal habrá de ser infirmada a fin de suprimir los puntos cuarto (4º) y quinto (5º) de su parte resolutiva.

En cuanto a lo demás, se mantendrá lo dispuesto en los puntos primero (1º), segundo (2º) y tercero (3º) de la misma decisión y se absolverá del pago de costas al demandado Galán Bermúdez.

Resolución.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de segunda instancia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, con fecha catorce (14) de agosto de mil novecientos sesenta y tres (1963), y, como juzgador de instancia, en su lugar,

Resuelve:

Primero. REVÓCASE la sentencia de veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos sesenta y uno (1961), proferida por el Juzgado Segundo (2º) Civil del Circuito de Tunja.

Segundo. Declárase fundada la oposición a la declaración de pertenencia impetrada por el señor Pablo Enrique Galán Bermúdez sobre los bienes que adelante se mencionan.

Tercero. Declárase que la sucesión del doctor Martín Bermúdez Heredia, representada por el doctor José Miguel Gómez Amaya, en su calidad de subrogatario de Neftalí Bermúdez Vaca, es dueña de los siguientes bienes:

a) La casa situada en la calle octava (8ª) hoy calle 21), determinada con los números ciento

veintiséis (126), ciento treinta y seis (136), ciento cuarenta y ocho (148) y ciento sesenta (160) de la nomenclatura antigua de Tunja, junto con el lote o solar en que se halla la edificación, todo lo cual se encuentra alindado así: "Por el Oriente, con casa del señor Héctor Wilches; por el Norte, con solar del doctor Francisco Mariño Parra; por el Occidente, con solares de herederos de Aristides Infante, solar de la casa de Alejandro Tamayo y solar de propiedad del señor Lorenzo Joya; por el Sur, con la calle octava al medio y solar de la casa del doctor Eduardo Rodríguez Castillo y encierra";

b) La mitad de la finca denominada "Siberia" o "La Aguadita", ubicada en la vereda de Runta, jurisdicción municipal de Tunja, comprendida por los siguientes linderos: "Por el Oriente, carretera del Progreso que conduce a Soracá y antiguo camino de Tunja a Runta y Puente de Boyacá, colindando al frente con el de Alfonso Navarrete, Jerónimo Molina y otros; por el Norte, con la Carretera Central del Norte; por el Occidente, carretera Central del Norte y predio del reformatorio de menores de propiedad del Municipio de Tunja; por el Sur, desde una alcantarilla y una mata de gurrubo y cerca de alambre, troncos de eucalíptus y matas de pino a dar a la avenida, también por cerca de alambre, colinda por este costado con predios de Pedro González, Apolinar Bautista y herederos de Arturo Rodríguez".

Cuarto. Sin costas en las instancias ni en el recurso extraordinario.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al Tribunal de origen.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.,
Secretario.

SIMULACION

Interés jurídico para demandarla. — Sociedad conyugal. — Régimen de bienes. — Legitimación del cónyuge supérstite para entablar la acción de simulación. — Los certificados de que habla el artículo 632 del Código Judicial, compete expedirlos a los Jueces y Magistrados, pero no a los Secretarios.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, junio 8 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

Contra la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 24 de junio de 1965, interpuso casación la parte demandada. Admitido el recurso, decide ahora la Corte sobre el mérito de la demanda de casación correspondiente.

I

Antecedentes

Efraín Montoya Quirós, hijo legítimo de Efraín Montoya Upegui y María Rita Quirós, contrajo matrimonio católico el 1º de mayo de 1950 con Lucía Correa, y de esa unión han nacido varios hijos.

Por escritura pública número 93 de 22 de mayo de 1961, otorgada ante el Notario Público del Distrito de Venecia, Departamento de Antioquia, el nombrado Efraín Montoya Quirós aparece vendiendo a Efraín Montoya Upegui, los siguientes bienes raíces: 1) Una casa de habitación con dos locales y el solar correspondiente, situada en el área urbana de Venecia; 2) Un lote de terreno, ubicado en la carrera Socorro del mismo municipio, con mejoras de café y plátano; y 3) otro lote de terreno con dos casas de habitación y un local para tienda, también situado en el área urbana del Municipio de Venecia.

Según se expresa en la cláusula segunda de dicha escritura, los inmuebles relacionados fueron adquiridos por Montoya Quirós en la siguiente forma: el marcado con el número 1 por compra a Arturo González, de conformidad con la Escritura número 114 de 8 de julio de 1960, de la Notaría de Venecia, registrada el 8 de septiembre del mismo año; el marcado con el número 2 por compra a Antonio Diossa R., según Escritura número 160 de 30 de agosto de 1956, de la misma Notaría, registrada el 18 de septiembre siguiente; y el marcado con el número 3 por compra también a Arturo González por Escritura número 115 de 8 de julio de 1960, igualmente de la Notaría de Venecia.

El precio de venta de los referidos bienes se fijó en la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00) moneda corriente, que Efraín Montoya Quirós declaró tener recibidos a su satisfacción.

Con fundamento en los hechos que se dejan relacionados y expresando, además, que el traspaso de los bienes se hizo en forma simulada "con el fin de burlar los derechos de sus hijos y el derecho de su esposa"; que tales bienes tienen un valor real mayor de sesenta mil pesos ($ 60.000.00); y que Efraín Montoya Quirós ha continuado con la administración de los mismos, Lucía Correa de Montoya demandó a su marido, el nombrado Efraín Montoya Quirós, y a su suegro, Efraín Montoya Upegui, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se hiciesen las siguientes declaraciones:

"a) Que es absolutamente nula, por simulación o por carencia de causa u objeto lícito, o por falta de pago del precio, el contrato de compraventa relacionado en la Escritura Pública número 93 de 22 de mayo de 1961 de la Notaría de Venecia y por medio de la cual Efraín Montoya Quirós dijo vender a su padre Efraín Mon-

toya Upegui unos bienes inmuebles situados en el Municipio de Venecia;

"b) Que como consecuencia de la declaración anterior los bienes inmuebles delimitados e individualizados en la referida escritura y en el hecho primero de este libelo de demanda pertenecen a la sociedad conyugal ilíquida formada por Lucía Correa y Efraín Montoya Orozco (sic) y radicados en cabeza de éste;

"c) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, el señor Efraín Montoya Upegui está en la obligación de restituir a la sociedad conyugal Montoya Correa los bienes inmuebles delimitados e individualizados en el hecho primero de esta demanda".

Dos peticiones subsidiarias formuló además la demandante: la de rescisión del contrato por lesión enorme, y la de nulidad del mismo "por haber sido un contrato doloso y por carencia de los requisitos legales necesarios por tener causa y objeto ilícitos".

Solamente el marido de la demandante se opuso a sus pretensiones y propuso las excepciones de ilegitimidad en la personería de la parte actora y de carencia de acción, por no tener derecho para intentar las que ha propuesto; y la de prescripción extintiva.

El Juzgado Civil del Circuito de Fredonia absolvió a los demandados de las pretensiones del libelo, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al decidir la segunda instancia del juicio, abierta por apelación de la parte demandante, revocó la sentencia del Juzgado e hizo la declaración de simulación del contrato de compraventa a que se refiere la demanda. Dice así lo resolutivo del fallo del Tribunal:

"1º Se revoca la sentencia de la fecha y procedencia indicadas y en su lugar se resuelve.

"2º Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

"3º Declárase que es absolutamente simulado el contrato de compraventa relacionado en la Escritura Pública número 93 de 22 de mayo de 1961 de la Notaría de Venecia y por medio del cual Efraín Montoya Quirós dijo vender a su padre Efraín Montoya Upegui los bienes inmuebles enunciados en la demanda.

"4º Declárase que como consecuencia de lo anteriormente dispuesto los bienes inmuebles delimitados e individualizados en la referida escritura y en el hecho primero de la demanda pertenecen a la sociedad conyugal ilíquida formada por Lucía Correa y Efraín Montoya Quirós y radicados en cabeza de éste.

"5º Declárase que como consecuencia de las anteriores disposiciones el señor Efraín Montoya Upegui está en la obligación de restituir a la sociedad conyugal Montoya-Correa los bienes inmuebles delimitados e individualizados en el hecho primero de la demanda.

"6º Dese cumplimiento al artículo 2652 del Código Civil.

"7º Se condena en costas a los demandados".

Este es el fallo materia del presente recurso de casación.

II

Consideraciones de la sentencia del Tribunal

Advierte el fallo que la petición principal de la demanda está formulada en forma injurídica y antitécnica, porque el libelista confunde las acciones de nulidad y de simulación, que la jurisprudencia ha diferenciado con nitidez, pero que interpretando la demanda en su conjunto se deduce que la acción principalmente instaurada "es la de simulación absoluta y no la de nulidad del contrato" de compraventa contenido en la Escritura número 93 de 22 de mayo de 1961, de la Notaría de Venecia.

Se refiere el sentenciador a las características de la simulación y anota que "una de las cuestiones previas que debe examinar el Juez se relaciona con la investigación encaminada a saber si el demandante tiene o no derecho para promover la acción, vale decir, con otras palabras, se ha de indagar sobre su interés jurídico en que se hagan las declaraciones pertinentes del libelo".

Anota que las partes contratantes, sus causahabientes y en general toda persona que tenga interés jurídico en hacer privar el acto secreto sobre el público, tiene la acción de simulación.

Entra luego el fallador a considerar el interés de la demandante, frente a las alegaciones de la parte demandada, relacionadas con la libertad de administración y disposición que la Ley 28 de 1932 consagra para cada uno de los cónyuges; hace algunas citas doctrinarias y estima que la mujer "sí tiene interés jurídico en impugnar contratos celebrados por su esposo en fraude de los intereses de la sociedad conyugal ilíquida. Acontece como en el caso del deudor que aunque por regla general tiene la libre administración y disposición de sus bienes, cuando dispone de ellos en fraude de sus acreedores éstos pueden impugnar tales actos".

Analiza luego los elementos de juicio resultantes del debate probatorio y concluye que la simulación del acto atacado está acreditada. "Los indicios de que se ha dado cuenta —expresa el Tribunal— plenamente acreditados en los autos, producen la convicción plena de que realmente el contrato contenido en la citada Escritura número 93 del 22 de mayo de 1961 fue absolutamente simulado y de que, en consecuencia, han de prosperar las peticiones del libelo".

III

La demanda de casación

Varios cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal, pero como la Corte encuentra fundado el primero de ellos, no estudiará los restantes, según lo dispuesto en el artículo 538 del Código Judicial.

Se impugna la sentencia por violación directa de los artículos 1º y 4º de la Ley 28 de 1932, por interpretación errónea, interpretación que llevó al Tribunal a aplicar equivocadamente los artículos 1602, 1603 y 1766 del Código Civil.

Dice la censura que para el fallador la mujer casada tiene interés legítimo para impugnar, por simulación, los actos celebrados por su marido antes de la disolución de la sociedad conyugal, en fraude de los intereses de la misma, pero que tal tesis es manifiestamente equivocada conforme al artículo 1º de la Ley 28 citada.

"Si cada cónyuge —expresa el recurrente— tiene la libre administración y disposición de los bienes adquiridos durante el matrimonio, no puede uno de ellos, mientras no se disuelva la sociedad conyugal, atacar los actos que realice el otro, puesto que se haría nugatoria la facultad que la ley les concede para disponer libremente de sus bienes. Disuelta la sociedad por cualquiera de los eventos previstos en la ley, entonces puede uno de ellos impugnar los actos del otro en defensa del patrimonio social, pues sólo en ese momento se considera que hubo sociedad de bienes. Mientras no ocurra alguna de las causales de disolución de la sociedad conyugal, los cónyuges actúan como si ésta no existiera. Por consiguiente, antes de esa disolución el consorte carece de personería, o interés jurídico para impugnar, por simulación, los actos celebrados por el otro".

El recurrente expresa que es también equivocado el parecer del Tribunal, "al entender que las deducciones y compensaciones previas a la liquidación, de que habla el artículo 4º de la mencionada Ley 28, restrinjan la libertad y libre disposición de cada consorte sobre los bienes propios y sociales durante la sociedad conyugal, porque tales deducciones y compensaciones no hay lugar de hacerlas sino previa la disolución de la sociedad y con motivo de la liquidación de la misma".

También dice el censor que los errores del sentenciador en la interpretación de las normas acusadas, inciden en lo resolutivo del fallo, en el cual se ha debido negar la simulación por falta de interés jurídico de la parte demandante.

El libelo de casación termina pidiendo que se case la sentencia acusada y que se nieguen las peticiones de la demanda inicial del juicio.

La Corte considera:

Existe en derecho un principio general según el cual sin interés no hay acción. Este principio es desde luego aplicable cuando se ejercita la acción de simulación. Puede afirmarse que todo aquel que tenga un interés jurídico, protegido por la ley, en que prevalezca el acto oculto sobre lo declarado por las partes en el acto ostensible, está habilitado para demandar la declaración de simulación.

Ese interés puede existir lo mismo en las partes que en los terceros extraños al acto, de donde se sigue que tanto aquéllas como éstos están capacitados para ejercitar la acción.

Mas para que en el actor surja el interés que lo habilite para demandar la simulación, es necesario que sea actualmente titular de un derecho cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, y que la conservación de ese acto le cause un perjuicio.

El interés viene a ser de esta manera la consecuencia de un perjuicio sufrido por la persona que demanda la simulación, perjuicio que no consiste, simplemente, en cualquiera consecuencia que pueda derivarse de la celebración del acto; es indispensable que éste vulnere real y efectivamente los derechos de quien se dice lesionado, porque puedan quedar anulados o sufrir menoscabo en su integridad.

El interés que debe existir en quien alega la simulación ha de traducirse en un perjuicio actual, no eventual, y ha de ser un perjuicio cierto, no simplemente hipotético; el derecho que se lesiona con la celebración del acto simulado, lesión de la cual se deriva el interés jurídico del demandante, debe existir al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro.

En el caso en estudio Lucía Correa de Montoya ataca por simulación la venta de unos bienes raíces hecha por su marido durante el matrimonio, bienes que él había adquirido a título oneroso después de su celebración, ocurrida en 1950, es decir, en plena vigencia de la Ley 28 de 1932.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de dicha ley, "durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se entenderá que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación".

En el régimen del código, el marido era el jefe de la sociedad conyugal, cuyo patrimonio era de él ante terceros, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podían perseguir no sólo sus bienes propios sino también los sociales, para la efectividad de sus créditos.

En el régimen de la Ley 28 citada, la mujer casada mayor de edad, es plenamente capaz; como tal puede comparecer libremente en juicio, y para la administración y disposición de sus bienes no necesita autorización marital ni licencia del juez, ni tampoco el marido será su representante legal.

Dicha ley facultó a cada cónyuge para administrar y enajenar libremente los bienes que adquiera durante el matrimonio, e hizo responsable a cada uno de los consortes de las deudas que personalmente contraiga, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de las cuales los cónyuges responden solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí. Pero advirtió que a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará ésta existente desde la celebración del matrimonio y se procederá, en consecuencia, a su liquidación. Es entonces cuando, según el artículo 4º de la citada Ley 28, "se deducirá de la masa social o de lo que cada cónyuge administre separadamente, el pasivo respectivo. Los activos líquidos restantes se sumarán y dividirán conforme al Código Civil, previas las compensaciones y deducciones de que habla el mismo Código".

Si esto es así, si cada cónyuge administra y dispone libremente de los bienes que adquiera durante el matrimonio y si sólo cuando se disuelva la sociedad conyugal se considerará que ésta ha existido desde la celebración de aquél, síguese que, por regla general, mientras no se disuelva dicha sociedad, ninguno de los cónyuges puede atacar los actos celebrados por el otro, pues si le fuera permitido hacerlo antes, esto conduciría, en el fondo, a anular la facultad que la misma ley concede a cada uno de ellos para disponer libremente de los bienes que adquiera durante la unión matrimonial.

Se dice por regla general, porque la jurisprudencia ha aceptado que aun antes de la disolución puede surgir el interés del cónyuge para demandar la simulación cuando, con anterioridad a la presentación de esta demanda, ha pedido la separación de bienes a objeto de que, al decretarse, queden sometidos al régimen de la liquidación de los gananciales todos los que no hayan salido real y legítimamente del haber de la sociedad conyugal. Así lo decidió la Corte en sentencia de 17 de marzo de 1955 (Tomo LXXIX, página 757), en donde expresó: "Por lo demás, el interés jurídico inmediato para el presente juicio, lo deriva el demandante en su condición de actor en el juicio de separación de bienes y de las medidas de seguridad autorizadas para dicho juicio".

Por consiguiente, una vez disuelta la sociedad conyugal los cónyuges están legitimados para demandar la simulación de los actos celebrados por el otro. El interés jurídico es patente en ese caso, porque disuelta la sociedad por cualquiera de las causas legales, se actualiza el derecho de cada uno de los cónyuges sobre los bienes sociales, para la determinación de los gananciales que a cada uno correspondan. Pero antes de esa disolución puede existir ya el interés jurídico en uno de los cónyuges para demandar la simulación de un contrato celebrado por el otro, sobre bienes adquiridos por éste a título oneroso durante el matrimonio, cuando la demanda de simulación es poterior a la existencia de un juicio de separación de bienes, o de divorcio, o de nulidad del matrimonio, los cuales al tener éxito, conllevan la disolución de la sociedad conyugal.

En el sub lite la demanda de simulación se presentó el 19 de diciembre de 1962 (folio 21 vuelto cuaderno número 1), y en ella se afirma que la escritura de venta del demandado a su padre fue simulada, "con el preciso fin de bur-

lar los derechos de su esposa Lucía Correa en una posible acción de separación de bienes a que ha dado lugar con su conducta", lo que da a entender que cuando se presentó la demanda incoactiva del presente juicio, no había, por parte de la actora, demanda de separación de bienes contra su marido.

En el término probatorio de la primera instancia, el apoderado de la demandante solicitó al Juzgado del conocimiento que por la Secretaría se certificara si existía allí un juicio de separación de bienes establecido por Lucía Correa contra Efraín Montoya Quirós, y el estado en que se encontrase. La prueba se decretó y al folio 5 del cuaderno número 2 aparece la certificación correspondiente, mas sin que se sepa cuándo fue iniciado el juicio de separación, porque el certificado no lo dice. Se ignora, en consecuencia, si la demanda de separación de bienes de Lucía Correa de Montoya contra su marido, fue propuesta con anterioridad a la de simulación del contrato atacado.

Pero es más: Aun cuando el certificado expresase la fecha de iniciación del referido juicio de separación de bienes, ello a nada conduciría, porque tal certificado no es prueba idónea de la existencia de ese juicio, de conformidad con el artículo 632 del Código Judicial. Según esta disposición la ley respalda con la fe pública las certificaciones de los jueces, no de los secretarios, cuando se concretan a hechos que pasen ante ellos en ejercicio de sus funciones y de los cuales no quede dato en el proceso; si los datos existen en él, quien necesite ameritarlos debe pedir copia auténtica de las piezas respectivas.

Quiere decir lo anterior que no está probada la existencia del juicio de separación de bienes iniciado por la demandante con anterioridad a la demanda de simulación con que se inició el presente juicio.

Por consiguiente, no está acreditado el interés jurídico de la actora para incoar la presente acción. Esto implica que hizo su petición antes de tiempo, lo cual constituye una excepción perentoria temporal, que mata el juicio aunque deja viva la acción para su ejercicio posterior.

Al estimar el Tribunal que Lucía Correa de Montoya está legitimada para demandar la simulación del acto que ataca, sin estar probado su interés jurídico, interpretó erróneamente las disposiciones citadas por el recurrente, particularmente los artículos 1º y 4º de la Ley 28 de 1932.

En consecuencia, prospera el cargo.

En lo tocante con las acciones subsidiarias de rescisión y nulidad absoluta del contrato contenido en la Escritura Pública número 93 de 22 de mayo de 1961, de la Notaría de Venecia, la Corte encuentra que ninguna de tales acciones está llamada a prosperar: la de rescisión por lesión, porque la demandante no fue parte en el contrato ni es causahabiente de alguna de las partes; y la de nulidad por objeto o causa ilícitos, por carecer de interés para demandarla. En el ejercicio de esta última acción son aplicables, respecto del interés para obrar, los mismos principios que se tuvieron en cuenta para el ejercicio de la acción de simulación, de que se habló antes.

La parte demandante no está, pues, legitimada en la causa y si carece de acción, por ahora, para atacar el acto materia de la demanda, no es el caso de estudiar las excepciones propuestas por el demandado opositor.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha veinticuatro (24) de junio de mil novecientos sesenta y cinco (1965) y como tribunal de instancia REVOCA la del Juzgado Civil del Circuito de Fredonia, de fecha primero (1º) de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), y en su lugar DECLARA PROBADA la excepción de petición antes de tiempo.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

SUSPENSION DEL JUICIO CIVIL MIENTRAS SE DECIDE UNA ACCION PENAL

No está sujeta a casación la providencia del Tribunal por la cual se revoca el fallo de primer grado y en su lugar se decreta la suspensión del juicio. — Sentencia.—Su definición.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, junio 14 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

1. Por auto del 6 de febrero del corriente año, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali concedió el recurso de casación que el demandante interpuso contra la providencia de 19 de noviembre de 1966, en el ordinario adelantado por Julio César Díaz contra la empresa "Expreso Trejos Limitada".

Corresponde a la Corte resolver ahora sobre la admisibilidad del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Decreto 528 de 1964.

2. Trátase de una acción ordinaria por perjuicios en accidente de tránsito.

El demandante solicitó que la empresa "Expreso Trejos Limitada", representada por su gerente, fuese condenada al pago de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) sufridos por el actor en un accidente de tránsito ocurrido el 19 de diciembre de 1959, cerca al sitio denominado "Cachimbal", entre los Municipios de Buga y San Pedro.

El juez de primer grado condenó en abstracto a la empresa demandada, pero el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al decidir la apelación que ambas partes propusieron, resolvió revocar, por prematuro, el fallo del juzgado y en su lugar decretó la suspensión del juicio desde el auto de citación para sentencia "y hasta que se produzca la sentencia en firme dentro del proceso penal que se inició ante el Juzgado Penal del Circuito de Buga, por el delito de lesiones personales en accidente de tránsito, contra el sindicado",

Se fundó esta decisión en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, pues el Tribunal encontró que se había iniciado y estaba pendiente de resolución, un proceso penal para averiguar la responsabilidad en que hubiese podido incurrir el conductor del vehículo accidentado. "De esta manera, expresa el Tribunal, el Juez Civil deberá esperar a que se le lleve la prueba de la decisión definitiva, irrevocable, en el proceso penal, para dictar sentencia".

Según lo dispuesto por el artículo 50 del Decreto 528 de 1964, en materia civil pueden ser acusadas en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en los juicios ordinarios, y en los especiales a que dicha norma se refiere.

Es necesario, por tanto, que se trate de sentencias, *que según la definición del artículo 466 del Código Judicial, son las resoluciones que* deciden definitivamente *sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste.*

Aunque esta definición es criticable, da, sin embargo, una idea de lo que se entiende por sentencia definitiva que, como la define Rocco, "es el acto por el cual el Estado, por medio del Poder Judicial, aplica la ley, declarando la protección que la misma acuerda a un determinado derecho". Puede decirse también que la sentencia definitiva, sobre el fondo del asunto, es la providencia que el juez dicta aceptando o rechazando la demanda del actor, dirigida a obtener el reconocimiento de un derecho.

En el presente caso ya se vio que el Tribunal, al revocar el fallo de primera instancia, nada resolvió sobre las pretensiones de la demanda, limitándose a ordenar la suspensión del juicio mientras se decide una acción penal que hay en curso.

La sentencia definitiva en esta causa ha quedado pendiente por virtud de la decisión del Tribunal, que es una decisión de carácter interlocutorio por su naturaleza, pues no define las pretensiones de la demanda, absolviendo o condenando a la parte demandada, para que se la considere como sentencia definitiva.

Por cuanto el Tribunal revocó el fallo del a quo *podría decirse que su ordenamiento es una sentencia de segundo grado; pero esto no es así sino formalmente, porque, como ya se expresó, nada resolvió en el fondo y el juicio ha quedado en suspenso desde el auto de citación para sentencia de primera instancia, lo cual significa que ha quedado pendiente de su decisión definitiva, pues no hay fallo ni de primero ni de segundo grado, en el estado actual del juicio.*

De lo expuesto se sigue que el recurso de casación debe declararse inadmisible, por haber sido propuesto con relación a una providencia que no tiene las características de una verdadera sentencia definitiva de segundo grado.

En atención a las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, DECLARA INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la parte demandante en el presente juicio, en relación con la providencia de 19 de noviembre de 1966, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

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

Arturo C. Posada, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Gustavo Fajardo Pinzón.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

REPRESENTACION DE HIJOS MENORES

La que se ejerza en juicio por parte de la madre debe acreditarse con las respectivas partidas de estado civil, y no con la copia del auto de reconocimiento de herederos del difunto padre.—Nulidad por ilegitimidad en la personería de la parte demandada.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, junio 22 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Aníbal Cardoso Gaitán.*

Se decide el recurso de casación propuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá, de fecha 12 de noviembre de 1965, en este juicio seguido por Mercedes Pinzón y otros contra la sucesión de Moisés Castañeda.

Antecedentes

Por libelo de 15 de mayo de 1963, posteriormente corregido, Mercedes Pinzón de García, Ernesto Pinzón, Eduardo Pinzón y Gonzalo Pinzón, los tres primeros mayores, y habilitado de edad el último, demandaron ante el Juez Civil del Circuito de Zipaquirá, a la sucesión de Moisés Castañeda, representada por Elvia Morales de Castañeda, en su propio nombre, en su carácter de cónyuge sobreviviente y, como representante de sus hijos menores Jaime Hernando, Hugo Hernán y Jairo Arturo Castañeda, y a Moisés, Guillermo Alfonso y Armando Castañeda Morales, para que se declare, previo los trámites de un juicio ordinario, lo siguiente:

a) Que los demandados son hijos naturales del señor Moisés Castañeda, para todos los efectos civiles señalados en las leyes, debiendo disponer que al margen de las partidas de nacimiento de éstos se anote tal calidad;

b) Que como consecuencia de la anterior declaración, los actores en la calidad dicha de hijos naturales de Moisés, tienen derecho a concurrir en la herencia de éste, de conformidad con los artículos 18 a 21 de la Ley 45 de 1936;

c) Que en la partición que haya de hacerse en el juicio de sucesión del causante, que cursa en el mismo juzgado, debe adjudicarse a los demandantes "los bienes que les corresponden conforme a la declaración anterior";

d) "Que los demandados deben restituir a los actores, conforme a la proporción que les corresponda en el juicio de sucesión, los frutos y productos de los bienes de la herencia desde la fecha de la muerte del causante hasta el día de la restitución o pago, o, en subsidio, desde la fecha de esta demanda";

e) "Que en caso de que el presente juicio no haya terminado cuando se verifique la partición en el juicio de sucesión de Moisés Castañeda, se ordene en la sentencia la reforma de la partición con atinencia a lo ordenado en la sentencia solicitada"; y

f) "Que en caso de oposición de los demandados éstos deben pagar las costas del juicio".

Los hechos en que se fundamentan las anteriores peticiones son los siguientes:

Isabel Pinzón, mayor y vecina de Zipaquirá, tuvo como sus hijos naturales a los actores, cuyas fechas de nacimiento son: Mercedes Pinzón de García, el 16 de junio de 1937. Ernesto Pinzón, el 17 de noviembre de 1939; Eduardo Pinzón, el 12 de marzo de 1942, y Gonzalo Pinzón, el 23 de junio de 1943; Isabel Pinzón era viuda a la época de la concepción y nacimiento de sus hijos ya nombrados, es decir, que los nacimientos se produjeron después de la muerte de su esposo; los actores afirman ser hijos naturales de Moisés Castañeda, fallecido, y actualmente representado por los demandados, "algunos de los cuales nacieron antes del matrimonio de sus

padres y no se les legitimó en la forma ordenada por la ley, lo que hace que sean para todos los efectos civiles, HIJOS NATURALES del causante Moisés Castañeda''; la afirmación de los demandantes ''tiene como fundamento el hecho de estar ellos colocados en los casos de los numerales 4º y 5º del artículo 4º y dentro del previsto en el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, como oportunamente habrá de demostrarse''. los demandados están en posesión de todos los bienes del causante Moisés Castañeda, recolectando frutos y rentas.

Como disposiciones de derecho cita la demanda los artículos 370, 398, 399, 401 y concordantes del Código Civil; los artículos 205, 734, 736, 738, 740 y concordantes del Código Judicial; Ley 45 de 1936 y Ley 153 de 1887.

Corrido el traslado de aquélla a todos los demandados, éstos no la contestaron y sólo dentro del término de prueba del juicio dieron poder para que se les representara, así: Elvia Morales viuda de Castañeda, en su propio nombre y en el de sus menores hijos Jaime Hernando, Hugo Hernán y Jairo Arturo Castañeda Morales; y Moisés, Guillermo Alfonso y Armando Castañeda Morales como mayores de edad. En esta forma el juzgado reconoció personería al apoderado judicial, que actuó formulando contrainterrogatorios a los testigos y alegando de conclusión.

El Juzgado del Circuito Civil de Zipaquirá en sentencia de 13 de octubre de 1964, despachó favorablemente las peticiones de la parte actora. De este proveído apeló la demandada, y el Tribunal, en sentencia de 12 de noviembre de 1965, confirmó la providencia de primera instancia.

La sentencia impugnada

El sentenciador hace un sucinto análisis de la prueba testimonial traída al proceso y, en especial, de la que se refiere a la comprobación de las relaciones sexuales estables y notorias. Al respecto afirma:

''El actor presentó dos grupos de testigos, para demostrar con el primero las relaciones sexuales estables y con el segundo la posesión notoria del estado de hijo natural. En aquél declararon Alfonso García, Manuel Ramírez, José Celestino Gómez, Jorge Vargas, Alicia Castañeda, Josefina de Vélez, Pablo E. Jorge Castañeda, a través de cuyo testimonio claro, preciso y coincidente en modo, tiempo y lugar, se desprenden los siguientes hechos:

''Isabel Pinzón quedó viuda en 1935, porque a Antonio León su esposo, lo mataron en Cogua; de ese matrimonio quedaron dos hijos: Lilia y Alberto; a comienzos de 1936 Isabel Pinzón vivió en Zipaquirá y luego en Pacho, y sin precisar fecha alguna regresó a este municipio a vivir en la Venta del Espino, donde instaló una tienda en la casa paterna. (Respuestas a la pregunta tercera). Más o menos desde 1936 Isabel Pinzón y Moisés Castañeda comenzaron sus relaciones sexuales, que duraron hasta 1952 aproximadamente, en forma estable y notoria, pues Moisés pernoctaba en la casa de ella, lo veían (sic) entrar y salir todos los días; Jorge Celestino Gómez, durante cuatro años, le compraba el mercado y Josefina Robayo de Vélez, como comadrona, la atendió en cuatro partos, contratada por Moisés Castañeda; los vecinos y particularmente los hermanos de Moisés, Alicia y Jorge Castañeda, los consideraban como amantes porque vivían amancebados. (Respuesta a la pregunta cuarta). Las relaciones sexuales entre los concubinos, terminaron en 1952 porque Moisés contrajo matrimonio con Elvia Morales; su hermana Alicia dice que Moisés enfermó y por eso lo casaron con dicha señora. (Respuesta a la pregunta quinta). Del amancebamiento nacieron cuatro hijos: Mercedes, en 1937; Ernesto, en 1939; Carlos Eduardo en 1942 y Gonzalo en 1943; Josefina Robayo, como partera, los recibió al nacer; José Celestino Gómez los ayudó a criar; Alfonso García recibió recomendación especial de Moisés para que les enseñara mecánica, y Alicia Castañeda dice que reconoce como sobrinos a los cuatro, porque Isabel no tuvo relaciones con otros hombres y los niños nacieron durante el concubinato; y Jorge Castañeda también los reconoce como sus sobrinos y el trato que les ha dado siempre ha sido de tío. (Respuesta a la pregunta sexta). Moisés Castañeda trató siempre a los cuatro niños como a hijos, hasta su muerte ocurrida en 1962, los presentó a sus amigos como tales, proveyó a su sostenimiento y educación, y los mismos hermanos de Moisés los reconocieron como sobrinos. (Respuestas a las preguntas séptima y octava)''.

Cuanto a las partidas y otros documentos que obran en autos, el Tribunal manifiesta:

''La prueba documental tiene por finalidad establecer la personería de las partes y el parentesco de algunos testigos con el causante: Las partidas de nacimiento de los demandados; la de matrimonio de Gonzalo Pinzón, y de Isabel Pinzón con Luis León y la de defunción de éste en 1935; la de nacimiento de Moisés, Paulo, Luis

Jorge y Alicia Castañeda, y la de matrimonio de los padres de éstos: Genaro Castañeda con Mercedes Nova. Copia del auto de apertura de la sucesión de Moisés Castañeda, que contiene el reconocimiento de Elvia Morales como cónyuge sobreviviente, y el de Moisés, Guillermo, Armando, Hernando, Hugo Hernán y Jairo Arturo Castañeda Morales, como hijos".

En relación con la capacidad de las partes para actuar en este juicio, el fallo afirma:

"... tres de los demandantes, en la fecha de la presentación de la demanda, eran mayores de edad y solamente Gonzalo, quien nació en 1942, era menor adulto y contrajo matrimonio en abril de 1962; por consiguiente podía otorgar poder directamente para hacerse representar en el juicio, pues de acuerdo con el artículo 340 del Código Civil por el sólo hecho del matrimonio, se produjo la habilitación de su edad. Esta norma no hace ninguna distinción, para que se opere este fenómeno, entre hijos legítimos o naturales. Y ninguna norma legal prohíbe al habilitado de edad comparecer en juicio por sí solo u otorgar poder a un abogado para su representación judicial. La parte demandada, que es la sucesión de Moisés Castañeda, está legalmente representada por su cónyuge e hijos legítimos y la demostración de este estado, por medio de la copia del auto de apertura de la sucesión y de su reconocimiento, es legal. La señora Elvia Morales viuda de Castañeda en su propio nombre y como representante de sus menores hijos está correctamente representada por abogado titulado".

Respecto a si la demanda llena las condiciones que la ley establece, dice el Tribunal:

"La demanda reúne los requisitos del artículo 205 del Código Judicial y expresa en forma inequívoca y con precisión, lo que demanda y los hechos en que se funda la acción. Al afirmar en el hecho cuarto que los demandantes están colocados en los casos de los numerales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, se remite al texto de esta norma para tenerlos como causales de la acción, pues ellas se refieren a los hechos de las relaciones sexuales notorias y estables y a la posesión notoria del estado de hijo natural".

Después de desechar el sentenciador una posible nulidad por falta de citación o emplazamiento en la forma legal, la sentencia expresa:

"El apelante dice que como en este juicio se ejercita también la acción de petición de herencia, la calidad de heredero no se puede probar con la declaración 'sumaria hecha en un juicio de sucesión' y debe aportarse la prueba directa del parentesco. En el juicio de filiación natural, la acción acumulada de petición de herencia es accesoria, depende y es consecuencia de la principal y por esas circunstancias tiene características propias y particulares, que encajan, eso sí, en la norma del artículo 1321 del Código Civil. Porque en la acción de filiación natural no se discute la calidad de heredero con mejor derecho sino el mero reconocimiento como hijo natural; esa calidad la tiene el legitimario demandado. Y no puede plantearse un enfrentamiento de pruebas, porque el natural no le va a discutir su derecho al hijo legítimo como tal, sino que busca obtener ante todo que se le reconozca el parentesco y como consecuencia el derecho a suceder en el patrimonio del causante, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos 18 a 21 de la Ley 45 de 1936.

"Y como anotación final al anterior planteamiento debe decirse que la copia expedida por el secretario del juzgado sobre reconocimiento de herederos, tomada de la sucesión de Moisés Castañeda, es un documento auténtico, como instrumento público y tiene todo el valor que le da el artículo 632 del Código Judicial para demostrar no sólo la personería de los demandados sino su propio parentesco".

Por último, en lo atinente a la demostración en el juicio de las relaciones sexuales estables y notorias, la sentencia dice:

"La jurisprudencia nacional exige en la acción de filiación natural una rigurosa comprobación de las causales aducidas, que si son las de los numerales 4º y 5º su demostración por medio de la prueba testimonial se hace más difícil, porque no cualquier testigo es idóneo, sino que varios de ellos deben dejar en forma nítidamente establecido:

"1º Que existieron las relaciones sexuales entre la madre natural y el pretenso padre.

"2º Que esas relaciones fueron notorias y estables.

"3º Que con relación al hijo existió la posesión notoria, en cuanto al trato, subsistencia, educación y establecimiento.

"El Tribunal considera que es suficiente la demostración de una de las dos causales, si ambas se aducen, como en el caso estudiado. Por eso se hizo anteriormente el examen y análisis del grupo de testigos que se refirió a las relaciones sexuales, pues es suficiente su testificación

como medio para obtener la convicción en la decisión que se va a tomar. Y en consecuencia se considera exonerado de estudiar el otro grupo de testigos que se refieren a la posesión notoria del estado de hijo natural.

"No hay pues, lugar a duda de que las relaciones sexuales fueron notorias y estables, durante más de 15 años, con comunidad de habitación. El estado de concubinato entre Isabel Pinzón y Moisés Castañeda fue tan público que no sólo el vecindario sino los propios familiares del pretendido padre, lo reconocieron y le (sic) el trato de parientes —sobrinos— a los hijos de éste, por eso debe mantenerse la sentencia apelada, haciendo los reconocimientos solicitados en el libelo de demanda, y ordenando que, conforme al artículo 1321 del Código Civil se adjudiquen y restituyan las cosas hereditarias tanto corporales como incorporales que les corresponde a los hijos naturales, teniendo en cuenta además lo que dispone el 1323 ibídem, sobre restitución de frutos".

La impugnación

Dos cargos formula la demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá, antes transcrita.

Primer cargo. Nulidad por ilegitimidad de personería en la parte demandada. Invoca la causal 4ª del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, porque se señalaron como demandados a "Elvia Morales viuda de Castañeda, Moisés, Guillermo Alfonso y Armando Castañeda, en cuanto mayores, y a Jaime Hernando, Hugo Hernán y Jairo Arturo Castañeda, menores, representados por su madre Elvia Morales viuda de Castañeda, todos como sucesores de Moisés Castañeda, la primera en su condición de cónyuge sobreviviente y los demás como herederos, sin que al libelo se hubiera adjuntado la prueba correspondiente a la representación legal de los incapaces, ni se la aportara luego, en oportunidad competente, ni aparezca en modo alguno en el proceso".

El recurrente continúa su argumentación de esta manera:

"Fallecido el presunto progenitor, la acción de investigación de la paternidad natural puede adelantarse frente a los herederos de aquél, como ha ocurrido en el presente caso.

"Varios de dichos herederos fueron designados como incapaces por minoridad y representados por su madre legítima, a quien se notificó y corrió traslado de la demanda en ese carácter. De suerte que se da la necesidad de examinar la legitimidad de tales personería o representación.

"Se estimó por el Tribunal ... correcta esta presuposición del proceso, habida cuenta de la copia tomada del juicio mortuorio de Moisés Castañeda en que aparecen su viuda e hijos legítimos reconocidos como interesados, en su condición de cónyuge y herederos, respectivamente, y de que la señora Elvia Morales viuda de Castañeda constituyó apoderado para este juicio en su propio nombre y en el de sus hijos menores, con referencia por parte de aquel personero al artículo 232 del Código de Procedimiento Civil.

"Sin embargo, considero que el asunto no está correcta ni integralmente planteado y resuelto: Es claro que acá coinciden los dos mencionados factores de la personería adjetiva, por lo cual es menester su distinción elemental. Una es la representación del abogado para conducir el juicio en nombre y por cuenta de quien lo apoderó al efecto, y otra la representación que ejercita quien en desarrollo de un mandato, patria potestad, guarda o cargo de entidad pública o privada, confiere poder al abogado para el juicio, y antes de ello, demanda o recibe demanda por o para la persona por quien obra con atribuciones generales o particulares.

"Y de lo que aquí se trata, y lo que se ha indicado como irregular, es la personería de los demandados menores, o más concretamente, la ausencia de la prueba de su representación legal ejercida por determinada persona, con una calidad específica.

"De otra parte, si bien es cierto que en los casos en que no se resuelve de plano e inmediato sobre lo pedido en la demanda, no es necesaria la demostración de la mencionada personería desde un principio, también lo es, y así lo tiene definido concluyentemente la jurisprudencia, que no es factible un pronunciamiento de fondo si no están completos entonces los presupuestos procesales, entre los cuales sobresale la representación adecuada de las personas a quienes se ha citado a través de personeros legales o convencionales. De manera que si alguien demanda o es demandado en cuanto representante o apoderado del interesado, o sea, como parte formal, y no se acredita oportunamente esa condición en que obra, el proceso está incorrectamente configurado, irregularidad que la ley consagra como motivo de invalidez, denunciable en casación y base para la ruptura del fallo que no la haya tenido en cuenta.

"En fin, en este caso se demandó a unos menores representados por su madre legítima y no

se demostró dicha representación a través de las correspondientes actas de estado civil, elemento insustituible. Y es precisamente la parte aquejada con la deficiente personería quien hace el reclamo, con lo cual se encuentran satisfechas las exigencias legales del fenómeno".

La demanda concluye así este primer cargo:

"Por lo cual, solicito la casación de la sentencia impugnada y el envío del expediente al Tribunal de origen para que proceda con arreglo a derecho (Código de Procedimiento Civil 540)".

Segundo cargo. "Aplicación indebida de los artículos 1º, 4º (4º y 5º), 8º y 18 de la Ley 45 de 1923 (sic) y 404 y 1321 a 23 del Código Civil, derivada de error de derecho tanto en la apreciación de las pruebas, como de hecho evidente en la de la demanda".

La Corte considera:

El ordinal 2º del artículo 448 del Código Judicial establece la nulidad del juicio por ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante; y el artículo 52 del Decreto 528 de 1964 —causal cuarta— determina que es procedente el recurso de casación por el motivo anotado.

Así mismo, el artículo 54 del citado decreto, que sustituye el 540 del Código Judicial, ordena que si la causal acogida fuere la 4ª del artículo 52, la Corte declarará en qué estado queda el juicio y dispondrá el envío al Tribunal de origen, para que proceda con arreglo a lo resuelto por aquélla.

El recurso sostiene no estar acreditada la representación por parte de la madre de los tres menores demandados, ya que no se trajeron al juicio las respectivas actas del estado civil de éstos.

Es evidente que se encuentra demostrada la calidad de herederos en los demandados con la copia traída a este juicio del auto de reconocimiento de tales, mas no su debida representación por parte de Elvia Morales respecto a los tres menores demandados. Esta representación sólo puede acreditarse con las respectivas partidas de estado civil que no obran en el proceso; pues ésta no se desprende necesariamente de la calidad de herederos de los demandados. Su representación legal sólo puede resultar establecida si se demuestra el vínculo de parentesco entre la madre y los hijos menores. Para reconocerla ha de tener el juez a la vista las partidas correspondientes, como ya se anotó. En el presente caso faltaría la prueba de la calidad de madre de Elvia Morales respecto de Jaime Hernando, Hugo Hernán y Jairo Arturo Castañeda Morales, por no hallarse en la documentación aducida las partidas de matrimonio de Elvia Morales con Moisés Castañeda y las de nacimiento, dentro de ese matrimonio, de los menores mencionados.

Lo dicho demuestra ser fundado el cargo de que aquí se trata, lo que hace innecesario el estudio del segundo cargo propuesto.

Como consecuencia de ello, debe casarse la sentencia para declarar la nulidad del juicio por ilegitimidad en la personería de la parte demandada, a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda.

En acatamiento a lo dispuesto en el artículo 54 del Decreto 528 de 1964, que sustituye el 540 del Código Judicial, debe devolverse el negocio al Tribunal de origen para que proceda de conformidad con la presente decisión.

Resolución

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá de fecha 12 de noviembre de 1965, proferida en este juicio ordinario de Mercedes Pinzón y otros contra la sucesión de Moisés Castañeda, y en su lugar DECLARA nulo todo lo actuado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda.

Se ordena enviar el proceso al Tribunal de origen para que proceda con arreglo a lo resuelto en esta providencia.

Las costas en las instancias se cubrirán así: la mitad estará a cargo de la parte demandante; y la otra mitad se pagará de esta suerte: la de las costas de primera instancia, por el juez que actuó, doctor Luis E. Anzola Toro; y la de las de segunda instancia por los Magistrados doctores Oscar González Izquierdo, Rafael Ignacio García C. y Abelardo Romero Cifuentes, en iguales partes.

Sin costas en el presente recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

CASACION

El auto que concede o deniega este recurso extraordinario, y el que, en caso de duda, ordena el avalúo de la cuantía del interés para recurrir, deben ser firmados por todos los Magistrados del Tribunal que integran la respectiva Sala de Decisión.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, junio 24 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

Se decide acerca del recurso de hecho propuesto por parte de Rosa María de la Rosa viuda de Villota, contra el auto del Tribunal Superior de Pasto, de fecha veinticuatro (24) de enero de mil novecientos sesenta y siete (1967), en el juicio ordinario seguido por la recurrente contra Rosa Amelia de la Rosa de Enríquez, auto por el cual se le denegó el recurso de casación contra la sentencia de veinte (20) de octubre de mil novecientos sesenta y seis (1966), en que, revocándose la del inferior, estimatoria de la demanda, se absolvió a la demandada de los cargos contra ésta formulados.

El asunto es como sigue:

Rosa María de la Rosa viuda de Villota trajo a juicio ordinario a Rosa Amelia de la Rosa Enríquez, para que se decretase la resolución, por falta de pago del precio, de las ventas que aparecen otorgadas por la demandante a favor de la demandada, según las escrituras números 476 y 477, ambas de 23 de noviembre de 1949 y de la Notaría del Circuito de El Tambo, relativas en su orden a una tercera parte de una casa ubicada en la calle 18 de la ciudad de Pasto y a una octava parte de la finca "Miraflores" o "Mesada", de esa jurisdicción.

Mediante la sentencia de primer grado, proferida por el Juez Primero Civil Municipal de Pasto, se acogieron las peticiones del libelo; mas, en el recurso de apelación deducido por la demandada, tal pronunciamiento fue revocado por el del Tribunal, de fecha 20 de octubre de 1966, plenamente absolutorio de la apelante.

Contra este segundo fallo interpuso la actora el recurso de casación, conforme a escrito de 4 de noviembre de 1966, en el que, para efectos de tal recurso, pide que, por aparecer dudosa la cuantía de la acción, se ordene su avalúo en la forma prevista por el Decreto 528 de 1964.

A este pedimento recayó el auto del magistrado sustanciador, de 17 de noviembre de 1966, en que se ordenó el avalúo de los bienes litigiosos, por un perito sorteable de la correspondiente lista de expertos enviada al Tribunal por la Corte Suprema de Justicia. Suplicado este último proveído por la parte demandada, el Tribunal en Sala Dual, por auto de 24 de enero de 1967, considerando que no existen motivos de duda respecto de la cuantía de la acción, revocó el dicho de 17 de noviembre y, en su lugar, declaró improcedente la petición de avalúo y denegó la concesión del recurso extraordinario.

Impetrada por la actora la reposición de este último proveído, con resultado adverso, ha ocurrido de hecho ante la Corte contra el auto de 24 de enero denegatorio del recurso de casación, manifestando que lo hace para que por esta superioridad se decrete su revocación y la confirmación del auto de 17 de noviembre, ordenativo del avalúo de la cuantía.

La Corte considera:

Cuando el artículo 51 del Decreto-ley número 528 de 1964, disponiendo acerca del caso de duda sobre la cuantía del interés para recurrir en casación, prescribe que "el Tribunal, *antes de resolver sobre la concesión del recurso, ordenará el correspondiente avalúo por un perito sorteado de una lista no menor de diez nombres que*

la Corte Suprema de Justicia enviará anualmente a cada tribunal"; y que, producido el dictamen, "el Tribunal *resolverá dentro de los cinco días siguientes", usa el término "Tribunal", no en el sentido genérico de ente que se supone actuar como tal, así en las decisiones colegiadas de sus miembros, como en las unipersonales que éstos —los sustanciadores— puedan tomar por la corporación en los casos a que los faculta la ley. Sino que el vocablo "Tribunal" se encuentra consignado en este texto en el sentido específico y necesario de* juzgador del litigio, *es decir en el de conjunto de todos los componentes de la Sala de Decisión.*

Es ciertamente el mismo significado con que el artículo 523 del Código Judicial emplea ese nombre, cuando preceptúa que "interpuesto el recurso en tiempo y por persona hábil, contra una sentencia de las que pueden ser impugnadas por ese medio, el Tribunal *lo concede y dispone se remita el proceso oportunamente a la Corte, previa citación de las partes".*

Fijando el pensamiento del artículo 523 últimamente citado, tiene dicho la Corte que esta norma, al enseñar que el recurso extraordinario lo concede el Tribunal, "significa que el auto que tal resuelva ha de ser dictado por todos los magistrados que integran la respectiva Sala de Decisión, siendo de lógica procesal que la única entidad que tiene inicialmente competencia para decidir lo procedente respecto de los recursos que ante ella se interpongan contra las providencias dictadas por la misma Sala, ha de ser ésta en la pluralidad de sus componentes ..." (auto de 4 de febrero de 1961, XCIV, página 521).

Y lo que se determina acerca de la concesión del recurso, se predica igualmente de la negativa del mismo, porque sería contrario a toda lógica in procedendo *que, tratándose de los dos extremos componentes de un dilema único: el de conceder o denegar el recurso, pudiese ser distinta según el caso la integración de la entidad juzgadora. Por ello, previene el artículo 527 del Código Judicial que "si el* Tribunal *deniega la concesión del recurso, puede la parte interesada ocurrir de hecho a la Corte, como se dispone en el artículo 517". Aquí también se hace patente que el texto, al emplear la locución "Tribunal", en punto de denegación del recurso extraordinario, la está tomando en el ya recalcado concepto de plenitud de la Sala de Decisión.*

Si, como está visto, compete al juzgador mismo o sea a la Sala de Decisión que profirió la sentencia de segundo grado el conceder o negar el otorgamiento del recurso de casación interpuesto contra esa sentencia, es apenas lógico que el resolver sobre si el presupuesto de la cuantía del interés se encuentra, sí o no, establecido o si, por existir motivo de duda en el particular, ha de ordenarse el avalúo de tal cuantía, corresponda a dicha Sala en la integridad de los magistrados que la constituyen, o lo que es lo mismo que la providencia que provea en el punto debe ser firmada por todos los magistrados que forman la misma Sala. Lo cual no obsta para que si alguno de estos disiente de la opinión de la mayoría, pueda salvar su voto con arreglo a la ley.

Todo lo expuesto impone, en el caso concreto que se estudia, las siguientes conclusiones:

Que el magistrado sustanciador no era competente por sí solo para dictar el auto de 17 de noviembre, por el cual se ordenó el avalúo de los bienes litigiosos; y

Que tampoco la Sala Dual era competente para proferir el auto de 24 de enero que revocó el anterior, declaró improcedente la petición de avalúo y denegó la concesión del recurso extraordinario.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, DECIDE:

1º Declárase mal denegado por el Tribunal de Pasto el recurso de casación propuesto por Rosa María viuda de Villota contra la sentencia de segunda instancia de veinte (20) de octubre de mil novecientos sesenta y seis (1966), en el juicio ordinario seguido por la recurrente contra Rosa Amelia de la Rosa de Enríquez.

2º Procédase por el Tribunal a suplir la actuación ineficaz, con arreglo a derecho.

3º Ordénase poner esta providencia en conocimiento del Tribunal por medio del pertinente despacho en el que se transcribirá íntegramente el texto de la misma.

Archívense estas diligencias.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

DONACIONES

La acción revocatoria en las donaciones. — Competencia del juez civil para calificar la indignidad en los casos en que se demanda con el fin de excluir a un presunto heredero, y en el desheredamiento, para resolver sobre su legalidad. — La indignidad y el desheredamiento. — Es una misma la causal de indignidad en los casos de desheredamiento y la de revocación de una donación por ingratitud, o sea la de haber incurrido el heredero o el donatario en atentado o injuria grave contra el causante o el donante. — Lo que pudo haber hecho el desheredador, lo puede hacer el donante. En el juicio sobre revocación de una donación propuesto ante el juez civil, puede éste calificar hechos constitutivos de atentado grave contra el donante, hasta el punto en que, según su criterio, se halle configurada la comisión de un delito.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, junio 28 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Aníbal Cardoso Gaitán.*

Se decide el recurso de casación propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 18 de noviembre de 1964, proferida en el juicio ordinario de Teodosio Pulido Bulla contra Rafael y Leopoldo Rodríguez Pulido.

Antecedentes

Teodosio Pulido Bulla demandó ante el Juez Octavo Civil del Circuito de Bogotá a Rafael y Leopoldo Rodríguez Pulido o Pulido Rodríguez solicitándole al funcionario judicial "revocar las donaciones hechas por el señor Teodosio Pulido Bulla, mi poderdante, a favor de Rafael y Leopoldo Rodríguez Pulido o Pulido Rodríguez, por medio de las escrituras públicas números 1769 de 4 de junio de 1941 y 2527 de 4 de julio de 1944 Notarías Cuarta y Primera de Bogotá, respectivamente, y la 489 de 28 de noviembre de 1958, Notaría Unica de Chía".

Como hechos del libelo señaló los siguientes:

"*Primero.* El señor Teodosio Pulido Bulla, mi poderdante, por escritura número 1769 de 4 de junio de 1941, Notaría Cuarta de Bogotá, hizo donación entre vivos a Rafael y Leopoldo Rodríguez Pulido o Pulido Rodríguez, de los siguientes bienes:

a) Una casa baja de construcción antigua, ubicada en la población de Funza y demarcada con los números 14-79 y 14-97 de la Avenida 12 de la mencionada población y alinderada así: 'Por dos costados, con calles de dicha población; por otro, con propiedad de herederos de Crisóstomo Cubides, y por otro con propiedad de Emiliana Herra'.

b) Un predio rural denominado 'El Carrizal', ubicado en jurisdicción del Municipio de Funza, así determinado: 'Por el sur, camellón de entrada de por medio, con tierras de Armando y Néstor Ujueta, antes de Nicolás Vargas, y en parte con predio de Crisóstomo Pinilla; por el occidente, en parte con el dicho predio de Pinilla y en parte con el de Santa Elena de Ujueta, y por el norte y oriente, con tierras de Marco Aurelio Duarte'.

c) Tres lotes de terreno denominado 'San Rafael' que forma hoy uno, situado en la vereda de 'Siete Trojes', Municipio de Funza, así demarcado: 'Por el Occidente, con propiedad de herederos de Juan Ramírez, Reyes Cantor, Macías y Emilio Wills; por el Sur, con propiedad de herederos de Camilo Barrantes o Rodríguez y Roberto Rojas; por el Oriente, con predios

de Matilde Sevilla y herederos de Ezequiel Martínez y Bernardo Mendoza, camellón de por medio, y por el Norte, con el Cementerio de Funza, con tierras de Adolfo Quijano y con el camino público que conduce de Funza a Subachoque'.

d) Un terreno llamado 'El Bonete' con su casa, situado en la vereda de 'El Cacique', Municipio de Funza, así demarcado: 'Por un costado, con tierras de Ambrosio Rodríguez; por otros dos, con predios de Manuel M. Madero, y por otro, con el camino que conduce de Funza a Subachoque, siendo también colindantes por el Sur los predios de Ramona Amaya y Guadalupe Sáenz'.

e) Un terreno denominado 'El Rozo', ubicado en jurisdicción de Cota, con cabida de catorce (14) fanegadas, así alinderado: 'Por el Norte, con los lotes números cuatro y seis, adjudicados a Margarita y Jorge Hurtado, este último de Inés Duarte también en la cabecera con un pequeño lote que se reservó Berenice Hurtado; por el Oriente, con los lotes números siete y ocho adjudicados a Luis Raimundo Hurtado, luego de Inés Duarte y hoy del donante Pulido; por el Sur, con la hacienda de Buenavista de herederos de Luis Gutiérrez, y por el Occidente, con lote número tres adjudicado a Elvira Hurtado'. Se aclara que este terreno queda gravado con una servidumbre de tránsito a favor del predio que Pulido compró a María Inés Duarte según escritura otorgada en la Notaría Tercera de este Circuito el día 29 de mayo próximo pasado y que a favor del predio demarcado quedan las servidumbres necesarias para el resguardo (sic) y desagüe sobre los vallados del predio comprado a la Duarte y que desemboca en el río'.

f) Un predio denominado 'Santa Lucía', jurisdicción de Madrid, demarcado: 'Por el Norte y Occidente, con tierra de Primitivo Rojas; por el Sur, con tierra de Cerveleón Esguerra y Joaquín Sánchez, y por el Oriente, con el camino público'. Registrados en la Oficina de Registro del Circuito de Bogotá el 25 de junio de 1941, Libro Primero, página 560 número 5.067 y matriculados en junio 30 de 1941 a los folios 162, 163, 164, 165, todos de Funza, del Tomo 2º y los folios 109 Tomo 2º de Cota y 172 Tomo 2º de Madrid.

Segundo. Mi mandante por escritura número 2527 de 4 de julio de 1944, Notaría Primera de Bogotá, hizo donación entre vivos a Rafael y Leopoldo Rodríguez Pulido o Pulido Rodríguez, del bien denominado 'San Rafael' parte de la antigua hacienda de La Culebrera, jurisdicción del Municipio de Cota, globo que tiene una cabida de treinta y una fanegadas ochocientas treinta y nueve varas cuadradas (31 fanegadas 839 V^2), así demarcado: 'Desde la confluencia de la quebrada 'La Culebrera' y el río Bogotá, vuelve por todo el cauce de la quebrada arriba en dirección occidental hasta dar al vallado medianero con tierras del comprador y que fueron de Berenice Hurtado; vuelve por este vallado hacia el norte lindando con el mismo Pulido hasta dar al corte del vallado de desagüe que conduce al río, en límite con el lote que se reserva la vendedora Duarte Rivera; vuelve en recta por este vallado a dar al río; toma río Bogotá abajo y por todas sus curbaturas (sic) a dar al primer lindero'. Registrados en la Oficina de Registro de Bogotá el 31 de agosto de 1944 en el Libro Primero, página 392 número 8229 y matriculada en la misma Oficina el 6 de septiembre de 1944 con fecha 10 de junio de 1941, página 162, Tomo 2º de Cota.

Tercero. Mi poderdante por escritura número 254 del 26 de junio de 1957, Notaría Unica de Chía, revocó la donación entre vivos realizada por la escritura mencionada en el hecho primero, con relación a los bienes en ella comprendidos. La anterior escritura fue registrada en la Oficina de Registro del Circuito de Bogotá, el 18 de febrero de 1958 en el Libro Primero, página 406, número 3156 y matriculados los predios que la revocación comprende, así: La casa de Funza matriculada el 20 de febrero de 1958 al folio 162, Tomo 2º. Tal casa lleva el número 14-79 de la Avenida 12; la finca denominada 'El Bonete' el mismo día anterior al folio 163 del Tomo 2º; San Rafael fue matriculado el 20 de febrero al folio 164, Tomo 2º; 'El Carrizal' lo fue el mismo día al folio 165 Tomo 2º; 'El Rozo' lo fue el precitado día al folio 109, Tomo 2º de Cota, en tanto que los anteriores lo fueron en Funza y el denominado 'Santa Lucía' lo fue el 20 de febrero de 1958 al folio 172, Tomo 2º de Madrid.

Cuarto. Por escritura pública número 486 del 28 de noviembre de 1958, Notaría Unica de Chía, mi poderdante revocó la escritura mencionada en el hecho anterior y las cláusulas en ella contenidas, dejando vigente por tal instrumento público mencionado en el hecho primero de este libelo.

Quinto. No ha prescrito la acción de revocatoria, ya que mi mandante sólo tuvo conocimiento de los hechos ofensivos en el mes de junio de 1956, fecha en que otorgó la escritura número

254 de 1956, Notaría Unica de Chía y que es la mencionada en el hecho tercero de esta demanda.

Sexto. Los demandados han injuriado y ultrajado de palabra y de hecho a mi poderdante.

Séptimo. Los demandados han injuriado, maltratado y faltado al respeto a la esposa de mi poderdante y madre de ellos, señora María Helena R. de Pulido.

Octavo. Los demandados han injuriado, maltratado y faltado al respeto a las hijas de mi poderdante señora Teresa Pulido de Peñalosa y señoritas Beatriz, Inés y Cecilia Pulido, quienes son a la vez hermanas de los demandados.

Noveno. Los donatarios demandados son poseedores de mala fe''.

Las peticiones las concreta el libelo así:

''1. Sírvase revocar las donaciones hechas por el señor TEODOSIO PULIDO BULLA, mi poderdante, a favor de RAFAEL y LEOPOLDO RODRIGUEZ PULIDO o PULIDO RODRIGUEZ, por medio de las escrituras públicas números 1769 de 4 de junio de 1941 y 2527 de 4 de julio de 1944, Notarías Cuarta y Primera de Bogotá, respectivamente, y la 489 de 28 de noviembre de 1958, Notaría Unica de Chía, instrumentos que hacen relación a los siguientes bienes: (los determinados en los hechos primero y segundo).

''2. En caso de muerte de mi poderdante antes de fallarse este negocio pido se ordene la entrega de los bienes consignados en la petición primera, a la esposa de mi mandante señora MARIA HELENA RODRIGUEZ DE PULIDO y a sus hijos Teresa Pulido de Peñalosa, Beatriz, Inés y Cecilia Pulido R. (artículo 1487, inciso 2º del Código Civil).

''3. Declare usted que los demandados Rafael y Leopoldo Rodríguez Pulido o Pulido Rodríguez son poseedores de mala fe y que como tales deben repetir a mi poderdante los frutos obtenidos desde el mes de julio de 1956, fecha en que comenzaron a perpetrarse los hechos ofensivos (artículo 1486 del Código Civil).

''4. Como consecuencia de las declaraciones anteriores pido le comunique tanto a los notarios respectivos su resolución para que tomen nota en las escrituras matrices, como también al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, para que en la misma forma tome nota en el libro de registro y matrículas de los inmuebles mencionados e individualizados en la primera de las peticiones de esta demanda (artículo 42 de la Ley 57 de 1887).

''5. Solicito que previa notificación y traslado de la demanda, sea registrada ésta, para lo cual pido se oficie al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá para que tome nota en los libros de demandas civiles de los predios individualizados en la petición primera de esta demanda (artículo 740 del Código Judicial).

''6. Para que tenga lugar la notificación y traslado de la demanda a Rafael y Leopoldo Rodríguez Pulido o Pulido Rodríguez, pido se comisione al señor Juez Distrital de la zona de Fontibón para que lo haga, ...

''7. Reconózcame la personería con que actúo''.

Surtido el trámite de la primera instancia, el juzgado del conocimiento le puso término negando las peticiones de la demanda y absolviendo a los demandados de los cargos formulados contra ellos.

El fallo de segundo grado se profirió también en forma adversa a las pretensiones de la parte demandante y confirmó la decisión del inferior.

La sentencia impugnada

Expresa el fallo acusado que el ejercicio de la función jurisdiccional es, por regla general la sustitución de una actividad pública a una actividad privada, y que para que la actividad pública tenga razón de ser, es necesario que la persona privada llamada a realizar la actividad objeto de la sustitución, no quiera o no pueda realizarla; que si la revocación de un acto jurídico compete a la misma persona que lo ha ejecutado, la revocación de donaciones entre vivos debe hacerla el donante, llenados que sean los requisitos legales; que el donante es el titular de la acción revocatoria consagrada en el artículo 1485 del Código Civil; que el sentido de la acción revocatoria no es el de que la revocación se produzca por el juez, sino simplemente la declaración de ingratitud del donatario respecto del donante, al igual que, tratándose de indignidad, la acción respectiva se dirige a que al heredero se le declare indigno de suceder al *de cujus.*

''El artículo 1487 del Código Civil habla impropiamente de 'acción revocatoria'; mas, esta expresión legal no otra cosa puede significar sino la base fundamental, en el caso de prosperar la acción, para que el donante proceda a revocar las donaciones. Porque cuando el donante pide al juez que al donatario se le declare ingrato, en realidad está ejercitando una acción que, prosperando, le permitirá luego revocar las donaciones que hubiera hecho.

"En ninguna parte la demanda pide que a los demandados (donatarios) se les declare ingratos respecto del demandante (donante). Tan sólo se limita a pedir que se revoquen las donaciones, lo cual debe ser asunto de la exclusiva competencia del donante. Así, pues, la demanda falla sustancialmente, porque está pidiendo algo que no está en manos del órgano jurisdiccional sino del mismo demandante; y omite pedir lo que sí puede ser objeto de una decisión judicial: la declaración de ingratitud.

"El apelante pretende que el Tribunal entienda que donde la demanda pide REVOCAR, pide en realidad CALIFICAR DE ATENTADO GRAVE LOS HECHOS EXPUESTOS. Cuestión que no es posible, porque la labor de interpretación de la demanda no puede llevarse al extremo de variarla, haciendo el juez bien lo que el actor hizo mal. Es tanta la diferencia que existe entre revocar y tener un hecho como atentado grave, que no puede tomarse lo uno por lo otro ...

"Sin perjuicio de las consideraciones que preceden, el Tribunal no tiene inconveniente en declarar que acoge la doctrina de la Corte, expuesta en el fallo de 26 de mayo de 1961, siempre que se trate de hechos no delictuosos, como puede suceder algunas veces con los atentados graves contra el honor. Porque los atentados graves contra la vida y los bienes siempre serán constitutivos de ilícito penal.

"De modo que en cuanto se refiere a los maltratamientos de obra de los donatarios para con la esposa y las hijas del donante, la sentencia apelada es jurídica porque descansa en la falta de la única prueba admisible: la sentencia penal ...

"Respecto de los hechos que, sin constituir delito, pudieran ser calificados como atentados graves contra el honor, el Tribunal se abstiene de examinar las pruebas del caso, ya que ello sería inútil, frente a las consideraciones que se han dejado expuestas anteriormente".

El recurso extraordinario

Se propone aduciendo como base la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, así:

a) Por ser la sentencia violatoria de ley sustancial, por interpretación errónea de los artículos 1485, 1486, 1487 y 1025, numeral 2º, del Código Civil, los cuales fueron violados indirectamente, en razón de la violación directa que se hizo de los artículos 593, 472 y 471, último inciso, del Código de Procedimiento Civil, y concordantes, habiendo por otra parte apreciación errónea de la demanda y falta de apreciación de las pruebas aportadas por el actor, lo cual constituye error de derecho y error de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos;

b) La sentencia acusada es violatoria de la ley sustancial, por infracción directa de los artículos 25 y 30 de la Constitución Nacional, 13 y 9º del Código de Procedimiento Penal (y disposiciones concordantes del Código Penal relativas a la querella de parte) lo cual constituyó una infracción indirecta a los artículos 1485 y 1025 del Código Civil;

c) La sentencia acusada es violatoria de la ley sustancial, por infracción directa de las siguientes disposiciones: artículo 494 del Código Judicial, armonizado con el artículo 26 de la Constitución, y el artículo 7º de la Ley 153 de 1887, lo cual quebranta indirectamente los artículos 1485, 1486 y 1487 del Código Civil y otras disposiciones concordantes.

El artículo 1443 del Código Civil establece que las donaciones entre vivos son irrevocables. Quiere decir esto que el donante no puede revocar a su capricho la donación, con un acto individual. Tiene el derecho de lograr la revocatoria cuando se cumplan los presupuestos consagrados en el artículo 1485 del Código Civil, en armonía con el 1025. Al donante compete intentar la acción, y al órgano jurisdiccional revocar la donación. No pudiendo el particular revocarlas, debe hacerlo precisamente el órgano jurisdiccional. No se ve cómo pueda interpretar el Tribunal que el artículo 1487 habla impropiamente de acción revocatoria, si en el contexto de todas las disposiciones del Código Civil, referentes a esta institución, se acepta objetiva y fácilmente, que la acción tiende a que el órgano jurisdiccional revoque lo que no puede revocar el donante. Basta cotejar las normas de los artículos 1194 y 1485 del Código Civil. En el primero, el Código advierte que "la donación revocable es aquella que el donante puede revocar a su arbitrio", y en el segundo se expresa que "la donación entre vivos puede revocarse por ingratitud", pero no dice que la puede revocar el donante. La ley es clara en cuanto a que la revocación por ingratitud corresponde al órgano jurisdiccional. El artículo 1487 se refiere a la acción revocatoria y advierte que termina en cuatro años "contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho ofensivo, y se extingue por su muerte, a menos que haya sido intentada judicialmente durante su vida...". Igualmente

se establece en la misma norma que en caso de muerte del donante "la acción revocatoria se transmitirá a los herederos". El artículo 1488 del Código Civil establece que en caso especial, cuando el donante se hallare imposibilitado para ejercer la acción, podrán intentarla "no sólo su guardador, sino cualquiera de sus descendientes o ascendientes legítimos o su cónyuge". Si la revocación fuera un acto que sólo correspondiera al donante como particular, y no al órgano jurisdiccional, según la incorrecta interpretación del Tribunal, habría que aceptar que también los herederos, el guardador, los descendientes o ascendientes legítimos y aun el cónyuge del donante, podrían realizar tal acto. Esto es inadmisible, y todo conduce a establecer que el único que tiene la potestad de revocar una donación irrevocable, es precisamente el juez.

"La doctrina está de acuerdo en que lo que se demanda al juez, por razón del mandato del artículo 1485, es que revoque las donaciones. Dice Fernando Vélez, en cita que le hace el juez de primera instancia en su sentencia: 'Entendemos que como la revocación se funda en uno de aquellos hechos, no puede verificarse sino previo un juicio ordinario, promovido por el donante, *en que se pida que se declare revocada la donación*' (Fernando Vélez - Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. Tomo V, página 435).

"Hay apreciación errónea de la demanda porque el Tribunal ha restringido su contenido, pues la acción revocatoria no se encamina sólo a la declaración de ingratitud del donatario respecto del donante, sino a la revocación de la donación. Se desprende lógicamente del conjunto de la demanda, de las razones de hecho y de derecho aducidas, que el actor se propuso obtener la declaratoria de ingratitud de los donatarios, por haber cometido contra el donante, su cónyuge y sus hijas, atentado grave contra su vida, su honor y sus bienes, y además la revocatoria de las donaciones por resolución o sentencia del órgano jurisdiccional. El error en la interpretación de la demanda (error de hecho) se debe especialmente a la violación directa por inaplicación del mandato consagrado en el artículo 593 del Código Judicial, que ordena que toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa. Por inaplicación de los artículos 471 y 472 del Código Judicial, procedimentales pero sustanciales y definitorios de derecho de las partes (infracción directa) se violaron indirectamente las normas sustanciales relativas a la revocación de las donaciones irrevocables (artículos 1485 a 1489 del Código Civil y 1025 del mismo Código) ...

"Si se hubiera aplicado el artículo 593 del Código de Procedimiento Penal y los otros anteriormente mencionados, se hubiera establecido en primer lugar que el actor, en los hechos 1º, 2º y 3º de la demanda, se refirió a las donaciones, en los hechos 4º, 5º y 9º, se refirió a la acción revocatoria, en los hechos 6º, 7º y 8º se refirió a los actos de ingratitud de los donatarios con respecto al donante, y en la parte petitoria de la demanda solicitó en el 1º y 2º puntos la revocatoria como consecuencia de los actos de ingratitud de los donatarios con respecto al donante...

"Así presentadas las cosas, se ve claramente cómo el error de hecho en la apreciación de la demanda, por violación directa de preceptos sustanciales de procedimiento, engendró una violación de los preceptos sustanciales sobre revocación de las donaciones, porque el Tribunal, no haciendo una debida interpretación de la demanda, estimó equivocadamente que la revocatoria solicitada, no llevaba subsumida la declaratoria de ingratitud de los donatarios con respecto del donante, y la valoración y calificación como 'actos de ingratitud' de los hechos aducidos por el demandante.

"Sin embargo, el Tribunal sí incurrió en error de derecho en cuanto se refiere al alcance que debe darse al término 'sentencia ejecutoriada' de que habla el artículo 1025 del Código Civil. En la sentencia acusada advierte que los atentados contra la vida, o contra la propiedad, siempre son constitutivos de ilícitos penales a pesar de que acepta que los atentados contra el honor pueden no serlo. Es decir, acepta el Tribunal, que la sentencia que se profiera en este juicio de revocatoria de donaciones, podría tender también a satisfacer la exigencia probatoria de la sentencia ejecutoriada, pero únicamente en lo que se refiere a los atentados contra el honor, ya que según el Tribunal los otros requieren la sentencia penal, ejecutoriada. Hay error de derecho en la interpretación del artículo 1025 del Código Civil, frente al error de hecho en la incorrecta apreciación de la demanda, y en la falta de estudio de las pruebas allegadas, el cual podría entenderse muy bien si se hace una lectura de mi memorial que obra a folios 14 a 36 del cuaderno número 7, lo cual imploro, con el debido respeto a la honorable Corte. El esquema de los puntos en que me baso para advertir este error es el siguiente: El *atentado grave* de que

habla en el numeral 2º del artículo 1025 del Código Civil, no siempre tiene que equipararse al *delito*. Hay pluralidad de hechos que constituyen el atentado grave si se consideran en su agregado, a pesar de que individualmente considerado cada hecho, puede tipificarse o no como delito, como en el caso de la agregación de insultos, patadas, puños, daños en cosa ajena, señas vulgares, frases mortificantes, lo que significa una conducta reiterada que aglutina hechos contra el honor, la vida y los bienes del ofendido, y que por reiterada y por constituir una suma de hechos, puede constituir un atentado grave. Por otra parte, en el caso presente, a los delitos les faltó una condición de procedibilidad relativa a la querella, en los casos de injuria, o al denuncio del padre, en los casos de lesiones o de hechos contra los bienes, a ninguna de las cuales estaba obligado el actor, como se verá más adelante, por lo cual, los hechos, a pesar de ser delitos, no podían recibir esa calidad por sentencia penal ejecutoriada, sin que esto implicara que no podían estructurarse como atentado grave civil, para los efectos del mandato del artículo 1485 y 1025 numeral 2º del Código Civil, en la sentencia que resolviera las pretensiones de la demanda en el presente juicio...

"La no interpretación o mejor apreciación de esas pruebas, constituye un error de hecho y de derecho, que incide necesariamente en la parte resolutiva de la sentencia. Frases como éstas (folio 58, cuaderno 7) de la parte resolutiva de la sentencia: 'Sin perjuicio de las consideraciones que anteceden...' o 'Respecto de los hechos que sin constituir delito, pudieran ser calificados como atentados graves contra el honor, el Tribunal se abstiene de examinar las pruebas del caso, ya que ello sería inútil, frente a las consideraciones que se han dejado expuestas anteriormente'. Fue así como el Tribunal se abstuvo de examinar todas las pruebas por haber cometido los errores de que se ha venido hablando...

"El artículo 494 del Código Judicial consagra la conocida institución de la *reformatio in pejus*, en virtud de la cual el funcionario de segunda instancia, no puede agravar la situación procesal adquirida por la parte apelante, en la sentencia recurrida ... La sentencia acusada es violatoria directamente, del artículo 494 ... El juez de primera instancia no desconoció el objeto de la acción revocatoria de que hablan los artículos 1485, 1486 y 1487 del Código Civil y aceptó el derecho de postulación que tenía el actor para pedir la revocatoria de las donaciones. Determinó así que no había vicios en los presupuestos o elementos de la acción, pero despachó desfavorablemente la demanda, por suponer que hacía falta el único medio de prueba: la sentencia penal ejecutoriada".

Consideraciones de la Corte

La donación entre vivos puede revocarse por ingratitud; así lo establece el artículo 1485 del Código Civil, que además define la ingratitud diciendo que se entiende por acto de ingratitud cualquier hecho ofensivo del donatario que le hiciere indigno de heredar al donante.

Hay en el precepto legal una referencia expresa a las disposiciones del mismo Código que establecen la indignidad para heredar.

El artículo 1025 del Código Civil dispone que son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios: 1º El que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del difunto o ha intervenido en este crimen por obra o consejo, o la dejó perecer pudiendo salvarla; 2º El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada. Los demás ordinales del artículo 1025 se refieren al consanguíneo, dentro del sexto grado inclusive, que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiendo; al que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto o le impidió testar; o al que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto.

La parte del precepto que consagra la indignidad para suceder al difunto, con que se relaciona la demanda inicial de este juicio, es la del numeral 2º, o sea, haber cometido el donatario atentado grave contra el honor o los bienes de la persona del donante, o de su cónyuge o de sus ascendientes y descendientes legítimos.

El fallador de segundo grado encontró que a su juicio no se llenaban las exigencias de tal ordenamiento legal y por tanto la acción no podía prosperar, por dos razones que se enuncian en la sentencia. En primer término, porque la revocación de las donaciones y el desheredamiento presuponen la demostración en juicio, por sentencia ejecutoriada, de que el heredero, en su caso, o el donatario en el suyo, cometieron atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o del donante, o de las demás personas que se

indican en el texto mencionado. Y además, porque la revocación de la donación entre vivos debe hacerla el donante, previos los requisitos legales, y no el juez, a quien sólo le compete declarar la ingratitud del donatario respecto del donante; que la demanda no solicita que a los donatarios se les declare ingratos respecto del demandante, sino que se limita a pedir que se revoquen las donaciones, lo que es asunto de la exclusiva competencia del donante; por lo cual la demanda falla sustancialmente, pues está pidiendo algo que no corresponde al órgano jurisdiccional hacer, sino al demandante.

A) *La acción revocatoria en las donaciones.*

Debe estudiar la Corte, en primer término, si procede jurídicamente pedirle al juez que revoque las donaciones intervivos, o si corresponde al donante revocarlas.

La Corte encuentra, al examinar los preceptos del Código Civil relacionados con la materia, que ellos tratan de la resolución, la rescisión y la revocación de donaciones, contempladas desde el punto de vista de una acción que ha de intentarse ante el juez. En efecto, el artículo 1481 expresa que la donación entre vivos no es resoluble porque después de ella le hayan nacido al donante uno o más hijos legítimos, a menos que esta condición se haya expresado en la escritura pública de la donación; el artículo 1482 prescribe que son rescindibles las donaciones en el caso del artículo 1245, cuando la donación menoscaba las legítimas rigorosas o la cuarta de mejoras; el artículo 1484 expresa que la acción rescisoria terminará en cuatro años contados desde el día en que el donatario haya sido constituido en mora; finalmente el artículo 1485 dice que la donación entre vivos puede revocarse por ingratitud. Además el artículo 1487 prescribe que "la acción revocatoria" termina en cuatro años, contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho ofensivo, y se extingue por su muerte, a menos que haya sido "intentada judicialmente" durante su vida. Y el artículo 1489 se refiere de un modo general a la resolución, la rescisión y la revocación de las donaciones.

El examen de las normas aludidas no deja duda sobre que el Código Civil le da a la revocación de las donaciones un tratamiento análogo al que establece para la resolución y la rescisión de las mismas, en cuanto deben ser declaradas por sentencia judicial.

Unilateralmente no es posible al donante revocar una donación entre vivos. Los términos de la ley son tan claros que según ellos el Código consagra un sistema en el particular que exige el seguimiento de una acción judicial para invalidar una donación, en todos los casos contemplados de resolución, rescisión o revocación.

Lo expuesto en este punto es bastante para que la Corte manifieste un disentimiento en relación con lo afirmado en el fallo objeto del recurso, cuando expresa que "el artículo 1487 del Código Civil habla impropiamente de 'acción revocatoria' ". No existe tal impropiedad. Al contrario, el medio jurídico para alcanzar la revocación es el de acudir a la acción revocatoria, proponiéndola ante el juez.

B) *Competencia del juez civil para calificar la indignidad y la ingratitud.*

Respecto al segundo punto, sobre exigencia según la ley, artículos 1485 y 1025 del Código Civil, de que se aduzca una sentencia ejecutoriada, cabe hacer algunas consideraciones.

El numeral 2º de este último precepto, pertinente a la especie en estudio, dice que es indigno de suceder al difunto como heredero o legatario, norma aplicable a las donaciones:

"2º El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada".

Cuando el pretendido atentado grave contra los bienes consiste en un acto del presunto heredero que pueda por su naturaleza ser calificado por el juez civil, como la simulación de un contrato de venta, propio de la competencia de aquél, no se ve que haya inconveniente, sino al contrario ventaja o provecho, en que el juez civil estudie la simulación alegada, decida sobre ella, y si la halla establecida la declare y al propio tiempo resuelva si se ha configurado por la simulación la causal de indignidad, base del desheredamiento, y lo declare igualmente. Así lo entendió la Corte en sentencia proferida por esta Sala el 25 de mayo de 1961, al decir:

"En caso como el de autos, la prueba del atentado grave y la declaración de indignidad se pueden perseguir dentro de una misma controversia, con el objeto de evitar que el término llegue a vencerse, por una parte, y por razones de economía procesal, por otra. El ordinal 2º del artículo prescribe que el atentado se pruebe por medio de 'sentencia ejecutoriada', pero no

exige un fallo que previamente demuestre el atentado, y otro que luego lo califique y pronuncie la indignidad. Es natural que si el hecho generador de ésta no puede establecerse sino mediante decisión de los jueces penales, no puede acumularse ante ellos la acción de indignidad, que es estrictamente civil. Mas, si el hecho causante se puede acreditar por medio del fallo de los jueces civiles, como en el caso del atentado prevalido de la simulación, que a ellos concierne declarar, no se ve la razón que impida ejercer las dos acciones dentro de una misma litis" (la de simulación y la de indignidad). (Gaceta Judicial, Tomo XCV, página 889).

Los atentados graves contra el honor de una persona deben ser establecidos en juicio para que se pueda declarar la ingratitud de un donatario respecto del donante (artículo 1031 del Código Civil).

Continuando en este examen de la competencia de los jueces civiles para fallar en procesos de su resorte respecto de hechos que impliquen atentado grave contra el honor, es necesario precisar el sentido de esa locución, deteniéndose la Corte un tanto en el estudio de la indignidad, el desheredamiento y la revocación de las donaciones, por envolver estos puntos conceptos muy vinculados entre sí y que por su estrecha relación ilustran la materia que va a ser objeto de decisión en esta providencia.

a) *La indignidad y el desheredamiento.*

El desheredamiento es una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima.

La indignidad para suceder también tiene como efecto que el heredero o legatario sea privado del derecho a heredar.

La no transferencia de los bienes a los herederos o legatarios ocurre pues por haberse incurrido en una cualquiera de las causales de indignidad, y también cuando el heredero se ve privado de su carácter de tal por disposición testamentaria que impone el desheredamiento.

La razón de ser de esta institución jurídica se halla en la falla de conducta del presunto heredero o legatario, en ambos casos, tanto en el de indignidad como en el de desheredamiento. Tal falla, en el ámbito de las causales 2ª del artículo 1025 sobre indignidad y de la primera del artículo 1266 sobre desheredamiento, consiste en haberse atentado contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata (motivo de indignidad), o el haberse cometido injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes (motivo de desheredamiento). Las dos causales coinciden en ambos casos, en el punto que aquí se contempla. Literalmente se refieren la indignidad y el desheredamiento al agravio "contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata" o "contra el testador en su persona, honor o bienes". Así, el "atentado grave" y la "injuria grave", se presentan en la ley como términos equivalentes para señalar un mismo hecho causado por la conducta censurable del heredero o legatario. En unos casos el juez declara la indignidad y sus consecuencias y lo hace porque el ofendido no lo puede hacer por haber fallecido; en los otros, también el juez la declara y se pronuncia sobre la legalidad del desheredamiento, decidiendo si se ha hecho de conformidad con la causal que lo establece y autoriza.

Consecuencia obvia de las consideraciones que preceden es la de que la injuria grave y el atentado grave a que las normas citadas se refieren son un modo de expresión de la ley que concreta la misma idea, o sea, que se cometa injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes (artículo 1266, numeral 1º del Código Civil), o se atente contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata (artículo 1025 del Código Civil). Ni habría razón alguna para establecer reglas diferentes, dentro del régimen de las sucesiones, cuando un presunto heredero se hace indigno de suceder al causante. El interés de la ley se concreta en uno y otro caso a sancionar al culpable de indignidad.

Las anteriores apreciaciones y conclusiones encuentran apoyo de autoridad en los expositores Claro Solar y Salvador Fornieles.

Claro Solar, Tomo XV (III de la Sucesión por Causa de Muerte) tratando de las causales de desheredación por un ascendiente, dice:

"Número 1603. 1ª Por haber cometido injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos.

"Es esta la segunda de las causales de indignidad que establece el artículo 968 que priva al que comete este atentado del derecho de suceder al difunto".

Y luego de citar las hipótesis que según la ley romana "eran justas causas de ingratitud", y refiriéndose a la antigua legislación española, agrega: "La Ley 4ª del Título 7º partida sexta reproducía estas causas dándolas como razones

del desheredamiento de los hijos, que podían hacer los padres ... Todas las causas expresadas importan evidentemente atentados *y* ofensas *(se subraya) que constituyen injuria grave contra el testador, ya sea en su persona, ya en su honor, ya en sus bienes; y pueden por lo mismo considerarse reproducidas en la primera de las causas que indica el artículo 1208''.*

Entre las causales del Derecho Romano está la del hijo que ''puso las manos sobre su padre'' o ''le infirió una injuria grave y deshonesta''.

Entre las causales del Derecho Español (Ley 4ª, Título 7º, partida sexta), figura la de que ''el fijo a sabiendas e sañudamente mete manos ayradas en su padre para ferirle o para prenderle; o si le deshonra de palabra gravemente, magüer non lo firiesse ...'' (páginas 521 a 523).

Salvador Fornieles, en su Tratado de las Sucesiones, en el Derecho Argentino, dice:

''Número 217. Desheredación. *La única manera de excluir a un heredero forzoso consiste en desheredarlo. La desheredación tiene contacto con la indignidad, pues en el fondo, las mismas razones que hay para separar a un heredero indigno, justifican que el autor de la sucesión lo desherede, anticipándose a la sanción de la ley ... (página 197, Tomo II del Tratado de las Sucesiones).*

Fornieles cita a Goyena, así: ''Goyena dice en su artículo 671 que todas las causas de indignidad lo son también de desheredación ...''

b) *Revocación de las donaciones.*

La claridad de los preceptos de la ley comentados, respecto a la declaración de indignidad que hacen los jueces y a la de desheredamiento, permite avanzar con base firme en el examen de la revocación de las donaciones por ingratitud del donatario respecto del donante. Es muy expresivo el contenido del artículo 1268 del Código Civil, que dice: ''Los efectos del desheredamiento, si el desheredador no los limitare expresamente, se extienden no sólo a las legítimas, sino a todas las asignaciones por causa de muerte, y a todas las donaciones que le haya hecho el desheredador''. *Dentro del mismo régimen jurídico del desheredamiento, el Código lleva sus efectos, no sólo a las asignaciones por causa de muerte, sino a las donaciones hechas por el desheredador. Esto está indicando que la ley ha querido expresamente extender sus mandatos tocantes con el desheredamiento, que puede afectar todo o parte de las legítimas a las donaciones, para que así como se pronuncia el desheredamiento que puede llevar consigo la anulación del derecho a heredar por causa de muerte, se pueda también declarar la revocación de las donaciones inter vivos. Esta penetración expresa y directa del régimen del desheredamiento al de las donaciones no deja duda sobre el propósito del legislador de que sancione con una pena civil, tanto al presunto heredero como al donatario, anulándose en un caso el llamamiento general de la ley a heredar, y en el otro revocándose la donación, por haberse hecho indigno en los dos casos el futuro beneficiario, por una razón idéntica: la de haberse producido atentado o injuria grave contra el causante, por el llamado legitimario o donatario.*

Reafirma el concepto antes expresado lo dispuesto por los artículos 1448 y 1468 del Código Civil, al decir que ''las incapacidades de recibir herencia y legados, según el artículo 1021, se extienden a las donaciones entre vivos'', y que ''las reglas dadas sobre la validez de las aceptaciones y repudiaciones de herencias o legados, se extienden a las donaciones''.

Sin ir hasta la apreciación conceptual específica, a que se ha llegado en esta providencia, un reputado expositor colombiano coincide con el pensamiento manifestado en ella, cuando dice:

''Porque, efectivamente, el fundamento de esta revocación nace de la ley que inflige al donatario el castigo consistente en perder lo donado a causa de su ingratitud ... Tiene, pues, igual naturaleza que la indignidad, lo cual confirma el artículo 1485 que taxativamente hace remisión a los textos donde están definidas las causales de indignidad consistentes en hechos ofensivos en los que puede fundarse el donante para revocar la liberalidad. Estas causales, de mayor extensión quizás que las expresadas en el artículo 955 del Código de Napoleón, se hallan declaradas en los artículos 1025 y 1026 y se encuentran ampliamente estudiadas en Las Sucesiones, *números 135 a 140 ...*

''Una causa de revocación por ingratitud definida por don Andrés Bello en el artículo 125, es la que se refiere al ascendiente sin cuyo necesario consentimiento se hubiere casado su descendiente, que puede revocar por esta causa las donaciones que antes del matrimonio le haya hecho. También por este motivo el descendiente puede ser desheredado, y en sucesión intestada, por tal caso, se hace indigno de suceder 'en la mitad de los bienes que le hubieran correspondido en la sucesión del difunto'. El fundamento de estas severas sanciones que se dan a los

padres y ascendientes lo explica el mismo Bello, como puede verse en Las Sucesiones, *número 141 a" (Sucesiones —Donaciones— quinta edición. 1966. Hernando Carrizosa Pardo, páginas 652 y 653).*

Fernando Vélez, en el Tomo V de su obra Derecho Civil Colombiano, segunda edición, páginas 434, 435 y 436, dice:

"La revocación por ingratitud que autoriza el artículo 1485, se origina de la ley que la impone al donatario como sanción penal, por sus actos de ingratitud. Por lo mismo, las disposiciones que a ella se refieren, deben restringirse a los casos que expresamente contempla. No sería equitativo ampliarlas.

"La revocación de que tratamos es análoga a la de los casos de los artículos 125, 150 y 164, relativos al menor que se casa sin el debido consentimiento, a la nulidad del matrimonio (artículo 1846) y al divorcio (Tomo 1º, números 258 y 281) ...

"605. El inciso 1º del 1485 da al donante el derecho de revocar la donación por ingratitud del donatario. Luego veremos que ese derecho lo tienen otras personas en el caso del artículo 1488. El inciso 2º de aquél artículo establece que es acto de ingratitud cualquier hecho ofensivo del donatario que le hiciera indigno de heredar al donante. De modo que este 2º inciso dispone, en suma, que si el donatario ejecuta contra el donante uno de los hechos que le harían indigno para sucederle por causa de muerte, o para ser asignatario del donante, éste puede revocar la donación. Entendemos que como la revocación se funda en uno de aquellos hechos, no puede verificarse sino previo un juicio ordinario, promovido por el donante, en que se pida que se declare revocada la donación (artículos 1031, 1267 y 1488).

"Los casos de indignidad para suceder a una persona por causa de muerte, los determinan los artículos 1025 y siguientes. Después de referirnos a lo que acerca de ellos decimos en el Tomo 4º, nos parece conveniente ver cómo pueden aplicarse a las donaciones.

"Lo primero que observamos es que los actos de ingratitud en que puede fundarse la revocación de una donación, deben ser posteriores a ésta, pues si le son anteriores, se presume que los ha perdonado el donante. Quizá sí es admisible la prueba de que éste no tuvo conocimiento de ellos, siguiendo el precepto del artículo 1030.

"Las causas de indignidad de los artículos 1025 y 1026 (artículo 1266), son aplicables a las donaciones, pues si el donatario ejecuta contra el donante alguno de los hechos de que hablan los números 1º y 2º del artículo 1025, o no acusa a la justicia el homicidio cometido en la persona del donante, nada más justo que se revoque la donación. En el caso del número 1 citado, la revocación no pueden hacerla efectiva sino los herederos del donante, lo mismo que en el del artículo 1026, siendo aplicable éste con las excepciones que contiene.

"Si el donante se encuentra en estado de demencia y no lo socorre el donatario, puede hacer uso de la revocación su guardador o uno de sus ascendientes o descendientes legítimos, o su cónyuge, según el artículo 1488. Si el donante está en estado de destitución o de indigencia y no lo socorre el donatario, puede, o pedir que éste le suministre alimentos (artículo 411, número 10.) o revocar la donación. Quizá no pueda hacer uso de ambos derechos. Nos parece que así es aplicable a las donaciones el número 3 del artículo 1025".

Resumiendo las anotaciones anteriores, se tiene que la injuria grave y el atentado grave a que se refieren normas citadas del régimen jurídico de las sucesiones, que comprende el desheredamiento, son un modo de expresión de la ley que concreta la misma idea, o sea, que se cometa injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes (artículo 1266, numeral 1º del Código Civil), o se atente contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata (artículo 1025 del Código Civil); con base en que la indignidad, producida por el agravio, es la misma en uno y otro caso, porque el interés de la ley es sancionar al culpable de indignidad en ambos.

Con fundamento en esta normación tan clara, respecto a la declaración general de indignidad que hacen los jueces y cuando se produce el desheredamiento, se avanza con base firme en el examen de la revocación de las donaciones por ingratitud del donatario. Expresamente el artículo 1268 del Código Civil aplica los efectos del desheredamiento a las donaciones que haya hecho el desheredador. La ley extiende pues sus mandatos tocantes con el desheredamiento a las donaciones, para que éstas queden también revocadas por virtud del desheredamiento, si el desheredador no limitare expresamente sus efectos. En un caso se anula el llamamiento que la ley hace a heredar, y en el otro se revoca la donación, por haberse producido en ambos atentado o injuria grave contra el causante, bien sea legitimario o donatario.

Estas consideraciones hacen evidente que siendo una misma la causal de indignidad en los casos de desheredamiento y de revocación de una donación por ingratitud, o sea la de haber incurrido el heredero o el donatario en atentado o injuria grave contra el causante, la revocación de la donación procede por los mismos motivos del desheredamiento, en los casos de tal atentado o injuria contra el testador o contra el donante.

c) *Calificación de la ingratitud por el juez civil.*

Viniendo al caso del presente pleito, se halla que en la demanda los actos constitutivos de indignidad se exponen así:

"Hecho sexto. Los demandados han injuriado y ultrajado de palabra y de hecho a mi poderdante.

"Hecho séptimo. Los demandados han injuriado, maltratado y faltado al respeto a la esposa de mi poderdante y madre de ellos, señora María Helena R. de Pulido.

"Hecho octavo. Los demandados han injuriado, maltratado y faltado al respeto a las hijas de mi poderdante, señora Teresa Pulido de Peñalosa y señoritas Beatriz, Inés y Cecilia Pulido, quienes son a la vez hermanas de los demandados".

Para satisfacer un interrogante que ha quedado pendiente en otro punto de este proveído, sobre si en el juicio propuesto ante el Juez Civil, puede éste calificar hechos posiblemente constitutivos de ilícitos penales, es llegada la oportunidad de decir lo que naturalmente emerge de algunas consideraciones anteriores, o sea que es de la competencia del Juez Civil dicho conocimiento y el poder proferir la decisión respectiva, siempre que no se halle configurada la comisión de un delito, pues entonces sólo podrá adelantarse el juicio hasta colocarlo en estado de proferir sentencia, en acatamiento a lo previsto en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal.

Lo discurrido pone de manifiesto que es fundado el cargo en casación referente al quebranto por la sentencia recurrida de los artículos 1485 y 1025 del Código Civil, por interpretación errónea y falta de aplicación.

El análisis de la prueba traída a este juicio, que se hace a continuación, convence de que los agravios que se imputan a los donatarios Rafael y Leopoldo Rodríguez Pulido, respecto del donante, mereciendo el calificativo de graves, no implican sin embargo, a juicio de la Corte, la comisión de delito, por lo cual esta corporación no encuentra obstáculo para proferir el fallo que a ella corresponde, dando aplicación a los preceptos pertinentes de la ley civil.

d) *Prueba de la ingratitud de Leopoldo Rodríguez Pulido.*

Se intentó probar que Rafael Rodríguez Pulido había atentado contra la vida de su padre señor Teodosio Pulido Bulla. A este propósito hay una sola declaración, la de Luis Alvaro Varón, chofer de la camioneta de Teresa Pulido de Peñalosa, en que se afirma, sin determinarse la fecha en que ello ocurriera, que conduciendo Varón la camioneta donde viajaba toda la familia Pulido, en el trayecto de Fontibón a Tres Esquinas, Rafael con su carro le cerró la vía por dos veces y que si no hubiese obrado con rapidez se habría producido la colisión de los dos vehículos, y que con anterioridad a ese hecho Rafael le había manifestado que se estrellaría contra la camioneta a una velocidad de cien kilómetros (folio 89, cuaderno número 5). Fuera de que no es razonable que se produzca una tentativa como la que se pretende, por llevar ella envuelta un peligro posiblemente mortal de la vida de quien actúa contra otra persona en la forma que se indica, un solo testimonio como el de que se trata no podría admitirse como prueba del hecho que se quiso demostrar.

Igual deficiencia probatoria debe anotarse al testimonio de Custodio Díaz C., en cuanto afirma que los esposos Pulido-Rodríguez recibieron ultrajes de Leopoldo en los meses de febrero y diciembre de 1959, y que Rafael Rodríguez Pulido incita o azuza a su hermano Leopoldo a cometer esa clase de ultrajes, pues a más de ser uno solo el deponente, manifiesta en su declaración estar caucionado por enemistad con Rafael y Leopoldo (folios 31 y 80, cuaderno número 5).

En cambio, sí existe prueba plena, según varios testimonios contestes, sobre los siguientes hechos:

En el mes de agosto de 1959, sin recordar el día, entre las ocho o nueve de la mañana, llegaron a casa de los esposos Pulido-Rodríguez, situada en las afueras de Funza, los señores Fernando A. Botero y Luis Felipe Bello, conducidos por el chofer Luis Guayana, con el objeto de negociar un automóvil usado que tenían en dicha casa. Cuando salió Leopoldo al patio de la habitación, su madre María Helena Rodríguez

le pidió las llaves del carro para mostrarlo a los visitantes. Aquél se negó a entregarlas y por el contrario, arrebatándole un pequeño palo que llevaba su madre en la mano con el fin de arriar ganado, le dio de garrotazos en la parte superior del cuerpo. Como don Teodosio saliera a ver lo ocurrido, Leopoldo se le lanzó y de una cachetada y un empujón lo derribó al suelo, de donde fue levantado por los señores Botero y Bello, conduciéndolo a una pieza de la casa. De palabra ultrajó a sus padres diciéndoles "hijos de puta" y a su madre le lanzó otros ultrajes, como "nochera, mal parida", que no le dejaba vender el carro. A Teresa, hermana del demandado Leopoldo, también la ultrajó de palabra y de obra.

La anterior narración tiene su respaldo en las declaraciones de Luis Felipe Bello (folio 35, cuaderno 5), Fernando A. Botero (folio 44, cuaderno 5), Luis Guayana (folio 60, cuaderno 5) y Juana Cristiano de Carreño (folio 97 vuelto, cuaderno 5).

No hay duda de que los hechos demostrados de conformidad con la transcripción que precede constituyen una injuria grave que pudo ser causa bastante para que por testamento Teodosio Pulido hubiese desheredado a su hijo Leopoldo por haberla cometido contra el testador en su persona y en su honor, y en la persona y el honor de su cónyuge; y también porque los maltratamientos a él inferidos, habiéndolo derribado al suelo, de donde hubo de ser levantado por otras personas, pudo ser, por la edad muy avanzada de aquél (86 años), causa de un accidente de serias consecuencias. Del mismo modo y de conformidad con el estudio que la Sala ha hecho acerca de la juridicidad de aplicación de las normas que regulan la indignidad como causal de desheredamiento, a la revocación de las donaciones por ingratitud, el donante podía, en el presente caso, ejercitar la acción revocatoria, como lo ha hecho en este pleito.

Respecto de Rafael Rodríguez Pulido, no prospera dicha acción, por no haberse configurado en relación con él la causal de ingratitud.

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte ha de casar la sentencia impugnada, y en plano de instancia proveer lo conducente, teniendo en cuenta las consideraciones y deducciones a que ha llegado.

Resolución

La Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 18 de noviembre de 1964, proferida en este juicio ordinario seguido por Teodosio Pulido Bulla contra Rafael y Leopoldo Rodríguez Pulido o Pulido Rodríguez, sobre revocación de unas donaciones y, como juzgador de instancia, REVOCA la del Juzgado Octavo Civil de este Circuito, de fecha 27 de septiembre de 1961, y en su lugar, dispone:

1º Absuélvese al demandado Rafael Rodríguez Pulido o Pulido Rodríguez de los cargos formulados en la demanda.

2º Declárase que Leopoldo Rodríguez Pulido o Pulido Rodríguez cometió contra sus padres Teodosio Pulido Bulla y María Helena Rodríguez de Pulido injuria grave en sus personas y en su honor, y por ello ha incurrido en causal de ingratitud.

3º Como consecuencia de la determinación anterior, declárase revocadas las donaciones que hizo Teodosio Pulido Bulla a Leopoldo Rodríguez Pulido o Pulido Rodríguez, "por medio de las Escrituras públicas números 1769 de 4 de junio de 1941 y 2527 de 4 de julio de 1944, Notarías Cuarta y Primera de Bogotá, respectivamente, y la 489 de 28 de noviembre de 1958, Notaría Unica de Chía"; y en tal virtud restituida al patrimonio del mismo Teodosio Pulido Bulla la cuota que por éste le había sido transferida mediante las donaciones en referencia al nombrado Leopoldo Rodríguez Pulido en cada uno de los bienes sobre que tales donaciones versaron. Se advierte que los actos contenidos en los instrumentos públicos citados quedan vigentes respecto de Rafael Rodríguez Pulido, únicamente en cuanto a la cuota que a éste le fue donada.

4º Comuníquese a los Notarios 4º y 1º de Bogotá, al Notario de Chía y al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad para que hagan las anotaciones en los libros correspondientes, sobre revocación de la donación hecha por Teodosio Pulido Bulla a Leopoldo Rodríguez Pulido.

5º Ofíciese igualmente al Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá para que cancele la inscripción de la demanda que dio origen a este pleito.

6º Condénase a Leopoldo Rodríguez Pulido o Pulido Rodríguez a pagar la mitad de las costas de primera instancia.

Sin costas en la segunda instancia, ni en el recurso de casación por rectificación de doctrina.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL

Elementos que la constituyen. — Dos testimonios no forman el conjunto de que habla el artículo 399 del Código Civil para demostrar la posesión notoria de un estado civil.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, junio 30 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Arturo C. Posada.*

Berta Muñoz Córdoba, por medio de abogado titulado y como representante legal de sus hijos Marta Esperanza y José Muñoz, citó en juicio ordinario ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Pereira a "la sucesión de Luis Carlos García Castaño, representada por su hijo menor Harold García, representado a su vez por su madre natural Rosmary Parra, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"a) Que Marta Esperanza Muñoz y José Mario Muñoz son hijos naturales de Luis Carlos García y tienen derecho a llevar su apellido por haberlos tenido en Berta Muñoz, mujer soltera.

"b) Que como consecuencia de la declaración anterior, los menores Marta Esperanza y José Mario Muñoz son herederos de Luis C. García, y tienen derecho a intervenir en el juicio mortuorio del causante y a recibir como herencia la porción de bienes que les señala la Ley 45 de 1936 en concurrencia con Harold García, hijo natural reconocido".

La demanda expone varios hechos que se resumen así:

En los primeros meses de mil novecientos cuarenta y cuatro Berta Muñoz Córdoba, quien vivía en Pereira al lado de su hermana Elisa Muñoz, inició con Luis Carlos García Castaño relaciones amorosas que se fueron estrechando hasta convertirse en carnales.

Transcurridos seis u ocho meses de vida sexual, García sacó a Berta de la casa situada en la calle 21 con la carrera 13 donde residía con su hermana, y la llevó a los bajos de la casa de Luis Angel García, ubicada en la carrera 10 bis entre calles 23 y 24, donde siguieron conviviendo en amancebamiento durante ocho meses, en los cuales García pagaba el arrendamiento y atendía al sostenimiento de Berta.

Embarazada ésta a consecuencia de las relaciones carnales, García la trasladó a una casa de la carrera 10 bis entre calles 22 y 23 de María de Jesús Morales, donde continuaron conviviendo por espacio de siete años. Allí nacieron Marta Esperanza en los primeros meses de mil novecientos cuarenta y cinco, y José Mario el 23 de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Pasado el tiempo dicho, García se trasladó con Berta y sus dos hijos a la casa de Teresa González, calle 18 con carrera 15, en la cual vivieron como concubinos dos años. Finalmente García pasó a Berta y a sus dos hijos a la casa que tomó en arrendamiento a José Moncada en la calle 27 con carrera 11, en la cual, como en las anteriores, continuó haciendo vida marital con ella.

Desde que García inició relaciones sexuales a principios de 1944 con Berta, y en las varias residencias donde la tuvo, hizo vida común con ella y atendió siempre a su sostenimiento. Desde cuando nacieron Marta Esperanza y José Mario García "los alimentaba, los vestía, les daba drogas, los instalaba en planteles de educación, todo ante amigos, parientes y relacionados y pagaba el arriendo. Esta vida de contubernio carnal y de tutela paternal la sostuvo el señor García hasta el momento de su muerte, la cual ocurrió fatalmente en el mes de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho".

"Las relaciones sexuales estables y notorias de Luis Carlos García y Berta Muñoz Córdoba duraron más de diez años hasta la muerte del primero.

"Luis Carlos García trató a los referidos menores como sus hijos, proveyendo a la subsistencia, educación y establecimiento de los mismos y presentándolos ante sus deudos y amigos como hijos suyos habidos en las relaciones extramatrimoniales con mi mandante. Motivo por el cual los amigos, parientes y relacionados aceptaron esa paternidad de García sobre los hijos de mi poderdante.

En el juicio de sucesión de Luis Carlos García, que se adelanta en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Pereira, ha sido reconocido heredero Harold García Parra como hijo natural del causante y Rosmary Parra.

Esta contestó la demanda por medio de apoderado aceptando que Harold García Parra ha sido reconocido como heredero en el juicio de sucesión de Luis Carlos García, y que dicho menor es el único hijo reconocido por aquél.

El Juzgado, con fecha veintinueve de enero de mil novecientos sesenta y dos, profirió fallo de primer grado, en el cual declaró:

"1º Que los menores Marta Esperanza y José Mario Muñoz, hijos naturales de la señora Berta Muñoz, son también hijos naturales del finado Luis Carlos García Castaño y por ende tienen derecho a llevar su apellido.

"2º En consecuencia, los expresados menores 'tienen derecho a heredar e intervenir en la sucesión del finado Luis Carlos García Castaño, en la proporción que les corresponda en los bienes de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 45 de 1936'.

"3º Regístrese la presente sentencia en la Oficina de Instrumentos Públicos de este circuito, y ofíciese a las notarías respectivas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Civil.

"4º Condénase en costas al demandado de las condiciones civiles conocidas en autos".

El Tribunal, en sentencia de seis de octubre de mil novecientos sesenta y dos, confirmó la del juzgado, subida en apelación de la parte demandada.

Motivación de la sentencia acusada

Advierte el Tribunal que, de acuerdo con los hechos expuestos en el libelo, la declaración de filiación natural impetrada para los menores Marta Esperanza y José Mario Muñoz, se funda en las causales 4ª y 5ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, o sea, haber nacido después de ciento ochenta días de iniciadas las relaciones sexuales estables y notorias que hubo entre Luis Carlos García y Berta Muñoz; y haber tenido éstos la posesión notoria del estado civil de hijos naturales de García.

Estudia las declaraciones que rindieron Ana Joaquina García, Leví Cabezas Tenorio, María Rubiano, Teresa González de D., Judith García y Luis Eduardo Muñoz, y observa que constituyen "por su número, por su calidad, por sus relaciones y contactos, por las oportunidades de conocimiento y trato, etc., un conjunto de testimonios suficientemente fidedignos que origina la plena prueba y completa que para producir convicción estatuyen los artículos 593 y 697 del Código Judicial". Anota que como los deponentes no precisan el año en que se iniciaron las relaciones sexuales entre el presunto padre y Berta, hay un impedimento para concluir que los actores nacieron ciento ochenta días después de iniciadas aquellas relaciones, circunstancia indispensable para declarar el derecho reclamado con base en el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Pero como la posesión notoria de Marta y José Mario como hijos naturales de Luis Carlos García, "fue establecida con lujo de detalles y en forma tal que impone concluir afirmativamente que el caso que contempla el ordinal 5º del artículo 4º de la citada Ley 45 se cumple en relación con los menores Muñoz".

"La posesión notoria del estado de hijos naturales se prueba por un conjunto de testimonios fidedignos que la establecen de modo irrefragable, ya que los nombrados recibieron de Luis Carlos García un trato como de hijos, proveyó a su educación y alimentación, los presentó en ese carácter ante sus deudos y amigos y éstos en abundoso número los tuvieron como hijos de tal padre, situación que se prolongó por un lapso superior a los diez años".

Concluye el Tribunal confirmando la sentencia recurrida no por la causal de las relaciones sexuales apreciada por el inferior sino por la posesión notoria del estado civil de hijos naturales de los actores respecto de Luis Carlos García.

Inconforme la parte demandada con la decisión de segunda instancia, la impugnó con el recurso extraordinario de casación que la Corte decide:

La demanda de casación

Alega el recurrente la primera de las causales señaladas en el artículo 520 del Código Ju-

dicial, y formula el cargo así: "Violación de la ley sustantiva por infracción directa resultado al cual llegó el Tribunal sentenciador al través de manifiestos errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba de testigos con que formó su convicción legal".

Señala como violados por el Tribunal por infracción indirecta los artículos 4º, numeral 5º, 6º y 20 de la Ley 45 de 1936, 398, 399 y 1047 del Código Civil y 85 de la Ley 153 de 1887.

Con miras a demostrar la tacha, el recurrente hace una exposición que se puede resumir así:

Transcribe el ordinal 5º del artículo 4º de la precitada Ley 45, lo mismo que el artículo 6º de la misma que, en su orden, establecen la posesión notoria del estado de hijo como causal de paternidad natural, y las circunstancias que determinan esa posesión.

Alude a los testimonios citados y apreciados por el sentenciador, con los cuales consideró acreditados todos y cada uno de los hechos que, según la norma legal citada, integran la posesión notoria del estado de hijo natural.

Copia los apartes del fallo en los cuales se afirma que el conjunto de testimonios apreciados en él establecen en los menores Marta Esperanza y José Mario la posesión notoria de hijos naturales de Luis Carlos García. Para demostrar que el Tribunal les atribuyó "a los declarantes la afirmación de haber ocurrido, respecto de los dos menores demandantes, en relación con Luis Carlos García todos y cada uno de los hechos. ... que integran la posesión notoria del estado de hijos naturales", pero en manifiesto desacuerdo con lo que declara cada uno de los testigos. Se refiere a estos así:

Ana Joaquina García. Dice el recurrente que es la única cuyo parentesco con Luis Carlos se acreditó. Reproduce los apartes de su exposición en que afirma que se hizo muy amiga de Berta Muñoz, a la cual muchas veces le entregó dinero que le enviaba su hermano Luis Carlos García para pagar el arrendamiento de la casa, para alimentos y educación de la niña cuando ya estuvo en edad de colegio, a la cual, le consta, tuvo en el llamado Idesco. Añade la declarante ser cierto que de las relaciones sexuales de Berta con Luis Carlos nació también el niño Mario o José Mario, y que tanto a éste como a Marta "reconocía públicamente mi hermano Luis Carlos como a sus hijos naturales y es verdad que con este carácter los presentaba ante sus deudos y amigos"; que la testigo reconoce a Marta como hija de Berta y Luis Carlos, a la cual visita y tiene como de su familia, reconocimiento que hacen los demás hermanos y parientes de la testigo; que tanto las relaciones sexuales de Luis Carlos y Berta como el reconocimiento expreso por este de que Marta era su hija, dándole lo necesario y presentándola en esa condición ante familiares y amigos, duraron por espacio de diez años.

Observa el acusador que la declarante limita a Marta el haberla tenido ella, sus demás hermanos y parientes como hija de Luis Carlos y de haber durado más de diez años el trato de hija que éste le dio, que "Nada dice respecto de tales hechos en relación con Mario o José Mario Muñoz"; que esta testigo se ratificó de la anterior declaración, pero nada dijo sobre la posesión notoria de José Mario Muñoz como hijo natural de Luis Carlos García.

Recalca el impugnante que el sentenciador incurrió en el error de haberle atribuido a la declaración de Ana Joaquina García que Mario o José Mario Muñoz fue reputado como hijo de Luis Carlos García por los deudos y parientes de éste o por el vecindario del domicilio en general, y el haber durado más de diez años consecutivos los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural de Luis Carlos García por parte de dicho menor.

María Rubiano. Copia también los párrafos de la exposición de esta testigo en que relata que García la contrató para que atendiera el parto de Berta el 22 de febrero de 1945 en que nació la niña, a quien le dieron el nombre de Marta; y que en los cinco días siguientes durante los cuales asistió a Berta, se dio cuenta de que Luis Carlos García alzaba y acariciaba a la niña como lo hace todo buen padre con su hijo, por lo cual no le quedaba duda de que él es el padre de Marta. En la declaración en que ratifica la primera, agrega que estando viviendo juntos Luis Carlos y Berta, después de Marta nació, en fecha que no recuerda, el niño a quien pusieron Mario.

Anota el recurrente que del trato que Luis Carlos le daba a Marta durante los cinco días siguientes al alumbramiento, deduce que era el padre de ésta; y nada dice de la posesión notoria del estado de hijo natural de Mario, de cuyo nacimiento da cuenta; y que, en este testimonio falta la relación de hechos referentes a la posesión notoria de Marta como hija natural de García, según lo atribuye equivocadamente el Tribunal, al dicho de los testigos citados por él entre los cuales incluye a María Rubiano.

A la testigo Teresa González, le anota que solamente afirma haber observado que Luis Carlos García le daba el tratamiento de hijos suyos a los actores durante los dos años que vivieron en la habitación que ella les alquiló y que no hay relación completa en esta declaración de los hechos que conformen la posesión del estado civil reclamado.

De Judith García observa que no se halla acreditado el parentesco que dice tener con Luis Carlos García; que si bien en dos declaraciones se refiere a Marta y en la segunda a Mario atribuyéndole a Luis Carlos García la paternidad de ambos, falta en su testimonio la relación de hechos esenciales constitutivos de la posesión notoria del estado civil por el término de diez años; y que no obstante esta deficiencia, el Tribunal con manifiesto error, incluyó este testimonio entre los que acreditan con total suficiencia tales hechos.

Leví Cárdenas Tenorio. En la primera declaración, según el recurrente, dice este testigo que por el comportamiento de Luis Carlos con Berta y con la niña Marta, se deduce fácilmente que él era el padre "de la menor citada, como del niño José Mario". En la segunda, se ratifica en lo expuesto en la anterior, y agrega que "en todo el vecindario donde nacieron los niños y se criaron era voz popular que eran hijos de Luis Carlos García . . . Todo por un espacio mayor de diez años continuos y sin interrupción". Critica ese testimonio porque en la primera declaración no manifestó cuánto tiempo duró el comportamiento de García y porque tal comportamiento lo deduce del trato que le daba a Marta, no del que le diera a Mario.

En cuanto a la expresión de que era voz popular la paternidad de García relativa a los menores Marta y José Mario, la halla vaga e imprecisa el censor, y no aparece una relación de causalidad entre el tratamiento de hijos dado a aquéllos por parte de Luis Carlos García, como lo exige la ley.

Respecto de los diez años de la pretendida posesión notoria de estado de hijos naturales, omite el testigo decir qué año la observó y hasta cuándo duró aproximadamente tal hecho crónico, para que así pudiera decirse que la pretendida posesión notoria duró diez años consecutivos por lo menos.

Repite la observación de que este testigo no relata los hechos esenciales conformativos de la posesión notoria del estado de hijos naturales; y que a pesar de ello el Tribunal lo incluye entre los que según su equivocada apreciación, acreditan con tal suficiencia todos aquellos hechos.

Alude a la declaración de Luis Eduardo Muñoz excluida por el sentenciador en razón de que se fundó en lo que constantemente le manifestó García. Y remata así la exposición del cargo: "Contra la realidad de lo que aparece en el relato de cada uno de los testigos que se dejan citados, según quedó evidenciado, el Tribunal les atribuyó haber afirmado la existencia de todos los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijo natural, respecto de Marta y Mario Muñoz en relación con Luis Carlos García, incurriendo con ello en manifiesto error de hecho en tal apreciación".

Prosigue la demanda de casación en estos términos: "Y llevado por tal equivocación apreció los mismos testimonios como *prueba suficiente* (subrayado del censor), de la posesión notoria del estado civil en referencia, contra la norma de los artículos 398 y 399 del Código Civil, aplicables a la filiación natural por mandato del artículo 7º de la Ley 45 de 1936".

Copia el censor los dos primeros artículos citados, y continúa: "Y siendo como es la posesión notoria del estado civil un hecho crónico integrado a su vez por todos los hechos que señala el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, el conjunto de testimonios fidedignos necesarios para acreditar de un modo irrefragable aquella posesión debe comprender todos y cada uno de los hechos que legalmente la constituyen".

"Incurrió así el Tribunal en error de derecho en la apreciación y valoración de la prueba en referencia contra la norma probatoria del artículo 399 del Código Civil, tal como ella debe entenderse y aplicarse y contra la del 398 del mismo".

Por estos errores el Tribunal violó indirectamente en su fallo los preceptos de los artículos 4º, numeral 5º y 6º de la Ley 45 de 1936, violación que consistió en haberlos aplicado a un hecho inexistente declarando la paternidad natural de Luis Carlos García respecto de Marta y Mario Muñoz, con causa en la posesión notoria del estado de hijos naturales sin que tal estado se haya acreditado.

Como resultado de los errores en la apreciación probatoria que se dejan indicados también incurrió el Tribunal en infracción indirecta de los artículos 85 de la Ley 153 de 1887, 1047 del Código Civil y 20 de la Ley 45 que sustituye al anterior. Infracción indirecta de estas normas

consistente en que no pudiendo hacerse la declaración de filiación natural de los menores demandantes, en razón de los errores anotados, el Tribunal les reconoció derecho de herencia en la sucesión del pretendido padre, contra lo dispuesto por los mencionados preceptos legales.

Aclara el impugnante que la infracción de los artículos 7º de la Ley 45 de 1936 y 399 del Código Civil no fue directa, como lo dijo al principio, sino de medio por el cual se causó la indirecta de las demás disposiciones citadas.

La Corte considera:

Se estudian los cargos en el orden en que vienen propuestos.

Error de hecho

El impugnante hace consistir el error de hecho en que los testimonios aportados al proceso y que el Tribunal analizó, no deponen sobre los hechos que configuran la posesión notoria del estado civil de hijo natural, y sin embargo, el sentenciador les atribuyó haber afirmado la existencia de tales hechos.

Se impone el estudio de las declaraciones que dieron los deponentes apreciados por el Tribunal, para ver si se da el error evidente de hecho de que trata el cargo.

Ana Joaquina García (folios 18, 19, cuaderno 2º). Mayor de cincuenta años cuando declaró extrajuicio, hermana legítima de Luis Carlos, expone que aquél la informó que había tenido en Berta Muñoz una niña, a la cual había bautizado con el nombre de Marta; que autorizó a la testigo para visitar a Berta, lo que realizó cuando la niña tenía cerca de veinte meses. Se hizo muy amiga de aquélla, y muchas veces le entregó dineros enviados por Luis Carlos para atender al pago de arrendamiento de la casa, alimentos, educación de la niña, a la cual, cuando llegó a la edad de educar, la tuvo en el colegio de Comercio llamado Idesco. Las relaciones sexuales entre Berta y Luis Carlos fueron notorias y estables por muchos años, bajo un mismo techo y de ellas "hubo otro niño de nombre Mario o José Mario y tanto a éste como a la niña Marta reconocía públicamente mi hermano Luis Carlos como a sus hijos naturales y es verdad que con ese carácter los presentaba ante sus deudos y amigos. La deponente agrega que reconoce a Marta como hija de su hermano Luis Carlos, reconocimiento que también hacen sus demás hermanos. Las relaciones sexuales de aquél con Berta y el reconocimiento expreso que él hacía de que Marta era su hija "suministrándole todo lo necesario, presentándola con ese carácter ante sus familiares y amigos, duró por espacio de más de diez años". En la ratificación repite que como Luis Carlos era muy ocupado, casi cada ocho días mandaba a la declarante a llevarle a Berta el dinero para mercado, arriendo, y en general, para lo que necesitaba, pues era muy cumplido con Berta y su hija a la cual "después de que nació no solamente le daba lo necesario sino que continuamente me decía a mí que era hija suya, así lo decía en el vecindario siempre y hasta cuando murió. Desde cuando la declarante tuvo conocimiento de que Luis Carlos vivía con Berta "en forma continua y sin interrupción estuvo dándole lo necesario, tanto a ella como a sus dos hijos, pues luego de Marta Esperanza nació otro que bautizaron con el nombre de Mario y a éste también lo reconoció en la misma forma mi hermano, es decir, suministró para él como para Esperanza y Berta todo lo necesario, desde que nació hasta su muerte, por espacio, en mucho mayor de diez años continuos sin interrupción, y repito que de esos hijos dijo Luis Carlos desde que nacieron hasta que él murió, que eran suyos y así nos decía a los familiares, amigos y relacionados. En las varias casas en que Luis Carlos vivió con Berta, estuvo la testigo a llevar el dinero para lo que necesitaba ésta y los dos hijos y este fue su comportamiento hasta su muerte". Añade que Luis Carlos vivió por espacio de unos dieciséis años consecutivos, desde que inició sus relaciones con ella hasta que murió. Cuando los niños estuvieron en edad de estudiar, los sostuvo en la escuela y colegio. "Repito que mi hermano siempre, desde que nacieron hasta cuando murió, reconoció a Marta Esperanza y a Mario, como a sus hijos".

Leví Cabezas Tenorio (folio 7, vuelto 29) de cuarenta y siete años en octubre de 1959 en que declaró extrajuicio, y zapatero de profesión. Conoció a Berta Muñoz cuando esta contaba catorce o quince años, y vivía al lado de su hermana Elisa en la calle 21 con la carrera 13. También conoció a Luis Carlos García, a quien le hacía el calzado lo mismo que a su familia. Le consta que García visitaba con frecuencia la casa de las hermanas Muñoz teniendo preferencia por Berta con la cual mantuvo amores durante seis meses en aquella casa. Luego la sacó de allí y la llevó a vivir a la carrera 10 con calles 23 y 24, en los bajos de la casa de Angel García, "donde permanecieron unos ocho meses haciendo vida marital o íntima de manera continua y no interrumpida pasándole todo lo necesario el

señor García a Berta Muñoz''. De aquí la pasó a vivir ''a media cuadra'', en la casa de Jesús Puerto donde Berta tuvo en febrero de 1945 la niña que fue bautizada con el nombre de Marta. El declarante presenció que Luis Carlos llegaba a la casa donde vivía Berta, ''acariciaba a la niña y la cargaba''. Le consta así mismo que García ''le suministraba todo lo necesario a Berta Muñoz como a la citada niña, como pagarle el arrendamiento de la casa, darle el alimento, vestido y drogas, y cuando la niña Marta estuvo de colegio el mismo señor García se encargó de entrarla a la escuela, luego a otro establecimiento de comercio llamado Idesco''. El testigo por recomendación de García matriculó al niño José Mario, hijo de Berta y Luis Carlos. También les hacía el calzado a los dos menores por cuenta de García, quien muchas veces le manifestó al testigo que los dos niños eran hijos suyos habidos de sus relaciones con Berta. Le consta también que Luis Carlos ''hacía pública manifestación, ante sus amigos y familiares, entre otros a su hermana de nombre Joaquina García, que la niña Marta, como también José Mario eran hijos naturales habidos en las relaciones con Berta, y es cierto que yo por estrecha amistad con el señor García y Berta, esta última por ser paisana, me di cuenta que a la casa de Berta no entraba ningún otro hombre en busaca (sic) de amores o relaciones íntimas a Berta pudiendo asegurar que doce o trece meses antes de nacer la niña Marta, su madre no tuvo relaciones íntimas distintas a las que tenía formalizadas con el señor García ... Por el comportamiento que el señor García tenía con la señora Berta y los cuidados que le prodigaba a la niña Marta Muñoz, se deduce fácilmente que era o es el padre natural tanto de la menor citada como del niño José Mario''.

En la diligencia de ratificación se afirma en la anterior exposición y agrega, en síntesis, que por ser amigo de Berta y Luis Carlos iba con frecuencia a las distintas casas que ocuparon y se dio cuenta de que ''sin ser casados, se daban el trato como si lo fueran''. En el año de 1945 o 1946, no recuerda bien la fecha, en la casa donde Luis Carlos tenía a Berta, en la carrera 10 bis, entre calles 22 y 23, nació Marta y Luis Carlos buscó la comadrona y suministró todo lo necesario para el caso, pues éste y Berta ''vivían como casados, se respetaban mucho y cada uno cumplía con sus obligaciones como si fueran casados''. No recuerda en qué casa sucedió, ''pero en todo caso viviendo juntos Luis Carlos García y Berta Muñoz, nació de esa unión otro hijo a quien bautizaron Mario y quien debe tener unos doce años y también para este caso Luis Carlos García fue quien hizo todos los gastos. Posteriormente y como siguió viviendo con Berta, atendía a ésta y sus dos hijos, como si fuera su propio hogar, suministrando alimentos, vestidos, remedios, y en general todo lo que se necesita en una casa y en muchas ocasiones me dijo que esos niños eran suyos, que reconocía ser el padre de ellos y tanto es así que cuando estuvieron de ir a la escuela, casi siempre fue a mí que tocó matricularlos, por recomendación de Luis Carlos, pues él se mantenía en la finca. En todo caso en el vecindario donde nacieron los niños y donde se criaron, era voz popular que eran hijos de Luis Carlos y así lo reconoció siempre en todo momento. A todos sus familiares les decía Luis Carlos García que esos dos niños eran hijos suyos, que los reconocía y muy especialmente a una hermana de él, que no recuerdo el nombre, que puede decirse fue la que los crió. En general desde que Marta Esperanza y Mario nacieron hasta la muerte de Luis Carlos García, éste los reconoció como sus hijos naturales, los presentaba así a sus amigos y familiares, y atendió siempre a su subsistencia y educación. Todo por espacio mayor de diez años''.

Judith García (folios 6 y 36 vuelto). Conoció a Berta Muñoz y fue amiga desde cuando ésta tenía quince o dieciséis años aproximadamente y vivía con su hermana mayor Elisa Muñoz en la calle 21 con carrera 23, a la cual iba con frecuencia la declarante por ser amiga de la familia Muñoz. Por esta razón, le consta que a fines de 1943 o principios de 1944 Luis Carlos García inició relaciones amorosas con Berta Muñoz en dicha casa, de la cual al término de unos seis u ocho meses la llevó a vivir a los bajos de la casa del padre de la deponente, situada en la carrera 10 con calles 23 y 24. Allí Berta vivió haciendo vida marital de manera continua y no interrumpida con Luis Carlos García, quien pagaba el arrendamiento, atendía al sostenimiento de ella y la visitaba de día y de noche. A los ocho meses de estar viviendo en esta casa, la testigo observó que Berta estaba embarazada, circunstancia que le confirmaron los dos amantes pidiéndole a la testigo que fuera la madrina si resultaba ser mujer lo esperado. En vista de tal situación Berta y Luis Carlos resolvieron pasarse a otra casa situada a media cuadra, o sea, en la carrera 10 bis con calles 22 y 23, donde al poco tiempo Berta dio a luz la niña que recibió el nombre de Marta y de la cual fue madrina la deponente. García buscó a María Rubiano para que atendiera el alumbramiento de Berta. Después de éste, Luis Carlos siguió viviendo con

Berta bajo el mismo techo pasándole a ella y a la niña todo lo necesario, haciéndole saber a sus amistades y familiares que la citada niña era hija natural, a la que "una vez mayorcita", le costeó los estudios en la escuela Antonia Santos y luego en la escuela de comercio Idesco de esta ciudad. "Por lo menos un año antes de que naciera Marta, el único hombre que vivió con Berta" bajo un mismo techo y pasándole lo necesario fue García, quien hacía público que él era el padre de los dos niños que tenía Berta Muñoz.

Al ratificarse en la anterior declaración añade que dondequiera que vivieron García y Berta "se atendían el uno al otro como si fueran casados"; que como a los veinte meses de nacida Marta vino Mario; que la declarante en el año de 1949 se ausentó y estuvo cinco años en Buenaventura y Cartago, pero cuando venía a Pereira visitaba a García y Berta; que cuando regresó "los encontró viviendo todavía juntos y estaban en la casa en que vivieron hasta que mataron a Luis Carlos y donde todavía vive Berta o sea en la carrera 11, de las bombas para abajo hasta las tres cuadras; que vivieron dieciséis años juntos".

María Rubiano (folios 16 y 32 vuelto ibídem). Conoció en forma personal y directa a Luis Carlos y Berta desde el año de 1945, "quienes vivían como marido y mujer en una casa de la carrera 10 bis, entre calles 22 y 23 de esta ciudad de Pereira y los cuales continuaron viviendo juntos hasta la muerte del señor García, quien fue asesinado el 24 de diciembre de 1958". Y hasta este acaecimiento vivieron juntos guardándole ella completa fidelidad. Le consta que llevando esta vida Berta que era amiga de la testigo quedó embarazada de García. Este contrató a la deponente para que atendiera a Berta en el parto, y así lo hizo en febrero de 1945 en que nació la niña a la cual le dieron el nombre de Marta. Continuó asistiéndola en estas condiciones por el término de cinco días en los cuales pudo observar que Luis Carlos iba a visitar tanto a Berta como a la niña a quien cogía entre sus brazos y acariciaba como lo hace un buen padre con su hijo. Añade que Luis Carlos con su proceder hacía público y notorio el estado de padre natural de la menor Marta. Ratificó su declaración y a las repreguntas pertinentes contestó: "Es cierto que estando viviendo juntos Luis Carlos García y Berta Muñoz, después de Marta Esperanza nació otro niño, a quien pusieron Mario, nacimiento que ocurrió en la misma casa de la carrera 10 bis, entre calles 22 y 23, pero no recuerdo la fecha del nacimiento ... Le consta porque ellos dos o sea Luis Carlos García y Berta Muñoz vivían juntos todavía y la atendí del niño, a los veinte meses de haber nacido Esperanza ... En síntesis, conoció a Luis Carlos García y Berta Muñoz viviendo juntos por espacio de unos ocho años continuos; después de que yo no volví a la casa de ellos, me encontraba en la calle a Luis Carlos y me decía que vivía todavía con Berta, pero esto no me consta personalmente, y así ocurrió hasta cuando lo mataron ..."

Teresa González (folio 34 ibídem). Conocía a Luis Carlos García, porque era su cliente en el pabellón de carnes donde le suministraba la que necesitaba la declarante para el hotel que ella tenía entonces. Fue así como diez o nueve años antes de cuando declara, es decir por 1951 o 1952, le arrendó a García una casa pequeña para él, la señora y dos niños en la carrera 15 con calle 18. Allí llevó a Berta Muñoz y a dos menores llamados Esperanza y Mario. Luego supe que Luis Carlos no era casado con Berta, pero vivían como si lo fueran, él suministraba todo lo necesario para la casa. Había autorizado a la testigo para que si Berta y sus hijos necesitaban alguna cosa se la suministrara, por eso, cuando García se iba para la finca y se demoraba, Berta y sus dos niños comían en el hotel de la exponente y luego Luis Carlos le pagaba. Como vivía en la casa siguiente a la que Luis Carlos y Berta ocupaban y los visitaba con frecuencia durante los dos años que vivieron en la casa de la declarante, ésta se dio cuenta "que Luis Carlos trataba a Berta Muñoz como si fuera su esposa propia y a los dos niños los trataba como sus hijos y a mí personalmente me dijo en varias ocasiones que eran hijos suyos y suministraba todo lo necesario. A los dos años los llevó Luis Carlos a otra casa donde quedaran cerca del estudio. Cuando fueron a habitar la casa de la informante "la niñita grande estaba como de siete años y el otro estaba más pequeñito".

De la exposición de los tres primeros testigos aparece que los menores Marta y Mario Muñoz recibieron el trato de hijos suyos porque desde que nacieron él atendió a su sostenimiento pagando los cánones de arrendamiento de las varias casas donde vivieron con su madre, a los gastos de comida, vestuario, drogas; cuando estuvieron en edad escolar los sostuvo en escuelas y colegios, los presentó a sus familiares y amigos como sus hijos, quienes por esta circunstancia y por los hechos referentes al sostenimiento y educación de que dan cuenta, los tuvieron por hijos de García; y que en este comportamiento duró más de diez años. Las actas de nacimiento confirman el factor tiempo dado que Marta conta-

ba trece años y Mario once cuando falleció el presunto padre.

Los dos años en que, según la testigo Teresa González, ocupó Luis Carlos con Berta y sus dos hijos la casa de la declarante, y el suministro en ese tiempo de lo que ellos necesitaban para su sostenimiento como el darles alimentación a los tres en el hotel de ella cuando García se ausentaba y por orden de él, el trato de hijos que les daba y la presentación en la misma calidad a sus amigos, y el haberse cambiado de casa para tenerlos más cerca de los establecimientos de educación, son hechos que contribuyen a reforzar lo depuesto por los demás testigos.

Igual observación cabe respecto a la declaración de María Rubiano ya que cuando atendió a Berta en el alumbramiento de los dos menores y luego durante ocho años, como amiga de Berta también observó el trato de padre que Luis Carlos les daba a aquéllos.

El artículo 4º de la Ley 45 de 1936 dispone que "hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural ... 5º Cuando se acredita la posesión notoria del estado de hijo". El artículo 6º de la misma ley establece que la posesión notoria del estado de hijo natural "consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general lo haya reputado como hijo de dicho padre o madre a virtud de aquel tratamiento. Finalmente, el artículo 7º ibídem preceptúa que se aplique al caso de la filiación natural las reglas de los artículos 398 y 399 del Código Civil, conforme a las cuales "para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos" y "se probará por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable".

La doctrina y la jurisprudencia de la Corte enseñan que la posesión notoria del estado civil de hijo natural en los términos del artículo 6º de la Ley 45 de 1936, para el caso sub lite, lo constituyen el tractus, *es decir, el trato que el supuesto padre le ha dado al hijo como tal, y la fama o reputación en que los deudos y amigos han tenido como hijo de dicho padre. Pero tanto el trato como la reputación se sustentan sobre los hechos positivos presenciados por los testigos mediante los cuales éste ha provisto al sostenimiento, educación y establecimiento del que reclama la declaración de paternidad natural durante diez años continuos.*

En el evento *sub judice,* está visto que los testigos acogidos por el sentenciador deponen sobre actos presenciados por ellos conforme a los cuales Luis Carlos García desde que nacieron Marta y Mario atendió solícitamente a la vivienda, subsistencia y educación de éstos; que en razón de estos hechos, y por haber sido presentados los menores como hijos, los familiares y amigos de Luis Carlos los tuvieron como tales; y que este trato o posesión notoria del estado de hijos naturales duró más de diez años en ambos menores. Quiere decir esto que el Tribunal no incurrió en error de hecho en la apreciación de los testimonios que tuvo en cuenta respecto de los hechos que constituyen la posesión notoria del estado civil de hijos naturales.

Error de derecho

Sobre esta censura cabe observar: El artículo 399 del Código Civil que exige probar la posesión notoria del estado civil por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable o incontrastable, la Corte lo ha interpretado con el alcance que el número de testigos debe ser superior a dos cuyas exposiciones responsivas, exactas y suficientes no dejen lugar a duda por las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que percibieron los hechos y las explicaciones que den de ellos.

Visto queda que obra un conjunto de testimonios, mayor de dos, cuya relación detalla los hechos que conforman la posesión notoria del estado civil de hijos naturales por parte de los menores Marta y Mario Muñoz respecto de Luis Carlos García, en forma que no dejan lugar a duda de la veracidad de sus dichos, los cuales extienden la posesión a más de diez años.

No violó, por tanto, el Tribunal los artículos 398 y 399 del Código Civil, ya que obran las declaraciones del conjunto de testigos exigido por el segundo de los preceptos citados, los cuales establecen la posesión notoria del estado civil *sub lite* de modo fehaciente y por el tiempo que requiere la primera norma, esto es, diez años.

El cargo no prospera.

La Corte Suprema de Justicia, —Sala de Casación Civil—, en mérito de las razones expuestas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha seis de octubre de mil novecientos sesenta y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el juicio ordinario seguido por Berta Muñoz Córdoba en representación de sus hijos

menores Marta Esperanza y José Mario Muñoz, contra la sucesión de Luis Carlos García.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL

Elementos que comprende este hecho complejo. El conjunto de testimonios de que habla el artículo 399 del Código Civil para probar la posesión notoria de un estado civil, debe estar constituido por tres declaraciones a lo menos. Respecto a la manera de comprobar la duración de la posesión de un estado civil, es contrario al buen sentido pretender que, tratándose de las declaraciones de testigos, tenga que constarle a cada uno de éstos la permanencia de esa posesión por un lapso no menor de diez años.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., julio 3 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava.*

Ante el Juez Tercero Civil del Circuito de Ibagué demandó Nohemy Devia al menor Ariel Leonel Bustos, en su calidad de hijo legítimo y heredero del difunto Teófilo de Jesús Leonel, para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara que la demandante Devia es hija natural y también heredera del causante Leonel.

Los hechos pertinentes de la demanda expresan que por el año de 1937 Teófilo de Jesús Leonel trabó relaciones sexuales, notorias y estables con Martina Devia, quien vivía entonces en la fracción denominada Llano de Combeima, jurisdicción del Municipio de Ibagué; que en esa vereda Leonel y la Devia vivieron en concubinato público durante varios años y que luego continuaron llevando la misma vida en Ibagué, hasta la muerte de la señora Devia en 1947 o 1948; que, como fruto de esas relaciones, nació Nohemy Devia el 5 de octubre de 1939; que Leonel contribuyó a la crianza y educación de Nohemy desde cuando ésta nació, le daba el trato de hija y aceptaba el de papá que la misma Nohemy le prodigaba en forma pública y notoria; que el propio Leonel presentaba a Nohemy como hija suya a sus parientes, amigos y relacionados, y que en tal carácter era ella reputada por las personas dichas y en general por el vecindario de Llano de Combeima y por otras muchas personas de Ibagué; que Leonel falleció el 31 de diciembre de 1962 y que en el respectivo juicio mortuorio fue reconocido el menor Ariel Leonel Bustos como heredero suyo.

El demandado no contestó el libelo, pero sí aportó unas pruebas al juicio y se ha venido oponiendo a las pretensiones de la parte actora.

La primera instancia del negocio concluyó con la sentencia de 16 de septiembre de 1963, en la cual se acogieron las súplicas de la demanda, se declaró que Nohemy Devia es hija natural y heredera de Teófilo de Jesús Leonel y se condenó en costas a la parte demandada.

La sentencia acusada

Apelado el fallo de primera instancia por la misma parte demandada y surtido el segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué pronunció la sentencia de 29 de abril de 1964, por la cual se revocó la decisión apelada y en su lugar se absolvió al demandado y se condenó en costas a la parte actora.

La motivación de esta sentencia reseña los extremos de la litis, encuentra establecida la legitimación de las partes y recuerda que, para sustentar la pretensión sobre declaración de su calidad de hija natural, la demandante alegó dos causales, consistentes en las relaciones sexuales, estables y notorias, entre su madre Martina Devia y Teófilo de Jesús Leonel y en la posesión notoria del estado de hija natural respecto del mismo causante Leonel.

El fallo aborda en seguida el examen de la prueba allegada para demostrar la causal de relaciones sexuales, estables y notorias, prueba

que consiste en los testimonios de Urbano Bonilla, Juana Leonel de Varón, Oliva Alvis de Preciado y Jesús María Varón; reproduce y comenta los pasos pertinentes de esas declaraciones y concluye así su análisis:

"Con lo contestado textualmente por los testigos citados en las preguntas 3ª y 5ª, se deduce que ninguno de ellos pudo atestiguar acerca de la época, por no decir del año, en que empezaron las relaciones concubinarias de Teófilo de Jesús Leonel y Martina Devia para así poder hacer el Tribunal el cómputo del tiempo de ciento ochenta días de que trata el artículo 92 del Código Civil, concordante del numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

"Fundándose la prueba de la causal de la disposición mencionada solamente en el dicho de los testigos, cuyas respuestas al respecto se transcribieron, esas declaraciones no llevan al Tribunal al convencimiento de la filiación natural de Nohemy Devia con respecto de su presunto padre, señor Teófilo de Jesús Leonel".

Pasa luego la sentencia a estudiar si las mismas pruebas mencionadas acreditan la causal de posesión notoria del estado de hija natural, transcribe el ordinal 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y los artículos 6º y 7º de tal Ley, 398 y 399 del Código Civil y expresa:

"Con la lectura cuidadosa de todos y cada uno de los testimonios de los declarantes presentados por el actor, visibles a los folios 3 vto. a 7 vto. del cuaderno número 2, se da cuenta el Tribunal que ninguno de ellos fijó el término de diez años o más que estatuye el artículo 398 del Código Civil en relación con la posesión notoria de que habla el artículo 6º de la Ley 45 de 1936.

"Es verdad que muchos de los testigos hablan de que Leonel le daba a Nohemy el trato de hija y que proveía a su subsistencia y que así la trató y la atendió".

Reproduce unas doctrinas de la Corte sobre la exigencia de comprobar los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijo natural y de que esa posesión ha durado diez años continuos por lo menos y dice:

"Conforme a las jurisprudencias de nuestro más alto Tribunal de Justicia y de las disposiciones legales, el término de diez años debe estar probado ineludiblemente para poder aceptar la posesión notoria; ninguno de los testigos ha establecido este término de diez años; solamente él se concluye de las afirmaciones manifestadas por el apoderado del actor en los hechos primero y segundo de la demanda. Los hechos integrantes de la posesión notoria no les constan a los testigos presentados de manera directa y durante el lapso de tiempo no inferior a diez años.

"Además, se le hace al Tribunal escaso el número de testigos para probar la posesión notoria; ese grupo o conjunto no puede ser reducido, ya que para que exista la posesión notoria se requiere que de ella pueda dar fe el vecindario en donde viva el poseedor de ese estado civil, y cuatro testigos no forman un vecindario".

Repite finalmente la sentencia que "las pruebas aportadas a los autos no llevan al Tribunal al convencimiento para poder declarar la paternidad natural de Teófilo de Jesús Leonel respecto de Nohemy Devia por no haber encontrado probada ninguna de las causales alegadas por el actor para sustentar la acción".

El recurso de casación

La parte demandante recurrió en casación y con respaldo en la primera de las causales señaladas por el artículo 520 del Código Judicial, formula contra la sentencia de segundo grado dos cargos que la Corte procede a examinar.

Primer cargo. Consiste en la violación indirecta de los artículos 1º, 4º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, 395, 398 y 399 del Código Civil y 593 del Código Judicial, a causa de error de hecho en la apreciación de los testimonios de Urbano Bonilla, Juana Leonel de Varón, Oliva Alvis de Preciado y Jesús María Varón.

El recurso sustenta este cargo diciendo que el fallo sostiene que ninguno de los testigos mencionados le fijó el término de diez años a la posesión notoria y que este aserto constituye un manifiesto error de hecho, porque tres de esos declarantes sí hablan de un período superior a dichos diez años y sólo uno de ellos alude a un lapso de seis años. En efecto, Juana Leonel de Varón, hermana de Teófilo de Jesús Leonel, afirma que "desde que nació Nohemy hasta cuando falleció Leonel, siempre la reconoció como a su hija, así la trató y atendió", y que esto le consta porque la testigo lo presenció. Oliva Alvis de Preciado, sobrina de Leonel, asevera que conoció a Martina Devia, madre de Nohemy, que su tío Teófilo Leonel atendió a la subsistencia de ésta y trató a la misma Nohemy como su hija hasta cuando él murió. Jesús María Varón dice que Teófilo trató a Nohemy como su propia hija hasta cuando él falleció. Y por su parte el testigo Urbano Bonilla asegura que tuvo ocasión de "ver

el trato que le daba Leonel a Nohemy de hija, y ésta de padre a aquél, por espacio de seis años''. Según el recurso, la sentencia no vio estas afirmaciones de los declarantes, las cuales demuestran que la posesión notoria duró más de diez años, y cometió por tanto un evidente error de hecho. A continuación agrega: ''A los testigos mencionados sí les consta personal y directamente la realización de los hechos constitutivos del estado civil sobre los cuales declaran. Basta una ligera ojeada de tales testimonios y no la 'cuidadosa lectura' de que da cuenta la sentencia, para llegar a la conclusión de que, en efecto, por percepción objetiva y personal, los constataron en el presente caso, por un período superior a los diez años''.

Continúa el recurso alegando que la sentencia cometió otro error de hecho al expresar que a los declarantes no les constan los hechos constitutivos de la posesión notoria, porque todos esos testigos sí dan cuenta del trato de hija que Leonel le dio a Nohemy. Hace referencia a lo expuesto por cada uno de los cuatro deponentes nombrados y concluye así la exposición de esta primera censura:

''Demostrado el error de hecho en que incurrió la sentencia, en la apreciación de los testimonios citados, es evidente que con ello violó el Tribunal el artículo 593 del Código Judicial y también los artículos 6º, 7º y 4º, en su numeral 5º; de la Ley 45 de 1936, y 398, 399 y 395 del Código Civil''.

Segundo cargo. Versa sobre el quebranto indirecto de los mismos artículos 1º, 4º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, 398 y 399 del Código Civil, a causa de errores de derecho en la apreciación de las pruebas.

El recurso hace consistir los errores de derecho en que la sentencia exige que a cada uno de los testigos le consten los hechos constitutivos de la posesión notoria por un espacio de diez años y en que juzga escaso el número de cuatro declarantes para acreditar esos mismos hechos. La primera de estas exigencias ''viola de manera flagrante lo dispuesto por el artículo 398 del Código Civil'', pues lo que esta norma establece ''es que la posesión notoria del estado civil haya durado 10 años continuos por lo menos, no que a cada uno de los testigos le conste que esa posesión ha durado 10 años. Y al exigir esta nueva modalidad de la prueba el Tribunal violó por error de derecho en la apreciación de los testimonios aducidos el artículo 398 del Código Civil, anteriormente transcrito''. Añade el recurso que ''todos los testigos ya citados, menos Urbano Bonilla, declaran sobre un lapso superior a los diez años continuos. El error de derecho invocado sólo afecta la declaración de este testigo. Y ese error lleva a la violación del artículo 399 del Código Civil, que exige un conjunto de testimonios''.

En respaldo de estos puntos de vista cita el recurso la doctrina expuesta por la Corte en la sentencia de 22 de junio de 1960 (XCII - 2225, 970 y 971) y afirma que el error alegado resulta aún más notorio cuando se recuerda que el fallo reconoce ser ''verdad que muchos de los testigos hablan de que Leonel le daba a Nohemy el trato de hija y que proveía a su subsistencia y que así la trató y la atendió''.

Cuatro son los testimonios que se adujeron para demostrar los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado de hija natural, pero a la sentencia se le hace escaso este número de declaraciones, lo cual implica que el mismo fallo quiere exigir que atestigüen todas las personas que forman el vecindario. Esta exigencia no la establece el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, porque los testimonios no se cuentan sino que se pesan, y por tanto al echarla menos incurre la sentencia en un error de derecho por violación del precepto legal citado.

Consideraciones de la Corte

I. *De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, 398 y 399 del Código Civil, la posesión notoria del estado de hijo natural es un hecho complejo que comprende tres elementos, así: primero, que el padre o la madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; segundo, que a virtud de ese tratamiento, los deudos y amigos del padre o madre y del hijo, o el vecindario del domicilio en general, hayan reputado a dichos padre o madre e hijo como tales, esto es, como ligados por los vínculos de la filiación; tercero, que el tratamiento y la fama aludidos hayan durado diez años continuos por lo menos.*

El tratamiento de que se habla no consiste únicamente en que el padre y el hijo se den mutuamente el calificativo de tales, sino además en que el primero haya atendido durante diez años continuos por lo menos a la subsistencia, educación y establecimiento del segundo. Ese calificativo puede ser una circunstancia que confirma las relaciones familiares entre las personas que se lo dan, pero no constituye el tratamiento que configura la posesión notoria ni es bastante por sí sólo a suplir dicho tratamiento y a integrar

esa posesión notoria del estado de hijo natural. Además, los actos del padre relativos a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo deben ser públicos o notorios, de modo que los deudos y amigos, o el vecindario en general, puedan darse cuenta de ellos y deducir de los mismos las calidades de padre e hijo de dichas personas. Tanto el tratamiento como la fama deben tener una duración mínima de diez años continuos para que la posesión notoria se estructure y pueda ser recibida como prueba del estado civil.

II. La sentencia admite que los testimonios aducidos hablan de que Teófilo de Jesús Leonel le daba a Nohemy Devia el trato de hija y de que atendió a su subsistencia, pero no acoge esas declaraciones como prueba de la causal de posesión notoria del estado de hija natural, porque ninguno de los testigos "fijó el término de diez años o más que estatuye el artículo 398 del Código Civil en relación con la posesión notoria". El recurso alega que este aserto se debe a un error manifiesto de hecho, consistente en que el fallo no vio que tres por lo menos de los declarantes afirman que el tratamiento de hija que Leonel le dio a la Devia duró desde el nacimiento de ésta hasta cuando se produjo la muerte de aquél y que entre estos dos hechos transcurrió un lapso de tiempo mayor a diez años.

Nohemy Devia nació el 5 de octubre de 1939, y Teófilo de Jesús Leonel falleció el 31 de diciembre de 1962.

La prueba allegada por la demandante para establecer la posesión notoria de su estado de hija natural respecto del difunto Leonel, consiste en las declaraciones rendidas por Urbano Bonilla, Juana Leonel de Varón, Oliva Alvis de Preciado y Jesús María Varón. La sentencia tuvo en cuenta estos testimonios y de su examen concluyó que ellos no demuestran en forma convincente la posesión notoria del estado de hija natural de la demandante respecto de Teófilo Leonel, porque ninguno de los testigos dice que esa posesión hubiera durado diez años continuos por lo menos, como lo exige el artículo 398 del Código Civil.

En cuanto se relaciona con la posesión notoria afirma el declarante Urbano Bonilla que conoce a Nohemy Devia desde hace algunos años por los lazos de amistad que él tuvo con Teófilo Leonel; que fue muy amigo de éste y que en su compañía estuvo en varios paseos; que a esos paseos Leonel llevaba a la china Nohemy, a quien le presentó como su hija; que ésta le daba el trato de papá; que "en dos ocasiones Leonel le dijo a su hija Nohemy, en uno de esos viajes que ella hizo de Melgar donde estaba trabajando y luego de Pereira, me parece, que si quería la reconocía por escritura pública como su propia hija, y Nohemy le contestó que sí, pero que cuando regresara, es decir, cuando volviera, y le ponía ahí una fecha; esto mismo se lo repitió en otra ocasión, que dijo llegó Nohemy me parece que de Pereira, todo lo cual lo dijo Leonel en mi presencia"; que también en su presencia Leonel y Nohemy se dieron el trato de padre y de hija; que "el espacio que tuve ocasión de ver el trato que le daba Leonel a Nohemy de hija, y ésta de padre a aquél, fue por espacio de unos seis años, únicamente en esta ciudad".

La testigo Juana Leonel de Varón dice que es hermana legítima de Teófilo Leonel y tía de Nohemy Devia por ser ésta hija de Teófilo; que éste atendió a la subsistencia de Nohemy; que "desde que nació Nohemy hasta cuando falleció Leonel, siempre la reconoció como su hija, así la trató y atendió, por cierto que es muy parecida a él; todo lo cual me consta porque Leonel la trató en presencia de sus familiares como su propia hija, así lo hizo en mi presencia y le hizo muchos regalos"; que "mientras Leonel vivió jamás desconoció a su hija Nohemy; siempre la trató como su hija, y esto lo hizo desde que nació Nohemy hasta cuando él murió, y en los lugares donde se encontrara".

La señora Oliva Alvis de Preciado rindió su testimonio el 10 de julio de 1963 y en él dijo tener entonces treinta años y que es prima hermana de Nohemy Devia por ser ésta hija de un hermano de su madre; que Nohemy nació de las relaciones sexuales que Teófilo Leonel tuvo con Martina Devia; que el mismo Teófilo atendió en lo posible a la subsistencia de Nohemy hasta cuando él faltó y se lo permitió su esposa legítima Ligia Bustos; que Teófilo trató a Nohemy como su propia hija, en presencia de sus familiares y de sus amigos, y que lo hizo hasta cuando murió; que "no solamente Leonel quiso a su hija Nohemy como tal y la atendió, sino que fue su deseo reconocerla legalmente, porque fuimos en una ocasión, hace años, a la iglesia de San Roque y le dijo al padre lo que quería, es decir, reconocerla, y entonces el padre le dijo que ya no podía porque la madre ya estaba muerta"; que ha sostenido que "Nohemy es hija de Teófilo de Jesús porque así lo manifestaba éste, la atendía y quería como su hija"; que Nohemy ha vivido a su lado varias ocasiones y que se dio cuenta de que Teófilo le ayudaba económicamente; que Nohemy estuvo trabajando como doméstica en el Hospital de San Rafael, en Melgar, en Pereira, Cunday y Girardot; que le parece

que la misma Nohemy cursó dos años en la escuela, que el primer año la matriculó la mamá y el segundo la abuelita; que Teófilo siempre la reconoció y trató como hija suya, aun cuando estuviera en otra parte, y que lo hizo hasta cuando él murió.

El deponente Jesús María Varón asevera estar seguro de que Nohemy Devia es hija de Teófilo Leonel porque éste se lo contó personalmente; que "además Teófilo atendió a Nohemy para su subsistencia, le pasaba lo necesario, y en algunas ocasiones lo hizo en mi presencia"; que "Teófilo de Jesús trató a Nohemy hasta cuando falleció como su propia hija, aunque no vivía con ella, la reconoció ante sus amigos como su hija"; que repite que "Teófilo trató a Nohemy como su hija hasta cuando murió, porque, aun cuando no vivía con ella, la reconocía como su hija, dándole ese trato".

Como se ve, el testigo Urbano Bonilla dice constarle por espacio de unos seis años el trato de hija que Teófilo Leonel le dio a Nohemy Devia. Juana Leonel de Varón afirma que Teófilo reconoció a Nohemy como su hija y que así la trató y la atendió desde el nacimiento de ésta hasta la muerte de aquél. Oliva Alvis de Preciado asevera que Teófilo reconoció y trató a Nohemy como su hija hasta cuando él faltó y se lo permitió su esposa Ligia Bustos. Jesús María Varón asegura que Teófilo reconoció y trató a Nohemy como su propia hija hasta cuando él falleció, aunque no vivía con ella. De estos cuatro declarantes sólo la señora Juana Leonel de Varón dice que Teófilo reconoció y trató a Nohemy como hija suya desde cuando ésta nació hasta cuando él murió. Los testigos Oliva Alvis y Jesús María Varón afirman que Teófilo trató a Nohemy como su hija hasta cuando él falleció, pero no indican desde cuándo se inició el tratamiento ni el tiempo de su duración. A Urbano Bonilla sólo le consta ese trato por espacio de seis años.

El artículo 399 del Código Civil preceptúa que "la posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable". *De acuerdo con esta norma, los tres elementos constitutivos de la posesión notoria, o sea el tratamiento, la fama y la duración de diez años, deben ser y aparecer comprobados de manera irrefragable a fin de que esa posesión notoria pueda ser recibida como prueba del estado civil. Para la demostración de esos elementos el mismo precepto exige un conjunto de testimonios fidedignos, conjunto que debe estar compuesto por un número de declaraciones superior a dos, como lo tiene dicho la Corte (LXXXI - 2157, 75 y 142).*

En el caso presente no hay sino un testimonio que fija en más de diez años la duración del tratamiento de hija que Teófilo Leonel le dio a Nohemy Devia. Otros dos de los declarantes dicen que ese tratamiento se produjo hasta el deceso de Leonel, pero no señalan ningún lapso de duración, y de tal aserto no se infiere necesariamente que dicho tratamiento se hubiera producido durante diez años por lo menos. Por donde se concluye que los testimonios aportados no establecen de modo irrefragable la posesión notoria del estado de hija natural de Nohemy Devia respecto de Teófilo de Jesús Leonel y que la sentencia acusada no incurrió en ningún error de hecho en la apreciación de tales pruebas.

Y aun cabría anotar también que todos los declarantes se contraen a hacer la afirmación general y abstracta de que Teófilo Leonel le dio a Nohemy Devia el calificativo de hija y que como tal la trató y la atendió; ninguno de ellos expone hechos concretos que demuestren que Leonel proveyó a la subsistencia, educación y establecimiento de la demandante Devia durante diez años. Esa afirmación abstracta no comprueba el tratamiento que se requiere para conformar la posesión notoria del estado de hijo natural, y de ahí que la sentencia hubiera expresado que las declaraciones mencionadas no la convencían de la filiación natural de la señora Devia respecto del señor Teófilo Leonel.

La primera censura carece, pues, de fundamento.

III. En el segundo cargo se atribuyen a la sentencia dos errores de derecho, así: uno, consistente en considerar escaso el número de cuatro testimonios para establecer los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado de hija natural de Nohemy Devia respecto de Teófilo Leonel, y otros por haber desestimado las mismas declaraciones con el argumento de que no a todos los testigos les constan aquellos hechos constitutivos durante un lapso de diez años continuos.

Es verdad, como lo anota el recurso, que la Corte ha entendido que el conjunto de testimonios de que habla el artículo 399 del Código Civil, puede estar constituido por tres declaraciones a lo menos. También es cierto que, según doctrina de la misma Corte, la ley no exige que a cada uno de los testigos que declaran sobre hechos constitutivos de la posesión notoria de un estado civil, le consten esos hechos durante diez años continuos. Ningún inconveniente puede haber para que algunos testigos depongan sobre un

período determinado inferior a diez años, y otros sobre un tiempo distinto, ulterior o anterior, con tal que cada uno de estos períodos aparezca demostrado con un conjunto de testimonios y que, por no existir entre tales períodos intermitencias o soluciones de continuidad, puedan ser ellos sumados para obtener el decenio indispensable (XCII - 2225, 970).

La sentencia expresó que era muy escaso el número de testimonios traídos para probar la posesión notoria, pero esto lo hizo incidentalmente y no como razón central para desechar el mérito demostrativo de las declaraciones. Lo cual significa que, aun en la hipótesis de que esta apreciación alcanzase a constituir un error de derecho, tal supuesto yerro carecería en este caso de trascendencia por no haber tenido influjo decisivo en el fallo.

El sentenciador analizó y apreció los testimonios y no encontró en ellos fuerza demostrativa suficiente para convencerlo de que Nohemy Devia hubiera disfrutado durante diez años continuos por lo menos de la posesión notoria del estado de hija natural respecto de Teófilo de Jesús Leonel. El fundamento de esta conclusión radica en que no a todos los declarantes les constan los hechos constitutivos de esa posesión durante diez años continuos por lo menos.

La permanencia durante este lapso es uno de los elementos integrantes de la posesión notoria, y este factor, al igual que los del tratamiento y la fama, requiere ser también demostrado de modo irrefragable con un conjunto de testimonios fidedignos. Correspondiendo al juzgador de mérito ponderar el grado de convicción que ofrecen las pruebas aducidas, ningún error de derecho cometió en este caso la sentencia al expresar que las declaraciones mencionadas no lo convencían de que Nohemy Devia hubiera gozado durante diez años continuos por lo menos de la posesión notoria del estado de hija natural respecto de Teófilo de Jesús Leonel. Esta conclusión no quebranta lo dispuesto por el artículo 399 del Código Civil, que exige comprobar dicha posesión notoria de un modo incontrastable, esto es, que no deje la menor duda en la mente del sentenciador.

Resolución

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de abril veintinueve de mil novecientos sesenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este juicio sobre filiación natural propuesto por Nohemy Devia contra el menor Ariel Leonel Bustos, en su calidad de heredero de Teófilo de Jesús Leonel.

Sin costas porque no se han causado.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada, Enrique López de la Pava.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

ACCIONES DE NULIDAD, DE SIMULACION Y PAULIANA O REVOCATORIA

Son especificamente distintas y cada una tiene individualidad propia. Rasgos típicos de cada una de estas acciones. La acción pauliana está únicamente establecida en favor de los acreedores anteriores al acto defraudatorio del deudor. El hijo no es heredero legitimario de su padre desde su nacimiento sino desde el momento mismo de la muerte del causante. En vida de éste, el presunto legitimario no tiene el poder de compelerlo a un dar, hacer o no hacer en vista de la sucesión por venir. En el consanguíneo llamado a ser legitimario, nada hay que en vida de su presunto causante le atribuya, frente a éste y por esa razón, la calidad de acreedor en el sentido y con las prerrogativas que el régimen legal de las obligaciones da a esta calidad. Recursos que en defensa de sus asignaciones forzosas otorga la ley a los legitimarios. Indirectamente los legitimarios disponen de la acción de simulación con la libertad probatoria, contra los actos fingidos de su causante. La norma final del inciso 1º del artículo 1155 del Código Civil, se opone a que esos herederos puedan valerse por analogía del principio de la acción pauliana, para desconocer la eficacia de los actos celebrados por su actor.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, 22 de agosto de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, con fecha 19 de agosto de 1963, en el juicio ordinario seguido por José Antonio Losada Méndez y otros frente a Miguel Méndez Méndez y otros.

I

El litigio.

La demanda incoativa del juicio expone como hechos fundamentales de la misma los siguientes:

El 6 de febrero de 1893, Fernando Méndez y Obdulia Méndez contrajeron matrimonio católico, del que nacieron Aristides, Alcides, Agustín Miguel, Timoleón, María del Carmen, Constantino, Fernando y Waldina Méndez Méndez.

La última, o sea Waldina contrajo matrimonio católico con Tarquino Losada, unión de que nacieron José Antonio, Fortunato, Tomás, Graciela y Auristelia Losada Méndez.

Waldina Méndez de Losada falleció el 11 de agosto de 1928.

Tiempo después, los progenitores Fernando Méndez y Obdulia Méndez de Méndez, por medio de la Escritura número 75 de 14 de mayo de 1949, de la Notaría del Circuito del Agrado, cedieron en propiedad a sus hijos Aristides, Alcides, Agustín, Fernando, Miguel, Timoleón, María del Carmen y Constantino Méndez Méndez, a título de precio por una renta vitalicia de $ 800 mensuales, en la proporción y demás condiciones allí pactadas, todos los bienes inmuebles y semovientes de que los otorgantes dijeron ser dueños, conforme a la relación hecha en tal escritura.

En ese contrato de renta vitalicia no se tuvo en cuenta a quienes para entonces representaban a la finada Waldina de Losada, hija del matrimonio Méndez Méndez, vale decir, a los demandantes, desconociéndoseles así el derecho a su legítima.

Murieron luego Fernando Méndez, el 4 de junio de 1951 y Obdulia Méndez, el 7 de junio de 1957.

En el sobredicho contrato de renta vitalicia se estimó en $ 100.000.00 el valor de los bienes

transmitidos a los debirrentistas, como precio de ella; mas, en el juicio ordinario sobre simulación del mismo negocio, que los Losada Méndez siguieron con resultado adverso, pues el contrato se declaró real y cierto, el precio de tales bienes y sus frutos o productos se estimó en $ 1.239.247.88, apreciación que aún se encuentra por debajo de los valores actuales.

Lo pagado por los cónyuges Méndez Méndez como precio de la renta vitalicia en referencia comprendió todos los bienes de que ellos eran dueños, "de modo de insolventarse ante el acreedor o heredero legitimario excluido, en complicidad o indebido entendimiento con sus ocho debirrentistas, con daño y fraude evidentes para el derecho de mis mandantes".

Con base en los hechos así propuestos y de que el libelo hace comentos varios, los señores José Antonio, Fortunato, Tomás, Graciela y Auristelia Losada Méndez, las dos últimas de Valderrama y de Lamprea, respectivamente, demandaron ante el Juzgado del Circuito de Garzón, a los señores Aristides, Alcides, Agustín, Miguel, Timoleón, Constantino, Fernando y María del Carmen Méndez Méndez, ésta de Sánchez, en solicitud de las siguientes determinaciones:

1ª Que los actores son hijos legítimos de la fallecida Waldina Méndez de Losada, quien fue hija legítima de Fernando Méndez y Obdulia Méndez, estos dos muertos intestados, luego de haber dispuesto en provecho exclusivo de los demandados, mediante contrato de renta vitalicia, de todos sus bienes, en fraude y perjuicio actual de los demandantes.

2ª Que todos y cada uno de los demandantes, "los antes nombrados Losada Méndez, son, por tanto, herederos legitimarios —valer decir, acreedores— con derecho forzoso de suceder sobre las herencias acumulables de los causantes Fernando Méndez y Obdulia Méndez de Méndez, por el monto de su legítima, en representación al efecto de su madre Waldina Méndez de Losada, en condiciones iguales con los otros hijos de los cónyuges Méndez Méndez...".

3ª Que es absolutamente nulo "por falta de causa lícita —o, en su lugar, que es *inoponible* al claro y forzoso derecho hereditario de los señores Losada Méndez, respaldado como ese derecho está aún en disposiciones de orden público— el contrato sobre constitución de renta vitalicia, ya admitido como *real,* pasado entre los cónyuges Méndez-Méndez y sus ocho hijos, distintos de mis mandantes, conforme consta en la Escritura número 75, de fecha 14 de mayo de 1949, de la Notaría del Agrado, oportunamente inscrita, en cuya celebración se cometió a sabiendas, entre las partes, *fraude pauliano,* en contra de los intereses de mis mandantes, todo lo cual necesariamente acarrea aquella clase de nulidades, o, si se prefiere, una *inoponibilidad* como la que en su defecto invoco".

4ª Que, consecuencialmente, los demandados "restituyan para las sucesiones intestadas de los dos cónyuges nombrados, todos los bienes muebles e inmuebles y semovientes, en tal instrumento relacionados, para efectos de la apertura de los respectivos juicios mortuorios acumulables y liquidación de esas sucesiones entre todos los herederos o interesados en ella, sin exclusiones indebidas y franca y necesariamente ilegales".

5ª Que la solicitada restitución de bienes se haga con inclusión de sus frutos naturales y civiles, considerando a los demandados como poseedores de mala fe; y, en subsidio, que éstos restituyan "el valor que corresponda a los bienes que hubieren malversado o de que hubieren dispuesto, a base de la relación de ellos, señalados en el contrato sobre renta vitalicia", y

6ª Que los reos, si se opusieren, sean condenados en costas.

Y luego de invocar en derecho una serie de textos de la ley civil, entre los cuales figura el artículo 2491 del Código, precisa el libelo que la acción de fondo que aquí se ejercita "no es otra que la pauliana".

En su contestación, el demandado Agustín Méndez manifestó aceptar algunos de los hechos y negar otros, desconocer la acción pauliana que los actores pretenden ejercitar y, en suma, oponerse a todas y cada una de las peticiones del libelo. Los demás demandados contradijeron también, haciendo cada uno suya la contestación dada por su litisconsorte Agustín Méndez.

Producidas las pruebas de una y otra parte, la primera instancia recibió fallo en que se *absuelve* a los demandados de los cargos que se les propusieron.

Por apelación de la parte vencida, abrióse el segundo grado del debate, a que recayó la decisión del Tribunal Superior de Neiva, de fecha 19 de agosto de 1963, por la cual se "*confirma* la sentencia recurrida en cuanto se refiere a la absolución de los demandados respecto a las peticiones de condena que se hacen en el libelo", y se formulan, además, las siguientes declaraciones:

"Primero. José Antonio Losada Méndez, Fortunato Losada Méndez, Tomás Losada Méndez, Graciela Losada Méndez y Aristides (sic) Losada Méndez, son hijos legítimos de la ya fallecida

señora Waldina Méndez —casada que fue con el señor Tarquino Losada— y ella, Waldina, fue a su vez, hija legítima del matrimonio formado por los señores Fernando Méndez y Obdulia Méndez, muertos ambos, intestados, luego de haber dispuesto en provecho exclusivo de sus hijos Aristides Méndez Méndez, Alcides Méndez Méndez, Agustín Méndez Méndez, Miguel Méndez Méndez, Timoleón Méndez Méndez, Constantino Méndez Méndez, Fernando Méndez Méndez y María del Carmen Méndez Méndez, mediante contrato de renta vitalicia, de los bienes de que se ocupa la Escritura pública número 75 ya citada.

"Segundo. Los demandantes José Antonio Losada Méndez, Tomás Losada Méndez, Fortunato Losada Méndez, Graciela Losada Méndez y Auristelia Losada Méndez, son, por tanto, herederos legitimarios con derecho de suceder a los causantes Fernando Méndez y Obdulia Méndez de Méndez, en representación de su madre, Waldina Méndez de Losada, siguiendo el orden y reglas de la ley al respecto.

"Tercero. No se hace condena en costas por acogimiento parcial de las peticiones de la demanda".

Interpuesto por la parte actora el recurso de casación, encuéntrase en el punto de ser resuelto, a lo cual se procede en este acto.

II

Consideraciones de la sentencia recurrida.

El Tribunal, luego de encontrar establecido así el estado civil de los demandantes, como el de los demandados, y que los primeros en su carácter de hijos legítimos de la finada Waldina Méndez son, en representación de ésta, herederos legitimarios de los causantes Fernando Méndez y Obdulia Méndez de Méndez, procede a estudiar la cuestión central de la presente litis, o sea la acción pauliana que los demandantes alegando la calidad de acreedores por razón de su carácter de legitimarios, han pretendido deducir contra el contrato de renta vitalicia de la Escritura número 75 de 14 de mayo de 1949, de la Notaría del Agrado.

Se detiene, pues, a contemplar, a través de los estudios de algunos tratadistas, el origen romano de la acción pauliana y su carácter, así como los perfiles que a ésta le ha reconocido la jurisprudencia de la Corte, con fundamento en el artículo 2491 del Código Civil y en otras disposiciones. Y asentando la premisa de que "la acción pauliana tiene como único y principal objeto, como elemento que le es de su naturaleza, proteger los intereses del *acreedor* contra los actos de su deudor en perjuicio de su crédito", se pregunta: "¿Ahora bien, se puede entender a un legitimario como acreedor, en cuanto a su legítima, y respecto a su causante, en vida de éste?". "La respuesta de la Sala es negativa" y la explica así:

"No se adquiere la calidad de heredero o legatario sino en el momento en que se produce u ocurre la muerte de la persona a quien vamos a suceder. Desde ese momento, nos dice el artículo 1012 del Código Civil en relación con el 1013 ibídem, el heredero o legatario toma la calidad de tal y adquiere derechos en la forma establecida por la ley o por el testamento; haciéndose dueño de los bienes heredados o legados, por medio del modo: la sucesión por causa de muerte.

"Mientras esto no suceda, mientras no se produzca la muerte del causante, los legitimarios no tienen ningún derecho cierto y concreto, ningún derecho personal o de crédito a su favor y en contra de los bienes y la persona del posible causante. Una mera expectativa se ha llamado siempre esta posibilidad de ser heredero o legatario de una persona.

"Así las cosas: si a quien representan los actores, la señora Waldina Méndez de Losada, su madre legítima, no tenía, como tampoco tenía ninguno de sus hermanos, derechos ciertos sobre los bienes de sus padres Fernando y Obdulia, mientras éstos vivían, y no eran titulares de crédito alguno en contra de sus legítimos padres, mal podemos decir que sean titulares de la acción pauliana".

Remitiéndose después al alegato de conclusión de la parte demandada en primera instancia, dice el Tribunal compartir sus conceptos, uno de ellos el de que es condición principal, para el logro de la acción pauliana "que el interés que se trata de proteger con ella, sea anterior al acto fraudulento o calificado de tal. Porque si al tiempo de la realización de tal acto —el de enajenación— no existe el derecho del acreedor, éste no tiene la acción pauliana". Como también que "es preciso que el acto acusado de fraudulento vaya en realidad contra un derecho preexistente, es decir, ya constituido plenamente a tiempo de la realización del acto incriminado"; que, en relación con el caso de autos, la ley civil ha resuelto el problema, "al establecer que la herencia se defiere al heredero, en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata —artículo 1013 del Código Civil— es decir, que los derechos que ella otorga al heredero *nacen en ese momento* y sólo después es cuando puede ejercitarlos"; y que, mientras el causante vive, no tiene el herede-

ro o legitimario nada que hacer valer contra él, ni puede enajenar el derecho de suceder. A lo que agrega el Tribunal que "la limitación que establece la ley a la voluntad dispositiva de quienes tienen legitimarios, se concreta especialmente por el aspecto de las donaciones en perjuicio de legítimas; dando acción entonces sí a sus herederos para que obtengan la revocación de esos contratos que van más allá de la cuarta de libre disposición. Por eso tienen ellos personería para intervenir solicitando la prevalencia de actos ocultos de donación, cuando se han afectado sus legítimas".

Finalmente, considerando que el contrato de renta vitalicia atacado en este juicio satisface como tal todas las prescripciones legales, sin que pueda entendérsele como donación o legado, ni aparezca viciado de nulidad alguna, concluye el fallador que "si la acción pauliana no existe en el caso en estudio, según lo dicho, no hay para qué analizar la excepción de prescripción invocada por el señor apoderado de la parte demandada en su alegato ante el Tribunal".

III

La demanda de casación.

Por ella, que fue oportunamente contradicha por el mandatario de la parte opositora, el apoderado de la recurrente impugna en el campo de la causal primera el pronunciamiento del Tribunal, mediante un cargo que califica de único y cuya fórmula reza así:

"El fallo acusado, de agosto 19 de 1963, violó la Ley Sustantiva por infracción directa de los artículos 4º, 5º, 8º, 48, 85 de la Ley 153 de 1887; 18 de la Ley 45 de 1936; 3º, 6º, 93, 1155, 1161, 1226, 1239, 1240, 1242, 1249, 1250, 1265, 1266, 1274, 1275, 1276, 1277, 1279 y 1321 del Código Civil y por aplicación indebida los artículos 1008, 1012 y 1013 del mismo Código Civil, lo que llevó al Tribunal a dejar de tener en cuenta en este juicio, donde "no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido", disposiciones que regulen casos o materias semejantes y en su defecto la doctrina, la jurisprudencia y las normas generales de derecho sobre vocación hereditaria, y por cuanto ha entendido el Tribunal que la calidad de heredero no se adquiere con el nacimiento de una persona, sino con la muerte de quien proviene esa calidad, confundiendo lo que es el derecho innato herencial de quien llega a la vida, con el momento del reparto de los bienes a que aquél tiene derecho, en que se defieren esos bienes, o sea, la herencia".

Con el intento de demostrar la proposición sobredicha, el impugnante se extiende en consideraciones cuya sustancia cabe recoger en el siguiente compendio:

Que el caso de que se trata es el de unos padres que, mediante contrato de renta vitalicia, proveyeron al reparto de sus bienes entre todos sus hijos, menos Waldina, ya muerta, con el propósito de desconocerle a ésta su legítima, perteneciente a sus hijos legítimos, los demandantes.

La sentencia acusada desestimó la demanda, en razón de considerar que el derecho de herencia sólo nace al morir el causante y que el heredero no es acreedor del *de cujus*, por lo cual no pueden aplicarse en favor de aquél los principios del fraude pauliano.

A lo cual, arguye el impugnante que "en materia de vocación hereditaria, es principio legal que no se desconozca a un legitimario su derecho y por eso los artículos 1226 y 1274 del Código Civil, le conceden la facultad de pedir la reforma del testamento que demerite, burle o defraude su legítima rigorosa o efectiva"; que por el mismo motivo los artículos 1244 y 1245 le conceden acción para pedir la restitución de los bienes que el causante haya donado en vida a extraños, si menoscaban los derechos de legítima y de mejoras; y que, por la misma causa, el artículo 1250 establece que la legítima rigorosa "no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno" y el 1275 indica que lo que en general corresponde a los legitimarios y tienen éstos derecho a reclamar por la acción de reforma, es su legítima rigorosa o la efectiva en su caso.

Mas, como en la especie del pleito, los causantes Fernando y Obdulia Méndez no recurrieron al acto expreso de desheredar a Waldina (artículo 1265), ni al otorgamiento del testamento, sino a la celebración de un contrato de renta vitalicia con todos sus otros hijos, esquivando la ley e incapacitando a la ofendida para ejercitar ya la acción de reforma de testamento, ya la de impugnación del desheredamiento, "ante esta situación no le quedó otro recurso jurídico que el ejercicio de la presente acción, invocando la gran similitud que guarda su caso con el del fraude al acreedor, ambos con derechos civiles reales y reconocidos por la ley, en su cabeza".

En apoyo de esta pretensión, cita la sentencia de casación civil de 16 de junio de 1959 (XC, página 646), en la cual se dijo en punto de acción de simulación, que "si el acto que se impugna por simulado subvierte el sistema de las asignaciones forzosas, no hay ni podría haber límite alguno dentro de la tarifa en la prueba de la si-

mulación como expediente para evadir los imperativos del legislador. Se trata de establecer el hecho que rompe el régimen de las asignaciones forzosas y es por ministerio de la ley como el legitimario por derecho suyo queda investido de la acción: no propiamente como heredero sino como persona a quien se pretende despojar de aquello a que por ley tiene derecho".

Y luego se pregunta: ¿Si el heredero puede reclamar contra las donaciones hechas en vida por su padre en perjuicio de su legítima, y si puede reclamar contra los actos o contratos simuladamente celebrados por éste en daño y con fraude del derecho del sucesor, no podrá reclamar, igualmente, por iguales actos y contratos que su padre celebre en connivencia con los otros legitimarios, con quebranto de las asignaciones forzosas que la ley ha instituido en su favor? Porque en los tres casos, se castiga el fraude a las legítimas y tanta entidad tiene el que se ejecuta simuladamente como el que tiene vida real, pero con procedimientos violatorios de la ley de la herencia, tal la partición de bienes que se realiza mediante una renta vitalicia, con perjuicio y en fraude de uno de los coherederos.

No podría un juzgador sostener que para el último de estos casos no hay acción judicial, en cuanto no teniendo nombre específico no lo contempla la ley, ya que no es el nombre sino el hecho lo que crea la situación jurídica, lo que quebranta el derecho del heredero a la legítima, y es su analogía con otro caso de defraudación lo que da nacimiento a la acción del sucesor rigoroso contra el fraude de que es víctima.

"Y como el negocio a estudio, se sale de los límites del artículo 2491 del Código Civil y sólo se fundamenta en su inspiración, que es la de evitar el fraude a un derecho de familia sagrado e inviolable, como es el de un legitimario a la herencia, queda a la Corte Suprema el deber de pronunciarse sobre la materia, teniendo a su consideración el caso mejor probado y más caracterizado de fraude a un heredero".

Tratando de abonar este aserto, arguye que así como al principio de la responsabilidad aquiliana se le han dado por la doctrina y la jurisprudencia, a través del artículo 2356 del Código Civil, múltiples proyecciones en orden al concepto de culpa, presunción de ésta, riesgo creado, abuso del derecho y otras, así también la norma sobre fraude pauliano, inicialmente concebida en beneficio del acreedor, se ha extendido al arrendador, al socio de una compañía, al beneficiario de un usufructo, y debe extenderse a toda persona contra cuyo patrimonio se atente por fraude, como el sucesor forzoso de una herencia.

Y trayendo a cuento el concepto de uno de nuestros publicistas de derecho probatorio, en lo relativo a la prueba en materia de simulación, cuando el legitimario ataca un acto del causante que menoscaba su derecho, procede a censurar al Tribunal por haber sostenido que la calidad de heredero se adquiere en el momento de ocurrir la muerte del causante, pues dice el recurso que "la calidad de heredero se adquiere por el solo hecho del nacimiento, y aun desde que la criatura se halla en el vientre materno se protege su derecho de heredero, según rezan los artículos 90, 91 y 93 del Código Civil, y porque los artículos 1012 y 1013 ibídem se refieren al acto judicial de apertura de la sucesión en el último domicilio del causante y a la transmisión de sus bienes a los herederos, es decir, a las personas que tienen ese carácter reconocido por la ley *ab initio*".

En relación con lo cual dice que, si es cierto que el interés que se trata de proteger con la acción pauliana tiene que ser anterior al acto acusado de fraudulento, no obstante ello yerra el Tribunal cuando afirma que no hay interés herencial en el heredero sino a partir del momento mismo de la muerte de sus padres, afirmación ilógica tratándose de "un heredero legitimario, forzoso, desde que nació, que se llama Waldina Méndez de Losada, representada a su muerte por los demandantes, los Losada Méndez con igual carácter de legitimarios respecto a Fernando y Obdulia Méndez, como lo reconoce la parte resolutiva de la sentencia acusada". Y después agrega: "Una cosa es, por consiguiente, la calidad de heredero que se adquiere desde el nacimiento, con interés jurídico sobre la herencia, calidad que es vitalicia e incorpórea desde que nace la persona, y otra muy distinta es que los bienes de la herencia se defieran cuando ocurre la muerte de la persona a quien se hereda".

Finalmente, como para precisar la esfera en que el recurrente estima haber sido colocada la acción intentada y en que por lo mismo entiende afianzar la acusación, concluye con el siguiente párrafo:

"Cabe observar, por último, que como la acción de nulidad que se ejercita en este proceso, como pauliana o perteneciente a su grupo, por el fraude real que se ha cometido contra los herederos demandantes, difiere de la acción de nulidad proveniente de cesiones y concurso de acreedores, a que se contrae el artículo 2491 del Código Civil, del cual sólo se tomó el espíritu y la intención de castigar el fraude, el juzgamiento de los elementos que intervienen en todo juicio, debe ceñirse a las características propias de la

acción ordinaria de nulidad del contrato de renta vitalicia''.

IV

El escrito de oposición.

Por éste se contradicen las tesis del recurso, acerca de que un hijo tiene la calidad de heredero desde el momento en que nace, y que la acción pauliana debe concederse, por analogía, a los titulares del derecho real de herencia, como acreedores de este derecho.

Al efecto, sostiene el opositor que ninguna de esas tesis tiene porvenir, ni en el terreno del derecho positivo, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, ni en el sentimiento jurídico de las gentes. Para ello, tendría que abandonarse el cauce secular del Derecho Romano, que no reconoce al pariente derecho alguno hereditario mientras viva su presunto causante. No siendo posible destruir la diferencia entre el derecho personal y el derecho real, implantada en los artículos 665 y 666 del Código Civil, no cabe que la acción intentada por los demandantes pueda auxiliarse de los artículos que el recurso cita. Pero, si la tesis de la analogía fuera a aplicarse, como sólo se puede hablar de herederos de una persona cuando su muerte ocurre, cabría preguntar con el mandatario en instancia de los demandados: ''¿Dónde está el acreedor anterior al contrato de renta vitalicia?''.

Y luego de referirse a la historia relatada en la demanda con que se inició el presente litigio, observa que, según ella, ''el vicio atribuido por los actores al contrato de renta vitalicia consiste en que por medio de esa figura jurídica lo que quisieron los abuelos de los demandantes, en connivencia con sus tíos, fue sencillamente privarlos de herencia, nada más''. En orden a lo cual, y aludiendo a la consideración que hizo el juez del primer pleito al desatar la primera instancia, de que ''lo natural es presumir que los señores Méndez-Méndez tuvieran igualdad de afectos para sus descendientes, como es lo humano, ya que no hay prueba de que exista una causa que pudiera modificar los sentimientos emotivos de don Fernando y doña Obdulia con relación a sus nietos'', observa que en este segundo pleito volvió a decirse que la causa del contrato de renta vitalicia no tuvo más objeto que defraudar a los nietos en la legítima que le correspondía a la señora Waldina, la madre de ellos, sin consideración alguna por los efectos de la cosa juzgada.

Y agrega, por último, que ''al recurrente le faltó demostrar por qué han sido violados los artículos que muestra en su demanda''.

V

Consideraciones de la Corte.

En razón de los puntos que toca el recurso, conviene asentar ante todo las siguientes nociones:

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

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

La nulidad de la primera especie o absoluta *se produce, bien por objeto o causa ilícitos, bien por falta de requisitos o formalidades prescritos por la ley en consideración a la naturaleza de un acto, y no a la calidad o estado de quienes lo ejecutan o acuerdan, bien por la incapacidad absoluta del otorgante o de cualquiera de los otorgantes del mismo; y puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley, y aun ser declarada de oficio por el juez, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato (artículos 1740 y 1741 Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936).*

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

3. La acción de simulación versa sobre un acto no verdadero sino fingido, que sólo sirve de cortina para ocultar una realidad jurídica distinta de la que él aparenta. Entonces, la finalidad de esta acción es la de hacer declarar la inexistencia o deformación del acto ostensible y la prevalencia del oculto o verdadero, para que éste quede sometido a recibir el tratamiento y producir las consecuencias que legalmente le competen. La acción puede ser ejercida por las partes que intervinieron en el acto simulado, por sus herederos y por los acreedores del simulante que en apariencia ha sacado de su patrimonio un bien

que realmente no ha salido de éste y que, por lo mismo, continúa siendo parte de la prenda general en cuya conservación o consistencia tienen aquéllos interés (artículo 2488 ibídem).

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

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

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

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

5. Tradicionalmente desde el edicto del Pretor Romano que creó esta acción revocatoria, pasando por las instituciones seculares del Derecho Español (Leyes 7ª y 8ª, Título 15, partida 5ª) y por el Código de Napoleón (artículo 1167) hasta su consagración en el Código Civil chileno, del que la recibiera el colombiano, cuyo artículo 2491 es trasunto del 2468 de su modelo, la acción pauliana se concibió y se encuentra instituida como un derecho auxiliar de los acreedores anteriores al acto nocivo y fraudulento otorgado por el deudor. Histórica y técnicamente esta acción, que es personal, sólo corresponde a aquellos acreedores anteriores, porque el deudor, con fraude y en perjuicio de los mismos, ha hecho salir de su patrimonio bienes que eran parte integrante de la prenda general que les servía de garantía. La acción equivale así a un proceso de reintegración del patrimonio del deudor, en favor de los acreedores que éste tenía en el momento de realizar el acto que produjo su insolvencia o que contribuyó a aumentar la en que ya se encontraba. Por lo mismo, si el acreedor pretendiente de la acción pauliana lo fuese en virtud de un crédito posterior a la fecha del acto impugnado, no podría sostener que tal acto lo perjudica, dada la imposibilidad de considerar que, en la prenda general constituida por los bienes del deudor, figuraba un bien de que éste se había desprendido en el momento en que contrató con él.

En el mismo orden de ideas, predica la doctrina que el acreedor bajo condición suspensiva, aunque su título sea anterior al acto ruinoso del deudor, no está legitimado para hacer uso de la acción pauliana, mientras penda el evento de la condición, porque el crédito bajo condición suspensiva sólo existirá como tal si la condición se cumple; pero si ésta falla, aquél no habrá llegado a existir. De aquí que el artículo 1542 del Código Civil disponga que "Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido". Y si bien el acreedor, estando en suspenso la condición, puede impetrar las providencias necesariamente conservativas de su expectativa (1549 in fine), en ello no entra la posibilidad de hacer uso de la acción pauliana, que no es una medida puramente conservativa, sino un verdadero acto de ejecución, un expediente que implica la preexistencia del crédito para cuya efectividad inmediata se trata de reconstruir el patrimonio del deudor.

6. Establecidos los anteriores principios, pasa ahora la Corte a ocuparse de la tesis en que descansa el recurso, de que el hijo es heredero legitimario de su padre desde su nacimiento y, en

tal virtud, acreedor de la legítima, frente a su progenitor, desde un principio; y que, en consecuencia, como tal acreedor está llamado a disfrutar, contra los actos de su autor que han menoscabado su patrimonio, de la acción sancionadora del fraude pauliano.

Este aserto no puede ser acogido, bastando a desestimarlo las siguientes razones:

7. *Si es evidente que la condición de hijo se origina en el hecho mismo de la generación y que en ella radica la calidad de legitimario con que la ley llamará al hijo a heredar a su padre o a su madre en el instante en que aquél o ésta fallezca, no es menos cierto que el carácter de heredero en el descendiente no quedará constituido sino en el momento mismo de la muerte del causante. Sólo entonces se consolidará en el hijo su calidad de heredero forzoso o legitimario. Será en ese preciso acontecer cuando se le deferirá su asignación forzosa o legítima (artículo 1013 ibídem), y cuando quedará habilitado para aceptarla (artículo 1283) y entrar a ejercer todas las facultades que al heredero confiere la ley en relación con el patrimonio relicto.*

Como lo enseña el artículo 1155, los asignatarios a título universal o herederos representan la persona del causante para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Ellos reciben el patrimonio de su autor, en la situación que tenía en el momento de morir éste, y, por lo tanto, los vinculan activa y pasivamente los contratos en que éste intervino, como si hubiesen estado representados en ellos por aquél, y esos contratos les empecen o benefician de igual modo que a éste, salvo que se trate de derechos inherentes a la persona del mismo o cuyo ejercicio le sea estrictamente personal e intransmisible.

8. *Categoría específicamente distinta de la de heredero forzoso o legitimario es la de* acreedor. *Entiéndese por acreedor el sujeto activo de la relación de derecho llamada* obligación, *en virtud de la cual tiene el poder jurídico para exigir del sujeto pasivo o* deudor *el cumplimiento de una prestación, consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa. Vale decir que, en el aspecto pasivo, la obligación es el vínculo de derecho por el cual el deudor es constreñido, bajo la garantía y el control del Estado, a satisfacer una prestación al acreedor. Así que el derecho personal o crédito aparece como el sometimiento de una persona a otra persona, en el ámbito de la relación obligacional. Tal como lo enseña el Derecho Romano en definición célebre de imperecedera vigencia:* obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura.

Es relevante, pues, como característica del derecho personal o crédito, su coercibilidad o poder de constreñimiento en vista de la satisfacción de un dar, hacer o no hacer a cargo del deudor en pro del acreedor, con repercusión siempre patrimonial en cuanto, aún tratándose de obligaciones de carácter moral cuyo objeto no sería per se *estimable en dinero, su volación se traduciría en una indemnización pecuniaria. Es así concluyente el que no pueda concebirse un derecho personal o crédito desprovisto de ese potencial de compulsión.*

9. *Ahora bien: en vida del causante, el presunto legitimario no tiene, como tal, derecho alguno sobre el patrimonio de aquél, ni el poder de compelerlo a un dar, hacer o no hacer en vista de la sucesión por venir. Ni siquiera, viviendo el testador, podría el legitimario intentar ataque alguno contra el testamento en que se le desheredase, ni acción de reforma del testamento en que no se le dejase completa su legítima.*

Así que, en el consanguíneo llamado a ser legitimario, nada hay que en vida de su presunto causante le atribuya, frente a éste y por esa razón, la calidad de acreedor en el sentido y con las prerrogativas que el régimen legal de las obligaciones da a esta calidad. Y si en el momento de la muerte del causante, se concreta en cabeza del legitimario su derecho a la legítima, el fenómeno no obedece a crédito alguno que el sucesor tuviera por ella contra su autor, sino a la asignación que la ley hace al heredero de esa categoría, de la cuota llamada legítima en los bienes relictos. La definición de la ley al respecto, en el artículo 1239 del Código Civil, es de una exactitud concluyente: "Legítima *es aquella cuota de los bienes de* un difunto *que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios". La legítima se concibe, pues, como una asignación hereditaria forzosa, que limita la libertad del causante para disponer por causa de muerte de sus bienes, de los que constituyan su patrimonio al fenecer de su vida, pero que no restringe su libertad jurídica de contratación o disposición* inter vivos, *salvo la excepción concerniente al caso de las donaciones efectuadas por quien tenía a la sazón legitimarios, las que si fueron hechas a legitimarios han de colacionarse, a la muerte del causante, para el cómputo de las legítimas y de la cuarta de mejoras en su caso (artículos 1243 y 23, Ley 45 de 1936),*

y si fueron hechas a extraños habrá de colacionarse el exceso que en ellas resulte, para que si éste menoscaba aquellas asignaciones forzosas puedan los legitimarios proceder contra los donatarios, para la restitución de lo excesivamente donado, todo en la forma que determinan los artículos 1244 y 1245 del Código Civil.

10. *Entre el sistema anglosajón de la absoluta libertad del* pater familias *para disponer por testamento, y el español de las asignaciones forzosas, restrictivas de esa libertad, el autor del Código optó por el último, pero sin desmedro alguno de la libertad jurídica del* pater familias *en el ámbito de su actividad entre vivos, con la reserva de haber de hacerse el cómputo de las donaciones, ya a legitimarios, ya a extraños, para los efectos indicados en los textos respectivos, como está dicho.*

Siendo los herederos, representantes de la persona del causante para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, y afectándoles en este sentido todos los actos y contratos de su autor, resulta claro que los legitimarios en defensa de sus asignaciones forzosas no tienen otros recursos directos que los específicamente organizados al efecto por la ley, como son: el cómputo de las donaciones y los respectivos reintegros, llegado el caso, según los artículos 1243, 1244, 1245 y 1264 y concordantes del Código Civil en relación con el 23 de la Ley 45 de 1936, y la acción de reforma del testamento (1274 y siguientes ibídem).

11. *Es verdad que indirectamente los legitimarios disponen de la acción de simulación, con libertad probatoria, contra los actos fingidos de su causante en cuya virtud, aparentando ponerse ciertos bienes por fuera de su patrimonio, se ha mistificado la realidad del mismo, reduciendo o aniquilando la consistencia de las asignaciones forzosas. Pero, entonces, según se vio, la acción de simulación encuentra como finalidad propia la de hacer prevalecer la realidad oculta, o sea el hecho de no haber salido del patrimonio del causante y continuar formando parte de él los bienes sobre los cuales versó la simulación y que consecuencialmente han de contribuir a la integración de aquellas asignaciones forzosas. Y esto que se predica de la simulación absoluta se extiende, en su caso, para los efectos consiguientes, a la acción de prevalencia en los casos de nulidad relativa. Radica en el punto una de las diferencias capitales entre la acción de simulación y la pauliana, porque al paso que la primera tiene por finalidad la supresión del acto aparente para que subsista en su plenitud la situación patrimonial preexistente, la segunda versa sobre un acto verdadero y serio, por el cual salió realmente del patrimonio del deudor un bien o interés determinado.*

12. *No puede acogerse el argumento del recurso, de que por vía de analogía, cuyo criterio consagra el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el sentenciador ha debido hacer extensivo el principio informativo de la acción pauliana, en fusión con el de la nulidad, a la hipótesis del pleito. Porque, fuera de lo ya dicho, de que la defensa de las legítimas no tiene otros recursos específicos que los establecidos al efecto por la ley, no ha de perderse de vista, según lo puntualizado, que la acción de nulidad y la pauliana son cualitativamente distintas; que la pauliana versa sobre actos perfectos en sí, pero revocables en favor de los acreedores anteriores a los mismos actos, en las condiciones de que tratan, ya el artículo 2491 del Código Civil, ya otros textos del mismo Código que consagran la acción en casos especiales (862, 1295, 1441 y 1451); que, como también quedó expuesto, el heredero legitimario, no puede catalogarse, por razón de su asignación forzosa, entre los acreedores que contempla el artículo 2491; y que, tratándose, como se trata de situaciones jurídicas heterogéneas, no cabe aplicar por analogía a una de ellas las normas excepcionalmente propias de la otra, máxime cuando ésta se encuentra regida por principios especiales que impiden esa aplicación analógica. Se quiere con lo último decir que la norma de que los herederos "representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles", se opone a que esos herederos puedan valerse por analogía del principio de la acción pauliana, para desconocer la eficacia de los actos celebrados por su autor.*

13. En el caso de este pleito se ha partido de la base de que el contrato de renta vitalicia atacado es real y cierto, pues que así fue declarado por sentencia ejecutoriada recaída en juicio anterior en que los demandantes de ahora intentaron la acción de simulación del mismo negocio.

La demanda en el presente juicio, simultáneamente con la súplica de que se reconozca a los actores como hijos legítimos de la finada Waldina Méndez de Losada, hija legítima de Fernando Méndez y Obdulia Méndez, y en esa virtud legitimarios, en representación de su madre, en las sucesiones de sus abuelos Méndez Méndez, solicita se les declare *acreedores* con derecho forzoso a suceder en tales herencias, como también que es absolutamente nulo o en su lugar

les es *inoponible* el susodicho contrato de renta vitalicia celebrado por sus abuelos con sus ocho hijos, distintos de los demandantes, *en cuya celebración se cometió a sabiendas, entre las partes, fraude pauliano, en contra de los intereses de mis mandantes ...*" Y después de citar, entre varias disposiciones legales, el artículo 2491 del Código Civil, consigna la siguiente precisión: "... me he de permitir, repito, señalar previamente a la fijación de los hechos sustentatorios de esta demanda, la razón de ser en derecho de la misma, al destacar de entre el grupo de disposiciones legales que precedentemente consigno, aquellas que más directamente dan forma a la acción de fondo que aquí ejercito, y que no es otra que la *pauliana* (artículo 2491 del Código Civil) ..." Luego de lo cual, el mismo libelo, trayendo a cuento doctrinas de la Corte sobre la acción pauliana, se empeña en propugnar la tesis atrás refutada, de que los legitimarios, como acreedores de su asignación forzosa, tienen en defensa de ésta, contra los actos de su causante, la referida acción.

Ajustada sobre esta pretensión la relación jurídico-procesal que estructuró el debate, recayeron con relación a ella las sentencias de primera y segunda instancia. Como lo advirtió el Tribunal, la cuestión central de la presente litis es la acción pauliana intentada por los demandantes, montada en su pretensión de ser estos acreedores en virtud de su carácter de legitimarios. Y así, el sentenciador, aplicándose al examen del artículo 2491 del Código Civil, que toma como estatuyente de tal acción y al de las disposiciones del Código determinativas del carácter de heredero y del momento en que una persona adquiere esta calidad respecto de otra, concluyó que si la madre de los actores no tenía crédito alguno en contra de sus padres por razón de su legítima en la herencia de los mismos, mal podría decirse que los demandantes sean titulares de la acción pauliana, por todo lo cual, y reafirmado que esta acción "no existe en el caso en estudio" confirmó la sentencia de primer grado en cuanto denegó tal acción.

14. No encuentra, pues, la Corte que el Tribunal hubiera infringido ninguno de los preceptos de la ley sustancial que el recurrente cita como violados.

Resolución:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diecinueve (19) de agosto de mil novecientos sesenta y tres, proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al Tribunal de origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Aníbal Cardoso Gaitán, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, Gonzalo Vargas Rubiano, Conjuez.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO

La diligencia no es apelable. No ocasiona nulidad de lo actuado la falta de decisión acerca de una excepción perentoria expresamente invocada. Causal 2ª de casación. Comprobación de la existencia o constitución de una sociedad o compañía comercial. Condiciones del cargo por error de derecho. No procede alegar error de hecho y de derecho, simultáneamente, respecto de un mismo medio de prueba.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, agosto 30 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

Decide la Corte el recurso de casación propuesto por la parte demandante, en relación con la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de fecha 23 de junio de 1965, proferida en el juicio ordinario de Carlos Higuera Rueda contra la "Sociedad de Inversiones Agro-Industriales Limitada Sinaín", domiciliada en aquella ciudad.

— I —

Antecedentes

1. Por escritura pública número 1487 de 16 de mayo de 1962, de la Notaría Tercera del Circuito de Bucaramanga, se constituyó la sociedad "Inversiones Privadas Limitada", con duración de cinco años, contados desde la fecha de su constitución;

2. Por escritura pública número 2089 de 30 de julio de 1963, de la Notaría Segunda de Bucaramanga, que modificó el contrato social, la sociedad continuó funcionando con el nombre de "Sociedad de Inversiones Agro-Industriales Limitada Sinaín". Consta en este último instrumento que el socio Otoniel Beltrán Cruz transfirió a la sociedad el derecho de dominio sobre el predio rústico denominado "Campo Alegre" o "Manino", ubicado en el sitio de "Río de Oro", en jurisdicción de Bucaramanga, de dos kilómetros cuadrados aproximadamente, delimitado como se expresa en el título;

3. Dicho predio colinda por el occidente "con terrenos de los herederos de David Puyana, hoy de Carlos Higuera, sirviendo de lindero en parte, una cerca de alambre, desde un portón de golpe, y en parte el cauce principal del río de Oro";

4. La "Sociedad de Inversiones Agro-Industriales Limitada Sinaín", demandó en juicio de deslinde a Carlos Higuera Rueda, mayor y vecino de Bucaramanga, para que con su citación y audiencia se fijasen los límites que separan el predio de "Campo Alegre" o "Manino", de las propiedades colindantes del demandado.

Este dijo, al dar respuesta al libelo, que el río de Oro "abandonó su cauce y tomó uno que se adentra en predios de mi propiedad, dejando entre él y los predios del demandante una zona que, naturalmente, me pertenece". Además expresó que los predios de la sociedad nunca llegaron en esa parte hasta la ribera del río, porque siempre se interpuso una cerca de alambre, cuya ubicación y dirección no había sido discutida.

En providencia de 22 de enero de 1964, el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bucaramanga, funcionario del conocimiento, señaló fecha para dar comienzo a la diligencia de deslinde, previniendo a las partes para que llevasen a ella los títulos que estimaren convenientes. En tal diligencia, que se inició el 20 de febrero de dicho año y se continuó el 18 de junio siguiente, el juzgado fijó la línea divisoria así:

"En este estado el juzgado teniendo en cuenta las observaciones hechas por el personal de la diligencia, los testimonios aducidos y los títulos escriturarios allegados a los autos, señala así la línea divisoria de los predios de los litigantes por el costado occidental de la del demandante y oriental de la del demandado: Partiendo de un punto situado unos tres metros abajo del vértice de la carretera que del Café Madrid se construye a Girón y la que conduce de Bucaramanga a la casa de habitación de don Carlos Higuera R., punto en donde se colocará un mojón, se sigue por vestigios de cerca de alambre y cerca de alambre en dirección Sur-oeste, luego vuelve hacia el occidente, continúa después hacia el sur para volver de nuevo hacia el occidente atravesando la línea del ferrocarril en proyecto que va del Café Madrid al Palenque o a Girón; continúa la cerca de alambre en dirección Sur-oeste, luego vuelve ya hacia el sur hasta encontrar la esquina o punta de un cimiento que lleva dirección oriente-occidente; de aquí vuelve hacia la derecha u occidente en línea recta hasta encontrar el lecho actual o aguas del río de Oro; sigue el lecho del río de Oro arriba hasta ponerse frente a la punta o extremo de una cerca de alambre que baja deslindando en este costado el predio 'Campo Alegre' o 'Manino' de la parte demandante, punto en el cual si las circunstancias lo permiten, esto es, las crecientes del río de Oro, se colocará otro mojón";

5. El demandado en el deslinde formuló oposición, dentro del término legal, solicitando que en juicio ordinario "se revise y reforme la línea divisoria señalada por su despacho el 18 de junio pasado entre los predios de propiedad de 'Sinaín Limitada' y la finca denominada 'Río de Oro' de propiedad de mi poderdante, en el sentido de que señale como tal la cerca de alambre existente hasta ahora".

En providencia de 1º de julio de 1964 el juzgado del conocimiento admitió la demanda y la tramitó hasta ser decidida por sentencia de 4 de marzo de 1965, mediante la cual resolvió:

"1º Declárase en firme la línea divisoria señalada en diligencia de fecha dieciocho (18) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), relacionada con el lindero occidental del predio de propiedad de la 'Sociedad de Inversiones Agro-Industriales Limitada Sinaín' que linda con propiedades del señor Carlos Higuera Rueda, que es la siguiente: (Aquí la línea trazada en el apeo).

"2º Inscríbase este fallo en el competente libro de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito.

"3º Ordénase la cancelación del registro de la demanda de deslinde y amojonamiento, decretada en auto de fecha veintidós de octubre de mil novecientos sesenta y tres, comunicada a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito por Oficio número 932 del día siguiente, registrada el 12 de noviembre de ese año a la partida 19, folio 10, libro de demandas civiles, Tomo II, funcionario al cual se ordena comunicar la orden de cancelación para que se tome la respectiva anotación.

"4º Costas a cargo de la parte demandante en el juicio ordinario y demandada en el especial".

Apelado el fallo por el opositor demandante, se abrió el segundo grado del juicio ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el cual confirmó la sentencia del juzgado, con fecha 23 de junio de 1965.

Este es el fallo materia del presente recurso de casación.

— II —

La sentencia impugnada

Anota el Tribunal que el juicio especial y el contradictorio que surge como consecuencia de la oposición a la línea fijada en el apeo, en realidad son dos etapas de un mismo juicio de deslinde, especial la primera y ordinaria la segunda; que siendo esto así, todas las pruebas aducidas en la actuación especial se utilizan y deben apreciarse en la ordinaria, sin necesidad de reproducirlas en esta última etapa, en la cual, durante los términos probatorios correspondientes, se pueden, igualmente, aducir y practicar pruebas conducentes al debate surgido con motivo de la oposición a la línea divisoria trazada por el juez; que no es entonces rigurosamente exacta la tesis del juzgado "de que la falta absoluta de aducción de pruebas durante el juicio ordinario, como ha ocurrido en el caso presente, conduzca a dejar siempre las cosas en el estado en que quedaron cuando se fijó la línea divisoria. Y no lo es, supuesto que habrá muchas ocasiones en que el asunto se traduzca en una cuestión de mero derecho en que no sea indispensable la apreciación de nuevas pruebas, o en que el recurso pueda decidirse con apoyo en el conjunto probatorio aducido en el juicio especial, si el caso se presenta con la claridad necesaria para no demandar la aportación de otras probanzas".

Agrega el fallo que en el *sub lite* no se trata de ninguna cuestión de estricto derecho, sino de un complejo problema de hecho sujeto a la apreciación de pruebas, "entre ellas la principal y más importante de todas, en esta clase de litigios, o sea la observación personal y directa del terreno litigioso hecha por el juez mediante la inspección ocular".

Advierte que las partes no estimaron necesaria la intervención de peritos; que el juzgado tampoco los designó y que trazó la línea divisoria sin analizar los elementos de juicio aportados por los litigantes, pues se limitó a decir que teniendo en cuenta esos elementos, fijaba la línea; que en el ordinario ninguna prueba se adujo, como ha debido hacerse, especialmente por el opositor, interesado, en tal carácter, en establecer sus pretensiones. Luego comenta:

"Así, pues, ni fundamentación o motivación del deslinde, ni intervención de peritos que hubieran podido ilustrar grandemente las cuestiones de hecho, ni producción de nuevas pruebas en el juicio ordinario, ni la práctica de una inspección ocular practicada por este Tribunal, que hubiera podido ser de inmensa utilidad para constatar directamente sobre el terreno los encontrados puntos de vista y demás cuestiones materia del debate, son las razones que le impiden al Tribunal formarse una idea cabal y despejada del problema de hecho, debiéndose inculpar de este vacío a la parte demandante en el ordinario de deslinde, que tenía a su cargo la obligación probatoria de establecer el error o errores cometidos por el juez al trazar la línea".

Concluye el fallo que, como la finalidad práctica de la contradicción al deslinde se ha de traducir en la alternativa de confirmar la línea divisoria señalada por el juez, declarándola en firme, o de indicar cuál sea la línea cuando la fijada en el apeo no es la correspondiente, se deduce que "no habiendo logrado el opositor establecer sus pretensiones en el caso que se examina, no existe base alguna para desconocer ni modificar la línea trazada en el deslinde, por lo cual el fallo recurrido que así lo resuelve, habrá de confirmarse".

— III —

El recurso

El recurrente formula cuatro cargos contra la sentencia del Tribunal, uno por la causal 4ª del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, y tres por la causal primera.

Primer cargo. Según la demanda de casación se ha incurrido en nulidad del juicio, por dos aspectos:

A) Por haberse violado el derecho de defensa del opositor demandante en el juicio ordinario; y

B) Por haberse pretermitido parte sustancial del procedimiento.

a) En cuanto a la pretendida nulidad por violación del derecho de defensa del opositor demandante en el juicio ordinario, dice el recurrente: que durante la diligencia de deslinde el apoderado del demandante en casación apeló de la resolución judicial que señaló la línea divisoria entre los predios de "Campo Alegre" y "Río de Oro"; que igualmente manifestó su propósito de recurrir de hecho ante el superior; y que el juzgado, luego de negar la apelación, ordenó la expedición de las copias solicitadas para la sustentación del recurso de hecho, pero que no existe constancia que explique el éxito de ese recurso, o su fracaso.

La censura expresa que en esta forma se violó la garantía constitucional del "debido proceso", lo cual, según el recurrente, puede catalogarse como una forma de incompetencia de jurisdicción; y se invoca el numeral 1º del artículo 448 del Código Judicial como causal de nulidad.

b) Respecto de la pretendida nulidad por haberse omitido parte sustancial del procedimiento, discurre así el impugnante: que el apoderado del demandado en el deslinde y demandante en el ordinario, alegó a favor de su cliente, durante la diligencia de apeo, la prescripción extraordinaria del dominio de los predios discutidos por "Sinaín", "alegato de prescripción adquisitiva éste que al tenor de lo ordenado por el artículo 329 del Código Judicial, constituía una excepción perentoria"; que como tales excepciones pueden oponerse en cualquiera de las instancias del juicio antes de la citación para sentencia, la de que se trata debió decidirse en la sentencia definitiva, lo cual no se hizo; y que "en el fallo de segundo grado, el honorable Tribunal apenas menciona las alegaciones del doctor Barragán sobre posesión ininterrumpida por parte de don Carlos Higuera y sus antecesores en el dominio, sobre los terrenos comprendidos entre la cerca de alambre y el río, y sobre historia de su titulación desde 1911, pero no se menciona allí concreta ni claramente la excepción de prescripción alegada".

El recurso dice que se pretermitió por esto una parte sustancial del procedimiento, "pretermisión atribuible a la causal primera de nulidad del artículo 448 del Código Judicial, que induce

a casación del fallo, según el numeral 4º del artículo 52 del Decreto extraordinario número 528 de 1964".

La Corte considera:

a) Es evidente que el apoderado de Carlos Higuera Rueda apeló, en la diligencia de deslinde, de la resolución judicial que trazó la línea divisoria entre los predios afectos a la litis. También es evidente que dicho apoderado manifestó su propósito de recurrir de hecho ante el Tribunal.

El juzgado negó la apelación interpuesta, porque estimó que lo indicado era proceder conforme a lo que dispone el artículo 870 del Código Judicial. La decisión del juzgado en el particular fue acertada, porque, como lo ha dicho la Corte, *la diligencia de deslinde y amojonamiento no es apelable, toda vez que "contra ella hay otros recursos que las partes pueden hacer valer oportunamente. La providencia que los decida, dictada por el funcionario respectivo, sí es apelable conforme a las reglas establecidas en los artículos 490 y siguientes del Código Judicial, para las apelaciones de los autos y sentencias" (Gaceta Judicial, Tomo XLV, página 890).*

Hay constancia, por otra parte, de que el funcionario del conocimiento, en vista del propósito manifestado por el opositor a la línea de deslinde, de presentarse de hecho ante el superior, ordenó expedir las copias pertinentes del proceso "para que el memoralista recurra de hecho ante el honorable Tribunal".

Se ignora si el interesado ocurrió de hecho o no, pues no hay constancia de que se hubiera producido la copia correspondiente, que debía expedirse a costa del solicitante.

La falta de esa constancia podría indicar que el recurrente hubiese prescindido de obtener, mediante el pago respectivo, la copia de las piezas del proceso indispensables para la sustentación del recurso ante el superior.

En todo caso, háyase o no recurrido de hecho, la ausencia de constancia acerca del éxito o del fracaso de ese recurso no implica que se hubiese violado el derecho de defensa del opositor en el deslinde, ni que se hubiese incurrido en nulidad por incompetencia del juez de la causa.

La nulidad de que trata el numeral 1º del artículo 448 del Código judicial, ocurre cuando el juez carece de competencia para decidir en un asunto concreto. Competencia es la facultad que tiene un juez o tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República, según las voces del artículo 143 del Código Judicial.

b) Hay constancia en el acta del deslinde, de la manifestación del opositor en el sentido de que "los Puyana y Carlos Higuera han poseído en forma regular esas tierras por más de veinte años. En consecuencia, por ello tan sólo se puede deducir y se debe deducir que esas tierras las han adquirido Carlos Higuera y los anteriores propietarios por mera prescripción".

Si hubiera de tenerse esta manifestación como el planteamiento de una excepción de prescripción adquisitiva del dominio, *su falta de resolución en el fallo daría lugar a la formulación de un cargo en casación por la causal 2ª del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, referente a no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la acción o de la excepción. Nunca a la formulación de un cargo por nulidad en la tramitación del juicio, porque la ausencia de decisión acerca de una excepción perentoria expresamente planteada, no ocasiona nulidad de lo actuado.*

La falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado, es lo que constituye la inconsonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Esa falta de consonancia da lugar a la causal segunda de casación, y se presenta cuando se ha resuelto más de lo pedido (decisión ultra petita); cuando se ha sentenciado sobre algunos puntos que no han sido materia del litigio (decisión extra petita); y cuando no se ha fallado sobre algunas de las pretensiones alegadas oportunamente por las partes, entre las cuales se cuentan las excepciones propuestas (decisión mínima petita).

De lo expuesto se deduce que no existe la nulidad invocada por el recurrente y, en consecuencia, el cargo no prospera, por ninguno de los dos aspectos a que se refiere la censura.

Segundo cargo. Se hace por violación de ley sustancial, a causa de error de hecho en la apreciación del certificado número 1653 de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, que se adujo como prueba de la existencia de la sociedad demandante en el deslinde.

Para el recurrente dicho certificado adolece de graves deficiencias que lo hacen ineficaz para la demostración de la existencia de la "Sociedad Inversiones Agro-Industriales Limitada Sinaín"; y como el Tribunal aceptó la legitima-

ción en causa de tal sociedad el censor dice que aquél ignora o pasa por alto "la flagrante pretermisión" de un presupuesto procesal, quebrantando así los artículos 2º, 3º, 4º y 11 de la Ley 124 de 1937 y 469, 470, 471 y 472 del Código de Comercio.

Expresa el recurso que de dicho certificado aparece la constitución de la "Sociedad de Inversiones Agro-Industriales Limitada Sinaín", y quién es el gerente de la misma, la que surgió por modificación o reforma de la "Sociedad Inversiones Privadas Limitada", y agrega: "Pero sucede que aunque el ya señalado certificado número 1653 contiene la constancia sobre inscripción en el registro público de comercio para los efectos legales, que ocurrió el 22 de agosto de 1963, con relación a la 'Sociedad Inversiones Agro-Industriales Limitada Sinaín', se echa de menos allí semejante constancia, en cuanto hace o pudo hacer sobre la reformada 'Sociedad Inversiones Privadas Limitada', cuya escritura fue la número 1487 de 16 de mayo de 1962, de la Notaría Tercera del Circuito de Bucaramanga".

Estima el impugnante que esta es una deficiencia que impide tener el referido certificado como prueba de la existencia de la sociedad demandante en el deslinde y demandada en el ordinario.

Se considera:

Para acreditar la constitución o existencia de una Sociedad o Compañía Comercial, basta un certificado firmado por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio y sellado con el sello de ésta, en que consten los datos a que se refiere el artículo 40 de la Ley 28 de 1931, a saber: número, fecha y Notaría de la escritura de constitución y de las que en alguna manera la hubieren reformado; las indicaciones generales que se exigen para los extractos, según la clase de sociedad; y que la sociedad o compañía ha sido registrada en la Cámara de Comercio.

A folios 1 y 2 del cuaderno principal obra el certificado a que se refiere la censura, expedido por la Cámara de Comercio de Bucaramanga con fecha 24 de agosto de 1963, firmado por el Presidente y el Secretario y sellado con el sello de la institución, en el cual consta: que por escritura pública número 1487 de 16 de mayo de 1962, de la Notaría Tercera del Circuito de Bucaramanga, cuyo extracto se registró en esa Cámara el 18 de mayo del mismo año, bajo partida número 15, folios 31 a 33 del libro respectivo, Tomo 48, se constituyó la "Sociedad Inversiones Privadas Limitada", con duración de 5 años, contados desde la fecha de su constitución; que por escritura pública número 2089 de 30 de julio de 1963, de la Notaría Segunda de Bucaramanga, cuyo extracto se registró en dicha Cámara el 16 de agosto siguiente, se modificó el contrato social, en el sentido de que la sociedad seguiría funcionando bajo la razón social de "Sociedad de Inversiones Agro-Industriales Limitada Sinaín", habiéndose prorrogado el término de duración del contrato social a diez años, contados desde el 30 de agosto de 1963; que el domicilio de la sociedad es Bucaramanga y su duración desde el 16 de mayo de 1962 hasta el 30 de agosto de 1973; que el objeto principal de la sociedad "será el desarrollo de actividades agrícolas y ganaderas en los inmuebles que para dicho fin adquiera o reciba en arrendamiento, así como la compra y venta de toda clase de artículos industriales, comerciales, agrícolas y ganaderos", que los socios son Otoniel Beltrán Cruz, Crisanto Serrano Pinzón, Juan Francisco Villarreal, Ruth Quesada de Beltrán, Marlene Danner de Serrano y Margarita Gaviria de Villarreal; que el capital es de $ 600.000.00 dividido en seiscientas cuotas o partes sociales de un valor de $ 1.000.00 cada una, que ha sido íntegramente pagado por los socios, en la cantidad de $ 100.000.00 por cada uno de ellos; que la responsabilidad personal de cada uno de los socios queda limitada al aporte individual; que la administración de la sociedad estará a cargo de un gerente y un subgerente elegidos por los socios para períodos de dos años, pudiendo ser reelegidos; que en las faltas temporales del gerente, éste será reemplazado por el subgerente; que los socios delegan en el gerente la facultad de administrar y de hacer uso de la razón social; que son gerente y subgerente de la sociedad, respectivamente, los señores Crisanto Serrano P. y Juan Francisco Villarreal; que no aparece registro posterior a los arriba mencionados, de documentos referentes a reforma, disolución, liquidación o nombramiento de representantes legales de la "Sociedad de Inversiones Agro-Industriales Limitada Sinaín"; y que ésta fue inscrita en la Cámara de Comercio el 22 de agosto de 1963, bajo el número 2464, en el Registro Público de Comercio, para los efectos legales.

En esta forma el certificado en cuestión reúne suficientemente los datos indispensables, conforme al artículo 40 de la Ley 28 de 1931, para acreditar la constitución y existencia de la "Sociedad Inversiones Agro-Industriales Limitada Sinaín".

De anotar es, por otra parte, que si el certificado de la Cámara de Comercio de Bucaramanga no ameritarse en debida forma la constitución y existencia de la sociedad, debió atacarse el fallo por error de derecho en la apreciación de esa prueba, por haberle dado el sentenciador un valor que no tiene, según la ley; no por error de hecho, como lo hizo el recurrente, porque el Tribunal sí tuvo en cuenta la referida certificación y la vio tal como existe en el proceso.

El cargo no prospera.

Tercer cargo. La censura dice que la sentencia acusada "incurrió en violación de la ley sustantiva por error de derecho en la apreciación de la prueba, consistente en la manifestación hecha por el demandante en el juicio especial de deslinde y amojonamiento, en el punto cuarto de los hechos (folio 18 vuelto, cuaderno 1) relacionado con el punto 3º ibídem. La violación fue del artículo 900 del Código Civil, precisamente el indicado en su libelo por la sociedad demandante en deslinde y demandada en el juicio ordinario siguiente".

En desarrollo de este cargo anota el autor del recurso que los hechos 3º y 4º de la demanda de deslinde, indican que el bien raíz de la "Sociedad de Inversiones Agro-Industriales Limitada Sinaín", linda por el occidente con propiedades de Carlos Higuera Rueda, hasta llegar al cauce principal del río de Oro; y que dicha sociedad se halla en posesión regular del predio cuyo deslinde se solicitó.

Luego agrega que para que el juicio de deslinde sea procedente entre dos o más propiedades, es necesario que ellas linden entre sí; y que si un río se interpone entre dos fundos, no hay lugar a la acción de deslinde entre ellos, porque los ríos son bienes nacionales de uso público. Advierte que de atenerse el demandante a sus propias afirmaciones, "le hubiera resultado lógico deducir únicamente la eventual procedencia de una acción ordinaria de reivindicación".

La Corte considera:

El cargo quedó incompleto, porque siendo por error de derecho, el autor del recurso no debió contentarse con citar la norma sustancial que estimó infringida, sino que, además, también debió citar la disposición de valoración probatoria que hubiese considerado quebrantada. En la violación indirecta de ley sustancial por error de derecho en la apreciación de pruebas, es necesaria esa cita, como lo tiene repetido la jurisprudencia de la Corte.

No prospera el cargo.

Cuarto cargo. En el cuarto y último cargo se acusa el fallo del Tribunal por violación de ley sustancial "por falta de apreciación de determinadas pruebas".

El recurrente dice que el Tribunal dejó de apreciar los siguientes elementos de juicio, referentes al dominio, posesión regular y prescripción extraordinaria, por parte de Carlos Higuera sobre los terrenos de la hacienda "Río de Oro": los certificados de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bucaramanga, de 26 de noviembre de 1955 y de 14 de noviembre de 1963, visibles a folios 33 a 36 del cuaderno número primero del expediente; y las declaraciones recibidas durante la diligencia de apeo, de los testigos Pablo Torres, Jairo Gómez Rueda, José Pedro Antonio Pérez Rodríguez, Joselín Colmenares Merchán, Agustín Pérez Romero, Benito Mantilla González, Angel María Quesada Prada y Horacio Uribe Garay.

En relación con la prueba documental la censura agrega que el error del Tribunal consistió en creer que todos los predios de Carlos Higuera eran materia de deslinde con las propiedades de la "Sociedad de Inversiones Agro-Industriales Limitada Sinaín". "Es más —anota el recurso— el juzgado, y por tanto el Tribunal al confirmar esa sentencia de primera instancia, dejó de apreciar debidamente los títulos escriturarios de propiedad de las dos partes, comoquiera que al adquirir 'Sinaín' 'Campo Alegre', éste no era ya sino una parte desmembrada del predio anterior. Por tanto, los linderos del predio 'Sinaín' ya no podían ser los mismos linderos de sus antecesores. El predio de 'Sinaín' llegó a ser propiedad de esta sociedad desmembrado de otro, y sin acceso al río de Oro; así, la misma escritura pública número 2089 de 30 de julio de 1963, de la Notaría Segunda del Circuito de Bucaramanga, conocida de autos, por la cual 'Sinaín' adquirió su predio, reza que éste linda por el occidente con terrenos de herederos de David Puyana, hoy de Carlos Higuera, sirviendo de lindero en parte una cerca de alambre, desde un portón de golpe; y en parte, el cauce principal del río de Oro, de donde lo único legal y lógico es concluir que el predio de 'Sinaín', en cuanto linda con el del señor Higuera, se halla limitado por una cerca de alambre, pero no por el río de Oro, como equivocadamente lo hizo el juzgado en su diligencia de apeo".

En relación con los declarantes presentados por la "Sociedad Inversiones Agro-Industriales Limitada Sinaín" el recurso dice que ellos "no conocieron directa y responsivamente los linderos de las fincas disputantes" (sic); y que, en cambio, la prueba testimonial aducida por Carlos Higuera, "cuya fuerza y eficacia aparece desconocida en el fallo de segunda instancia que confirmó el del juzgado de origen, fue idónea, responsiva y conteste en las circunstancias o condiciones de tiempo, lugar y modo y exclusiva de las pretensiones de los demandantes en deslinde contra don Carlos Higuera Rueda".

Concluye que por la no apreciación de las pruebas a que se refiere el cargo, el Tribunal quebrantó el artículo 163 de la Constitución Nacional, los artículos 669, 762, 764 y 2531 del Código Civil, como normas sustanciales; y que, además, se infringieron las disposiciones de los artículos 593, 597, 600, 601, 630, 632 y 697 del Código Judicial.

Se considera:

El quebranto de la ley sustancial que, según la censura, cometió el fallador, ocurrió por falta de apreciación de las pruebas documental y testimonial que se indican en el desarrollo de este cargo.

Debe entenderse entonces que se hace por violación indirecta de la ley, pero no está formulado en debida forma, porque en tanto que en su primera parte, al referirse a la falta de apreciación de las pruebas que se indican, se plantea una censura por error de hecho, al final del mismo se invoca el quebranto de disposiciones sustanciales a que se llegó por vía indirecta, esto es, mediante la violación medio de normas de valoración probatoria, con lo cual el cargo se sitúa en el campo del error de derecho.

Los dos errores no pueden alegarse en casación simultáneamente, en un mismo cargo, respecto de unas mismas pruebas, por las notorias diferencias que tienen y que hacen imposible que puedan presentarse en esa forma. En efecto, en el error de derecho se parte de la base de una prueba existente en el proceso, a la cual se le da un valor que no tiene o se le niega el que tiene, según la ley; y desde el momento mismo en que se realiza esa tarea, ya no puede haber lugar al error de hecho, cuyo supuesto es el desconocimiento de la prueba que obra en autos, o el reconocimiento de una que no existe en ellos. Por eso la causal primera de casación impone al recurrente la obligación de acusar el fallo por uno u otro error. "Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de hecho, o en error de derecho que aparezca de modo manifiesto en los autos", dice el segundo inciso del numeral 1º del artículo 52 del Decreto 528 de 1964.

Por otra parte, el recurrente se quedó corto en la indicación de la ley sustancial quebrantada, comoquiera que en este cargo no cita la norma que otorga el derecho al deslinde de propiedades limítrofes. Cita los artículos 669, 762, 764 y 2531 del Código Civil, disposiciones que por sí solas no bastan para fundar un cargo por la causal primera como ajenas que son a la acción de deslinde y amojonamiento.

La indicación de la norma sustancial es fundamental en casación cuando se acusa el fallo por quebranto de ley sustantiva, en cualquiera de sus formas, y este requisito no se cumple con la cita incompleta de disposiciones referentes al caso del pleito, ya que es necesario indicar la totalidad de los textos legales violados que formen una proposición jurídica completa.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintitrés (23) de junio de mil novecientos sesenta y cinco (1965) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el presente juicio.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

EMBARGO Y SECUESTRO

La providencia de segundo grado decisoria del incidente de levantamiento, no es susceptible de recurso de casación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, agosto 31 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Aníbal Cardoso Gaitán.*

Se resuelve el recurso de hecho propuesto por Hernando Sandoval López en su condición de apoderado judicial de Fernando Rodríguez Prieto, contra el auto de 12 de mayo de 1967, por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dispuso no conceder el recurso de casación contra la providencia de 18 de noviembre de 1966, proferida dentro del juicio especial de venta de Arturo D. Hernández contra José Anastasio Bernal.

Antecedentes

Por escritura pública número 3291 de 14 de agosto de 1964, de la Notaría 10 de Bogotá, debidamente registrada, José Antonio Bernal Mayorga se constituyó deudor de Arturo Hernández en la suma de $ 30.000.00, y para garantizar su pago constituyó hipoteca de primer grado "... sobre el lote y casa de una planta, situado en la calle novena (9ª), marcado en su puerta de entrada con el número veintidós treinta y uno (22-31) de esta ciudad de Bogotá..." comprendido el inmueble por los linderos que se indican en dicho título.

En abril de 1965, el acreedor, para hacer efectiva su acreencia, inició acción de venta del bien hipotecado, señalando como demandado a su deudor, quien figuraba en el registro como su poseedor inscrito.

La primera instancia terminó con sentencia de 7 de junio de 1965, por medio de la cual se decretó la venta en subasta pública del inmueble y se ordenó pagar con su producto la obligación.

Prosiguió el juicio ejecutivo hasta que en diligencia de 25 de febrero de 1966 se adjudicó el inmueble al único postor José Florentino Lizarazo Ateortúa, por la suma de $ 61.300.00.

Con anterioridad, el 18 de febrero del mismo año, se secuestró el bien, y al efectuar la diligencia respectiva se encontró en él a la señora Alicia Mayorga de Rodríguez, quien expresando ser esposa de Fernando Rodríguez Prieto, manifestó: "No tengo nada que decir ... Yo creía que mi esposo ya había pagado la deuda".

Por escrito de febrero de 1966, Fernando Rodríguez Prieto compareció al proceso, y con base en el artículo 1023 del Código Judicial solicitó por medio de apoderado "... el levantamiento del embargo y secuestro de la casa afecta al juicio, por cuanto la misma es de propiedad, y tiene la posesión mi poderdante". A esta solicitud el juzgado del conocimiento le imprimió el trámite respectivo (articulación) y la decidió en auto de 14 de septiembre de dicho año, negando las pretensiones del articulante.

Contra la anterior resolución interpuso el promotor del incidente recurso de apelación, razón por la cual conoció el Tribunal Superior de Bogotá, entidad ésta que después de hacer las consideraciones pertinentes consignadas en el proveído de fecha 18 de noviembre de 1966, confirmó el auto apelado y condenó en costas en el recurso.

De la anterior providencia se solicitó reposición, y el Tribunal en auto de 14 de enero de 1967, después de dar las razones de derecho que lo asisten, no repuso su proveído de 18 de noviembre de 1966.

En escrito de 19 de enero de 1967, el articulante interpuso recurso de casación contra esta

providencia, y después de haberse corregido varias fallas de procedimiento, la Sala Civil del Tribunal, por auto de 12 de mayo de 1967, negó la concesión del recurso. Contra esta providencia el tercerista solicitó reposición y en subsidio recurrió de hecho. El Tribunal mantuvo su resolución primitiva y ordenó la compulsa de las copias respectivas, con las cuales el interesado presenta su petición ante la Corte.

Alegaciones del recurrente

El recurrente argumenta así para sustentar su pretensión:

El Tribunal califica en forma equivocada la providencia que puso término al incidente, al darle alcance de auto interlocutorio, siendo así que se trata, por el contrario, de una sentencia, "con todas las de la ley", porque su poderdante no puede seguir litigando en el mismo juicio, ni puede seguir alegando que la casa que le quitan es de él, ni le pueden aceptar más oposiciones como tercero en el momento de la entrega. Trae una definición de Arturo Orgas sobre sentencia, según la cual es la decisión definitiva dictada por un juez o tribunal en un juicio, que en materia civil "declara o reconoce derechos controvertidos". La providencia de que se trata —continúa— es definitiva, concluyente, y por tanto sentencia de las que pueden ser acusadas en casación por ser de segunda instancia dictada por los tribunales superiores... y en los juicios especiales cuyo fallo no sea revisable por la vía ordinaria". Que el artículo 467 del Código Judicial dice que los autos interlocutorios tienen fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio.

En seguida, dentro de una cita de un tratadista español, bajo el epígrafe "SENTENCIAS QUE TIENEN EL CONCEPTO DE DEFINITIVAS", destaca lo siguiente: "Tendrán el concepto de definitivas, para los efectos del artículo anterior además de las sentencias que terminan el juicio: 1º Las que recayendo sobre un incidente o artículo, pongan término al término (sic), haciendo imposible su continuación, y..."

Que aplicando esta doctrina al caso presente, —dice— la providencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá es una verdadera sentencia, por lo cual debe concederse el recurso solicitado.

La Corte considera:

1. Nuestro derecho procesal sólo admite acusar en casación las sentencias de segundo grado dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en los juicios ordinarios, y en los especiales cuyo fallo no sea revisable por la vía ordinaria, con excepción de los dictados en los juicios comprendidos en los títulos que enumera el artículo 50 del Decreto 528 de 1964. Esta disposición también se hace extensiva a las sentencias proferidas en juicios ordinarios que versen sobre el estado civil.

Por otra parte, sentencias son las que deciden definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste (artículo 466 del Código Judicial), y sólo las de segundo grado pronunciadas por los Tribunales Superiores pueden ser susceptibles de ser acusadas en casación.

2. Pueden interponer el recurso extraordinario las partes principales, esto es, el demandante o el demandado, siempre que quien lo proponga tenga interés por haber sido desfavorecido por el fallo del Tribunal. Además, lo pueden interponer el Ministerio Público, cuando actúa en representación de la sociedad, o un litigante litisconsorcial.

3. De conformidad con el artículo 482 del Código Judicial las sentencias no son revocables ni reformables por el mismo juez o Tribunal que las haya pronunciado. Sólo pueden aclararse los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda.

La ley no ha facultado al juez para reconsiderar sus sentencias, y "Los conceptos que pueden aclararse no son los que surjan de las dudas que las partes aleguen acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones del sentenciador, sino aquellas provenientes de redacción ininteligible, o de alcance de un concepto o de una frase en concordancia con la parte resolutiva del fallo" (*Gaceta Judicial*, Tomo XLIX, página 47).

Una sentencia definitiva no puede, pues, ser susceptible de recurso de reposición.

4. El artículo 467 del Código Judicial determina que "Los autos interlocutorios tienen fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio".

Este ordenamiento no establece que las providencias que tengan este carácter sean sentencias definitivas y por lo mismo puedan ser acusables en casación. Al respecto la Corte ha dicho: "El artículo 467 del Código Judicial habla de sentencia sin agregar el calificativo de definitiva.

El legislador quiso, indudablemente, ser consecuente con lo que había dicho en el artículo 466 sobre lo que él entiende por sentencia, es a saber: 'la resolución judicial que decide definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste'. Concuerda esa noción con la etimología de la palabra y con lo que tradicionalmente se ha entendido por sentencia definitiva. Definitiva viene de *definire* que significa terminar. Una sentencia es definitiva, según ello, cuando le da término al juicio. Un pleito se ha considerado fenecido cuando sobre él ha recaído ya el fallo que define la situación del demandado, ya sea absolviéndolo u obligándolo a aquello que de él pide el demandante'' (*Gaceta Judicial,* Tomo LX, página 336).

5. *El artículo 1023 del Código Judicial faculta a toda persona distinta de la ejecutada para obtener que se levante el secuestro de bienes alegando que los poseía al secuestrarlos, siempre que preste caución de indemnizar al ejecutante y terceristas, y agrega dicho artículo, ''esta solicitud se sustancia como un artículo ...''.*

6. *Las consideraciones anteriores llevan a la Corte a concluir que el recurso de casación interpuesto contra la providencia del Tribunal Superior de Bogotá de 18 de noviembre de 1966, no es procedente, por estas razones:*

a) *No es aquella decisión una sentencia definitiva que ponga fin al juicio de venta del bien hipotecado;*

b) *El recurso de casación no se interpone por una de las partes principales del juicio, o sea, por el demandante o el demandado; se formula por un tercero, que alega posesión del inmueble, y a quien la resolución le fue adversa respecto al levantamiento del embargo y secuestro, y que se tramitó mediante articulación de conformidad con el artículo 1023 del Código Judicial. Pero ni aún las partes principales en este juicio de venta, podrían interponer recurso de casación contra la sentencia definitiva, por ser el fallo revisable por la vía ordinaria (artículo 50 Decreto 528 de 1964);*

c) *Tanto el recurrente como el Tribunal entendieron que la providencia de que se trata era simplemente un auto interlocutorio. El primero, así lo demuestra, al interponer reposición contra ese proveído que ahora pretende se tenga por sentencia definitiva; y el segundo al considerar y resolver tal reposición, y*

d) *Para el tercer articulante dicha providencia pone fin al incidente de levantamiento de embargo y secuestro, más no pone fin al juicio de venta.*

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, declara bien denegado el recurso de casación interpuesto por el articulante contra la providencia del Tribunal de Bogotá de 18 de noviembre de 1966, que no accedió al levantamiento del embargo y secuentro del inmueble hipotecado, dictado dentro del juicio de venta de Arturo D. Hernández contra José Anastasio Bernal.

Por la Secretaría, dése cumplimiento al artículo 514 del Código Judicial.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívense estas diligencias.

Los Magistrados,

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

ACCION DECLARATIVA DE PERTENENCIA POR PRESCRIPCION

Falta a la técnica del recurso alegar error de hecho y error de derecho, simultáneamente, respecto de un mismo medio de prueba. El proveído que decreta o deniega la división de bienes comunes, es simplemente un auto interlocutorio.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil
Bogotá, agosto 31 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Arturo C. Posada.*

Herminia Mantilla viuda de Sarmiento, ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bucaramanga, citó a Ricardo Mantilla, Ana Dolores Mantilla de Corredor, David Mantilla, Esther Mantilla y Fidel Mantilla, para que en juicio ordinario se hicieran estas declaraciones:

"1º Que pertenece en dominio pleno y absoluto a la señora Herminia Mantilla viuda de Sarmiento, la parte del predio rústico denominado "El Salado", ubicado en la vereda del mismo nombre, del Municipio de Matanza, con casa de habitación de tapias, madera y tejas, cultivos de café, yuca, plátano y pastos, determinado por los siguientes linderos: "Por el norte, tomando del camino real que de Matanza conduce a Bucaramanga, de para arriba hasta dar al camino que conduce a Charta, deslindando con propiedades que fueron de Milciades Estévez, luego de José María Parra, hoy de Carlos Lozada, cerca de alambre y cimiento de piedra al medio; por el oriente, por un cimiento a dar a una mata de guadua, de ahí por un vallado a dar a la quebrada de Aguadulce deslindando con predios de Eliécer García y Antonio Corredor; por el sur, la quebrada de Aguadulce abajo hasta ponerse frente a un higuerón, deslindando con propiedades de Antonio Corredor, Rubén Suárez, Aurelio Carvajal y Pedro León Suárez; y por el occidente, parte linda con una parcela que posee y cultiva Ana Dolores Mantilla de Corredor, parte con el camino real que de Matanza viene a Bucaramanga, vuelve lindando con parcela de la misma Ana Dolores Mantilla de Corredor, hasta llegar al sitio donde existe o exitió una puerta de golpe y ahora un portillo de alambre, y de ahí para arriba por todo el camino real hasta dar al primer lindero, deslindando en este trayecto, con terrenos poseídos por la señora Mantilla de Corredor, por el camino real al medio con Esteban González, Ana Dolores de Corredor y Alejandro Ortega".

"2º Que se inscriba este fallo en el Libro Primero o en el que corresponda de la Oficina de Registro de este Circuito, para los fines indicados por el artículo 2434 del Código Civil conforme lo ordena el artículo 2º de la Ley 120 de 1928.

"3º Que ... si los demandados se oponen sean condenados a las costas y costos de este juicio".

Funda la demanda en hechos, cuya síntesis es la siguiente:

La demandante Herminia Mantilla viuda de Sarmiento hace más de veinte años que viene poseyendo con ánimo de señora y dueña la parte del inmueble denominado "El Salado" especificado en la primera de las peticiones, "y excluida la parcela de que está en posesión la señora Dolores Mantilla viuda de Corredor".

Durante este tiempo la actora "con sus recursos ha mantenido el inmueble en referencia en estado de limpieza y producción, ha atendido a las necesidades económicas que demanda su explotación, y ha realizado sin el consentimiento de persona alguna mejoras por medio de cerramientos, cultivos de café, legumbres, pastos, y al mismo tiempo se ha aprovechado de sus productos, sin reconocer dominio a nadie".

La posesión material que la demandante ha tenido sobre el inmueble dicho por más de vein-

te años ha sido continua, ininterrumpida y pública, pues nadie se ha presentado a pretender derecho alguno sobre él, y todos los actos posesorios los ha realizado a la vista de todo el vecindario.

Los demandados constituyeron un solo procurador que contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones "de la actora, quien ha tenido en parte el inmueble de que se trata en nombre de mis mandantes, reconociendo a éstos el derecho de dominio como comuneros".

Niega los hechos, porque la actora no ha poseído el predio con ánimo de dueña, ya que en distintas formas ha reconocido el derecho de los comuneros. Lo que sucede es que ella debe a los comuneros el valor de los frutos, excepto a Fidel Mantilla, a quien ha pagado una parte de los que le corresponden a él.

Y agrega: "Tal parece que con esta demanda la actora, que fue vencida en el juicio de partición que se siguió en ese juzgado, sólo pretende, fraudulentamente, prolongar el beneficio del predio sin entregar a mis poderdantes las partes de frutos que les corresponden".

Propuso la excepción dilatoria de inepta demanda que se declaró no probada.

El juzgado dio término a la primera instancia del juicio en sentencia de veintisiete de julio de mil novecientos sesenta y dos, por la cual resolvió:

"1º Declárase que pertenece a Herminia Mantilla viuda de Sarmiento, en dominio pleno y exclusivo, por prescripción extraordinaria adquisitiva, "el inmueble denominado 'El Salado', ubicado en la vereda del mismo nombre de la jurisdicción municipal de Matanza, con dos casas de habitación de tapias, madera y tejas, cultivos de café, yuca, plátano, determinado por los linderos" expresados en la declaración.

"2º En firme este fallo, inscríbase en el competente libro de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito.

"3º No se hace condenación en costas".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en la apelación propuesta por la parte demandada, por fallo de nueve de noviembre de mil novecientos sesenta y dos, revocó la decisión del inferior, y, en su lugar, negó las declaraciones impetradas, y condenó en las costas de la primera instancia a la parte demandante.

Considerandos de la sentencia de segunda instancia:

Previa referencia a la acción ordinaria y a la especial de pertenencia consagradas en los artículos 4º y 7º de la Ley 120 de 1928, lo mismo que a la estatuida por la Ley 51 de 1942, estima el Tribunal que, como no aparece acreditada la comunidad en la forma exigida por la ley, ni en la demanda se habla de ella, debe entenderse que no se trata en este juicio de la acción en favor de las personas a que se refiere la Ley 51 citada, sino de la general establecida por los artículos 2º y 4º de la Ley 120 de 1928.

Comenta lo preceptuado por los artículos 2512, 2531, 2532, 762 del Código Civil y 1º de la Ley 50 de 1936, y estima que como la posesión es un hecho, bien puede demostrarse por medio de testigos que establezcan los actos que, conforme al artículo 981 del Código Civil, la constituyen.

Con el fin de demostrar la posesión material del predio, objeto de la acción, la demandante adujo las declaraciones de Pedro León Suárez H., Gonzalo León Sánchez, Víctor Manuel Matajira, Juan B. León, Martín León, Zoila Cote León, Alejandro Ortega y Dídimo Villamizar, los cuales en su conjunto tienden a establecer que Mantilla viuda de Sarmiento "aparecía como propietaria del inmueble, pues daba tierras para cultivarlas, recolectaba las cosechas de café, cobraba los arrendamientos y ordenaba los trabajos de arreglo de cercas y reparación de casas de habitación, sin que les conste a estos testigos que en el ejercicio de su posesión, la actora haya reconocido dominio ajeno". Añade que de los ocho deponentes, siete afirman que la actora viene ejerciendo su posesión desde el año de mil novecientos treinta y ocho.

El sentenciador advierte que por la escritura 194 de 15 de agosto de 1941, otorgada en la Notaría de Piedecuesta, Honorio Cote Figueroa vendió a Herminia Mantilla viuda de Sarmiento el derecho de dominio que él tenía "en común y proindiviso" con Ana Dolores Mantilla de Corredor y la compradora sobre las nueve décimas partes del predio "El Salado", el mismo que es objeto de la acción de pertenencia, "según lo reconoce la parte actora en la adición de la demanda"; y que por escritura 261 extendida en la Notaría 1ª de Bucaramanga el 25 de febrero de 1943, Esther Mantilla de Gélvez vendió a la demandante Mantilla viuda de Sarmiento el derecho de dominio que tenía en una parte del predio.

Para el Tribunal, si la actora por medio de estas escrituras compró partes del predio, "lógico es concluir que, al menos, hasta la fecha de la

segunda adquisición, la compradora reconocía dominio de otras personas en el inmueble, circunstancia que descarta el *animus* necesario para que pueda tenerse por demostrada la posesión en el tiempo anterior a la fecha del instrumento, aunque otra cosa digan los testigos". Y como la demanda fue presentada el 10 de junio de 1961, aceptando que Mantilla viuda de Sarmiento hubiera comenzado a poseer en forma exclusiva el 25 de febrero de 1943, para la fecha de la demanda no había completado los veinte años que se requieren para adquirir el dominio por prescripción alegada en el libelo. Y lo mismo sucede si el término se cuenta desde la fecha de la primera escritura.

Observa que el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos da cuenta de que Herminia Mantilla viuda de Sarmiento compró a Honorio Cote las nueve onceavas partes del predio "El Salado", y que el 24 de febrero de 1943 aquélla le vendió a Esther Gélvez parte de lo que había comprado a Cote, "para luego al día siguiente volver a comprarle lo que le había vendido".

Para el fallador las compras que recogen las escrituras citadas, indican que la demandante no se consideraba dueña del inmueble, porque al realizar esas compras "estaba aceptando dominio ajeno. Y si esto es así, como en realidad lo es, la prueba testimonial que afirma lo contrario, carece de valor legal, pues a ello se opone la confesión expresa de la demandante, contenida en los instrumentos que se enuncian al comienzo de esta providencia".

Recurso de casación

La demandante impugnó la sentencia del Tribunal con el recurso extraordinario de casación que entra la Corte a resolver:

Propone dos cargos: el primero, por violación directa de los artículos 762, 2512, 2518, 2532 del Código Civil 2º de la Ley 120 de 1928 y 1º de la Ley 50 de 1936, a consecuencia de error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial; y el segundo, por quebranto indirecto de las mismas normas "por un doble error de hecho y de derecho al apreciar indebidamente las escrituras públicas presentadas por la parte actora".

Se estudia el segundo, que está llamado a prosperar.

Primer cargo. (Segundo de la demanda).

Lo formula en estos términos: "El Tribunal violó indirectamente los mismos preceptos invocados en el principio del aparte anterior sobre posesión material y prescripción adquisitiva del dominio.

"Y ello por un doble error: error de hecho al apreciar indebidamente las escrituras presentadas por la parte actora, atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen, que aparece de modo manifiesto en los autos, y error de derecho por errónea interpretación de los preceptos sobre pruebas que se indicarán en este aparte. Y aplicó también indebidamente el artículo 593 del Código Judicial, en lugar de aplicar los que consagran la acción de pertenencia".

Buscando demostrar este enunciado, expone razonamientos que se pueden compendiar así:

La demandante Mantilla viuda de Sarmiento adicionó la demanda para presentar las escrituras 194 de 13 de agosto de 1941, mediante la cual Honorio Cote Figueroa le vendió a ella las nueve décimas partes del predio "El Salado", y 261 de 25 de febrero de 1943, que contiene la venta que Esther Mantilla de Gélvez le hizo a la misma actora de un derecho de dominio que tenía en la sexta parte del predio.

Sobre este segundo instrumento anota el impugnante que el día anterior, o sea, el 24 de febrero de 1943, Mantilla viuda de Sarmiento le había vendido a Esther Mantilla de Gélvez la misma sexta parte del predio, según reza el certificado del Registrador. "La tradición inscrita sólo duró, pues, un día a favor de la señora Mantilla de Gélvez".

Copia los pasos de la sentencia donde se afirma que de las compras contenidas en las dos escrituras se concluye que "Al menos hasta la fecha de la segunda adquisición la compradora reconocía dominio de otras personas en el inmueble", circunstancia que descarta el *animus* para admitir la posesión en el tiempo anterior del segundo instrumento; y que en este reconocimiento hay una confesión expresa sobre la propiedad de otras personas en el inmueble *sub lite*.

Para demostrar que "las escrituras no contienen confesión", se refiere el acusador al artículo 1759 del Código Civil, según el cual, el instrumento público " 'en cuanto a las declaraciones que en él hayan hecho los interesados' ", hace plena fe solamente respecto a los declarantes mismos, no "en frente a terceros distintos".

Mantilla viuda de Sarmiento no ha demandado a "Honorio Cote Figueroa, porque no tenía por qué demandarlo, para que pueda alegarse que reconocía estar poseyendo a su nombre. Y en cuanto a la señora Esther Mantilla de Gél-

vez, ese reconocimiento hubiera durado un solo día, del 24 de febrero de 1943 al 24 (sic) de febrero de 1943. "Y si alguien prueba haber poseído anteriormente o posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio, según el texto del artículo 780 del Código Civil".

"Pero hay más, y es que la propia escritura 194 dice que Honorio Cote le transfiere 'el derecho de dominio o propiedad y posesión (sic) que tiene en las nueve onceavas partes que tiene en común y proindiviso con la señora Dolores Mantilla de Corredor y la misma compradora, en el predio 'El Salado' ".

"Luego es el propio instrumento el que afirma que la demandante tenía un derecho de dominio en el predio, aunque como comunera. Y malo para los demandados, de ellos no habla la mencionada escritura".

En el aparte b) de este capítulo de la demanda se extiende el recurrente en exponer que la demandante Mantilla viuda de Sarmiento no ha alegado posesión inscrita sino posesión material, como se repite en los cinco primeros hechos, en las peticiones y en los fundamentos de derecho del libelo inicial.

Los demandados en la contestación del libelo se refieren a esta posesión material, aunque la desconocen diciendo que la actora ha reconocido el derecho de ellos como comuneros, pero ella ha demostrado que es poseèdora exclusiva de 'El Salado'. Tampoco han aducido título inscrito alguno a su favor y en contra de la demandante.

"Es el Tribunal, de oficio, el que lo ha enfrentado, erróneamente. Los demandados sólo han enfrentado *su posesión como comuneros* a la posesión alegada por la actora; pero ésta les demostró que ella era la poseedora exclusiva del predio 'El Salado' ".

El punto c) lo dedica el recurrente a demostrar que "para la prescripción adquisitiva extraordinaria no se necesita título".

Alude al artículo 2531 del Código Civil que consagra la prescripción extraordinaria como modo de adquirir el dominio de las cosas que no han sido adquiridas por la ordinaria y expresamente dice que para aquélla "no es necesario título alguno".

Copia pasajes de un comentador que considera que para adquirir por prescripción extraordinaria basta la posesión irregular, en la cual pueden faltar uno o dos de los tres elementos que la pueden integrar, es decir, el justo título, la buena fe y la tradición, cuando la posesión tiene su origen en un título traslaticio de dominio.

"En este proceso la actora, prosigue el recurrente, estuvo ejerciendo la posesión con autonomía de títulos inscritos, con autonomía de los posibles derechos de nadie, ni de los demandados ni de terceros extraños".

Cita también la sentencia en que la Corte sentó la doctrina de que sólo la posesión material es la que tiene el efecto de producir la prescripción ordinaria o extraordinaria, no la llamada posesión inscrita, la cual carece de los elementos propios de la posesión, consistente en el conjunto de actos materiales propios del dominio o del derecho de que se trata.

Repite el censor que los demandados no alegaron la llamada posesión inscrita ni presentaron título ninguno registrado para acreditarla, sino que fue el Tribunal el que esgrimió oficiosamente los títulos inscritos.

Y anota que "la acción de pertenencia se ha intentado no contra personas desconocidas, según el artículo 6º y siguientes de la Ley 120 de 1928, sino contra determinadas personas, respecto de las cuales se ha hecho valer la prescripción, según los términos del artículo 4º de la misma ley".

La presentación por la demandante de las dos escrituras precitadas obedèció únicamente a reforzar, si cabía, su derecho al inmueble reclamado, aduciendo un título inscrito; y a agregar la posesión material de sus antecesores, pues, aunque no se citó el artículo 778 del Código Civil, se invocan las disposiciones concordantes del mismo código.

A la posesión material de la actora, los demandados no han impuesto ninguna de la misma naturaleza que contrarreste con la demostrada, ni título inscrito que quebrante las pretensiones de la misma. "Enfrentadas las partes —y no ninguna persona distinta— las pretensiones de la actora tienen que triunfar, porque ha demostrado frente a la contraparte que tiene la pertenencia por posesión material en las condiciones que la ley exige".

Y termina la sustentación del cargo así: "El Tribunal le dio, pues, un valor probatorio que no tienen, a las escrituras en que se basa la sentencia absolutoria, quebrantó directamente los preceptos que en este aparte se dejan citados, incurrió en errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos, como lo dejó demostrado, y no aplicó las disposiciones citadas al

principio del aparte anterior que harían viable la acción de pertenencia''.

La Corte considera:

La prescripción es uno de los modos de adquirir el dominio, expresa el artículo 673 del Código Civil. El 2512 del mismo preceptúa que la prescripción es un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas por haberlas poseído durante cierto lapso de tiempo. Esta prescripción es ordinaria y extraordinaria (artículo 2527). La primera requiere posesión regular no interrumpida durante diez años para los bienes raíces (artículos 2528 y 2529 ibídem).

La extraordinaria es una consecuencia de la posesión irregular que se caracteriza porque le faltan uno o más de los factores que integran la posesión regular, es decir, el justo título, la buena fe, y, cuando el origen de la posesión es un título traslaticio de dominio, la tradición, (artículos 770, 2531 ibídem). La posesión irregular para constituir la prescripción adquisitiva requiere un término de veinte años (artículo 2532 y 1º de la Ley 50 de 1936).

Para dar efectividad a este modo de adquirir el dominio, y especialmente para establecer el instrumento con qué hacerlo valer en cualquier momento contra terceros (artículos 758 y 2534), la Ley 120 de 1928, en su artículo 2º consagra la acción para pedir la declaración judicial de pertenencia, en favor del que tenga adquirido el dominio por usucapión.

Cuando la acción se dirige contra persona o personas, respecto de las cuales se pretende hacer valer la prescripción, se sigue un juicio ordinario (artículo 4º, Ley 120 de 1928), que es el caso contemplado en este litigio.

La demandante Herminia Mantilla viuda de Sarmiento busca la declaración de pertenencia del inmueble ''El Salado'', por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria, contra Ricardo David, Esther, Fidel Mantilla y Ana Dolores Mantilla de Corredor.

Aunque estos, al contestar la demanda, invocaron su condición de comuneros con la demandante en el inmueble *sub lite*, tal circunstancia no modifica la ritualidad del proceso, dado que el artículo 3º de la Ley 51 de 1943, que consagra la prescripción ordinaria y extraordinaria de un comunero contra los demás comuneros y contra terceros, dispone que las acciones consiguientes se deben deducir en juicio ordinario siguiendo el procedimiento establecido en la Ley 120 de 1928.

Quien pretende la declaratoria de pertenencia de un inmueble por prescripción, reza el artículo 5º de esta ley, debe probar que lo ha poseído realmente ''por medio de los hechos positivos a que da derecho el dominio según el Código Civil''. Compaginada esta norma con lo preceptuado por el artículo 1º de la Ley 200 de 1936, el demandante, en el juicio de pertenencia por prescripción, debe demostrar su posesión ordinaria o extraordinaria acreditando los hechos que constituyen la explotación económica del bien, ejercidos sin haber reconocido dominio de los demandados.

El Tribunal en la apreciación de las ocho declaraciones presentadas por la actora para acreditar su posesión exclusiva de ''El Salado'' desde el año de 1938, dice que ellas tienden a establecer que Mantilla viuda de Sarmiento ''aparecía como propietaria del inmueble, pues daba las tierras para cultivarlas, recolectaba las cosechas de café, cobraba los arrendamientos y ordenaba los trabajos de arreglo de cercas y reparación de casas de habitación, sin que en el ejercicio de su posesión, la actora haya reconocido dominio ajeno''. Observa que de los ocho testigos, siete afirman que esta posesión la viene ejerciendo desde el año de 1948.

A esta prueba no le da valor legal el sentenciador únicamente porque ''a ello se opone la confesión expresa de la demandante, contenida'' en las escrituras a que se refiere el cargo.

El enunciado de la censura por violación indirecta de normas sustanciales como consecuencia de un doble error de hecho y de derecho, falta a la técnica del recurso, que, de acuerdo con lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial bajo cuya vigencia se presentó la demanda de casación, no permite proponer al tiempo los dos yerros, ya que el uno, excluye al otro. En efecto, el error de derecho supone que el fallador sí vio, leyó y tuvo en cuenta la prueba a que la censura se refiere, pero le dio un mérito que no le reconoce la tarifa o le desconoce el señalado en ella. En tanto que si incurrió en error de hecho, por cuanto no vio una prueba aducida al proceso que acredita un hecho trascendental en él, mal podría valorarla, si no la vio; o porque supuso un medio no actuante en el juicio y dio como acreditado con él un hecho fundamental, la valoración de una prueba inexistente no puede constituir error de derecho. La invocación del doble error de hecho y de derecho en la apreciación de las escrituras presentadas por la demandante, sería suficiente para rechazar el cargo.

Pero como los razonamientos del impugnante se dirigen a demostrar que en las escrituras precitadas no obra la confesión o reconocimiento por parte de la actora de que los demandados son comuneros con ella en el inmueble en litigio, lo que en realidad constituye un error de hecho, dado que el Tribunal habría visto en aquellos medios un hecho no contenido en ellos, la Corte se ocupa en estudiar la censura en lo que respecta a este error.

La escritura 194 de 13 de agosto de 1943, autorizada por el Notario de Piedecuesta, informa que Honorio Cote Figueroa vendió a Herminia Mantilla viuda de Sarmiento "el derecho de dominio o propiedad y posesión que tiene en las nueve onceavas partes —9/11— en común y pro indiviso con la señora Ana Dolores Mantilla de Corredor y la misma compradora en un terreno denominado "El Salado" especificado y alindado como allí se expone; que las nueve onceavas partes las hubo el vendedor por compra a Francisco Sarmiento Silva al tenor de la escritura 239 de 6 de julio de 1939 otorgada en la misma Notaría; que el precio de la venta es la suma de quinientos pesos ($ 500.00) moneda legal que tiene recibida de la compradora; que no ha enajenado a ninguna otra persona el derecho que vende, el cual se halla libre de pleitos, limitaciones del dominio y condiciones resolutorias; que desde la fecha de la escritura pone a la compradora en posesión de las nueve onceavas partes, y que saldrá al saneamiento por evicción. La compradora Mantilla viuda de Sarmiento expuso: "que acepta la presente escritura y el contrato en ella contenido y que ha pagado al vendedor el precio de lo que compra".

No aparece ninguna manifestación de la compradora en que reconozca que ella estaba poseyendo el inmueble como comunera con los demandados, o que éstos eran condóminos con ella, sino simplemente que le compra a Cote Figueroa las nueve onceavas partes que éste dijo tener en dicho inmueble por haberlas adquirido de Francisco Sarmiento Silva. Es verdad que el vendedor manifiesta que los derechos que vende los tiene en común y *pro indiviso* con la compradora y con Ana Dolores Mantilla de Corredor, una de las demandadas, pero como de acuerdo con el artículo 1759 del Código Civil la verdad de las declaraciones hechas en los instrumentos públicos solamente hace fe entre las partes, la manifestación de Cote Figueroa, en cuanto se considere aceptada por la compradora Mantilla de Sarmiento, no hace fe sino entre los dos, no respecto de Ana Dolores Mantilla de Corredor que tiene el carácter de tercero en razón de que no fue parte en la compraventa. De otro lado la actora excluye en la demanda la parcela de "El Salado" que posee Ana Dolores Mantilla de Corredor. En lo que se relaciona con la apreciación de la escritura 194 es manifiesto que el Tribunal cometió un error de hecho en cuanto vio en ella una confesión o reconocimiento, por parte de Herminia Mantilla viuda de Sarmiento, del dominio de los demandados como comuneros con ella en la finca "El Salado".

La escritura 261, autorizada por el Notario 1º de Bucaramanga el 25 de febrero de 1943, recoge la venta que Esther Gélvez le hizo a Herminia Mantilla viuda de Sarmiento de la sexta parte del predio "El Salado"; en dicho instrumento se dice que el inmueble lo adquirió la vendedora de la misma compradora al tenor de la escritura 255, firmada en la dicha Notaría el 24 de febrero del mismo año, de lo cual no hay prueba en el expediente. En los términos de la escritura 261 tampoco hay confesión de que la compradora viniera poseyendo la finca *sub lite* en la condición de comunera con la vendedora y los demás demandados.

Sobre el alcance de la compra que un comunero en vía de prescribir haga de derechos de otro comunero sobre el inmueble que el primero viene poseyendo dijo la Corte en sentencia de 29 de enero de 1966 todavía no publicada: "La compra de derechos *pro indiviso* por comunero que está en vía de usucapir el terreno comunero de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 51 de 1943, no sería circunstancia por sí sola suficiente a destruir su propio *animus domini* excluyente anterior a los actos de tales adquisiciones, sino que podría entenderse como un medio de consolidar y afirmar aquel ánimo".

De lo expuesto se concluye que en las escrituras a que se contrae el cargo, no hay confesión o manifestación por parte de la demandante Mantilla viuda de Sarmiento sobre que los demandados son comuneros en el predio *sub lite;* y que, el Tribunal incurrió en error evidente de hecho al ver esa confesión, error que lo llevó a desconocer la posesión exclusiva de la misma Mantilla y la prescripción extraordinaria con flagrante violación de los artículos 2531 y 2532 del Código Civil y 2º de la Ley 120 de 1928.

La sentencia, por tanto, debe casarse, para proferir la que compete a la Corte como Tribunal de instancia.

Pero antes debe considerarse que los demandados, además de alegar que la actora ha reconocido en distintas formas sus derechos de comuneros, adujeron una copia del auto de 28 de

octubre de 1959 proferido por el Juzgado 3º Civil Municipal del Circuito de Bucaramanga en el juicio divisorio del predio "El Salado" promovido por Ana Dolores Mantilla de Corredor contra Herminia Mantilla viuda de Sarmiento y otros, por el cual "se decretó la división material del fundo rural denominado "El Salado", situado en jurisdicción del Municipio de Matanza y cuyos linderos constan en la parte motiva de esta providencia y en la demanda a que ha dado lugar la misma, entre los comuneros señores Ana Dolores Mantilla, Herminia Mantilla, Ricardo, Esther, Fidel y David Mantilla, y en lotes de acuerdo con sus derechos". Y también resolvió: "Declárase no probada la excepción de prescripción propuesta por el doctor José Sarmiento Mantilla al contestar la demanda en representación de la señora Herminia Mantilla viuda de Sarmiento.

Con la copia de esta providencia, obra también la de la sentencia de seis de marzo de mil novecientos sesenta y uno del mismo juzgado, en que se aprueba el trabajo de partición del predio rural "El Salado" entre sus condueños Ana Dolores Mantilla de Corredor, Herminia Mantilla viuda de Sarmiento, Ricardo Mantilla, Esther Mantilla, Fidel Mantilla y David Mantilla. Hay constancia de que el fallo se notificó por edicto el siete de abril del mismo año.

La copia tiene fecha 15 de febrero de 1962.

Se advierte que en el memorial de pruebas se pidió copia de las sentencias de primero y segundo grado proferidas en el divisorio precitado, y sólo se expidió la de las dos providencias proferidas por el juzgado, sin que se haya anotado si fueron apeladas o no.

Ha de estudiarse si el ordinal cuarto del auto que decretó la partición material del predio "El Salado", en el cual se declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por la demandante Herminia Mantilla viuda de Sarmiento, constituye una excepción de cosa juzgada respecto de la declaración de pertenencia en favor de la misma sobre el inmueble dicho por haberlo adquirido por prescripción adquisitiva extraordinaria. Porque, a primera vista, aparece que se trata de la misma causa, la prescripción extraordinaria, de la misma cosa, la finca "El Salado" y las mismas personas: Ana Dolores Mantilla, Herminia Mantilla, Ricardo, Esther, Fidel y David Mantilla en uno y otro juicio.

El artículo 473 del Código Judicial dispone: "La sentencia firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada, y hace nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes". Y el 474 estatuye: "Para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, se requiere que la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera y que haya identidad jurídica entre las personas".

El punto por definir es el de si la declaración de no haberse probado la excepción de prescripción propuesta por Herminia Mantilla viuda de Sarmiento en el juicio divisorio de la finca "El Salado" que contra ella y Dolores Mantilla de Corredor siguieron los demás comuneros citados, alcanza las consecuencias de la cosa juzgada en este ordinario en que Mantilla viuda de Sarmiento pide la declaración de pertenencia del mismo bien contra los demás Mantilla que figuraron como parte en el divisorio.

Al respecto se tiene que el artículo 473 del Código Judicial exige como primera condición de la cosa juzgada que la providencia que lleve este efecto sea una "sentencia firme dada en materia contenciosa". *Ahora bien, el Código Judicial regula el juicio de división de bienes comunes en el Título XL, en el cual se distinguen, en lo que a la división material de la cosa se refiere, dos etapas: la en que habiendo oposición de la parte demandada y vencido el término de prueba, o no habiéndola por tratarse de una cuestión de derecho, culmina con la providencia en que el juez resuelve si se decreta o si se niega la división material; y la segunda, en que, realizado el trabajo de partición, y no habiendo objeciones a él o resueltas las presentadas, se dicta sentencia por la cual se aprueba dicho trabajo, contra la cual la ley otorga el recurso de casación.*

La finalidad del juicio divisorio de un bien común que admite división material es la de que en él se adjudique a cada comunero la parte que corresponde a su derecho para poner fin a la situación de condominio. Por esta razón, la sentencia que pone fin al juicio y que resuelve en definitiva las pretensiones de las partes es la aprobatoria de la partición. El proveído que decreta o deniega la división es simplemente un auto interlocutorio y no "una sentencia firme dada en materia contenciosa".

Esta ha sido la doctrina de la Corte en relación con tal providencia: "La materia u objeto del juicio especial representado en el Título XL del Código Judicial no es simplemente que se decrete la división, sino que el bien común se parta materialmente, que cese el estado de co-

munidad indivisa y se produzcan todos los efectos jurídicos de la partición. De acuerdo con estas nociones no se puede decir que las resoluciones que dicte el juez con motivo de la oposición a la división demandada (artículos 1138 y 1139 del Código Judicial) o la en que la decreta al vencimiento del traslado de la demanda por no haber oposición, sean en su caso la sentencia definitiva de ese juicio especial, porque no recaen sobre la partición material misma que es el exclusivo fin de ese procedimiento ni le ponen fin al juicio, ni se las llama en el código con la denominación legal de sentencias sino que se las denomina reiteradamente como autos interlocutorios (artículos 1141, 1149, etc. del Código Judicial). A la especie de auto interlocutorio corresponde esta resolución judicial que pone fin al incidente de la oposición, que en el anterior procedimiento se tramitaba por la vía ordinaria y que fue reemplazada por la actual breve tramitación, por considerar que en esa forma se hacía prácticamente nugatorio el derecho que tiene todo comunero a no permanecer en indivisión; y como tal lo considera expresamente el artículo 1141 del Código Judicial al establecer que el recurso de apelación que se interponga contra él, a pesar de ser una resolución simplemente interlocutoria, ha de fallarse por el Tribunal en Sala de Decisión 'dada la importancia del auto que decreta o deniega la división'' (*Gaceta Judicial,* Tomo 47, página 403). En sentencia de 14 de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres se repitió textualmente esta doctrina (Tomo 76, página 48).

''La resolución que decreta la división material de una cosa común no tiene el carácter de sentencia definitiva que es la que hace tránsito a cosa juzgada. Los artículos 1139, 1141 y 1149 del Código Judicial le dan estos nombres 'providencia, el primero' y autos los dos últimos'' (página 308 ibídem).

''El proveído que decreta la división de bienes comunes, es auto interlocutorio, porque cierra la primera etapa del juicio y abre la segunda, o sea la de la partición propiamente dicha, la cual ha de concluir con la providencia que es la sentencia definitiva aprobatoria de la partición, de cuya ejecutoria y registro dependen los efectos propios de la comunidad.

''La comisión redactora del Código Judicial expuso: '' 'Dada la importancia del auto que decreta o deniega la división, se propone en —el artículo 1141 que la apelación contra la correspondiente providencia se falle por el Tribunal Superior en Sala de Decisión, aunque se tramita como la de un auto interlocutorio' '' (Tomo 79, página 146).

Esta la razón por la cual la Ley 51 de 1943, que establece la prescripción ordinaria y extraordinaria entre comuneros, para hacerla valer como acción o como excepción, en el parágrafo primero del artículo 2º, dispone: ''Esta acción para obtener la declaratoria judicial de dominio podrá instaurarse aunque anteriormente se haya demandado la división de la comunidad, de acuerdo con las disposiciones del Código Judicial''.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que la providencia en que el juez declaró no probada la excepción de prescripción alegada por Herminia Mantilla de Sarmiento en el divisorio aludido no tiene los efectos de cosa juzgada con relación al juicio sobre pertenencia del inmueble ''El Salado'', instaurado con posterioridad al divisorio.

No hay, por consiguiente, óbice para proferir el fallo que compete a la Corte como consecuencia de la prosperidad del cargo analizado.

Los testigos presentados por la actora declaran en síntesis así:

Pedro Suárez Hernández conoce la finca ''El Salado'' hace más de veinte años, y lleva seis de estarla administrando. Por estas razones, le consta que Herminia Mantilla viuda de Sarmiento es la que figura como dueña, porque ella ordena todo lo que hay que hacer, paga los gastos de mejoras, como reparaciones de cercas, arreglo de habitaciones, y el valor de las semillas. El deponente en su empleo de administrador recolecta las cosechas de café y demás que produce la finca, y le entrega lo que le corresponde a ella, quien es considerada como dueña ''sin que persona alguna le haya impedido ejecutar tales actos''. Mantilla viuda de Sarmiento viene en posesión del predio desde el año de mil novecientos treinta y ocho en forma ininterrumpida (folios 16 vuelto y 17, cuaderno 1º y 3 vuelto, cuaderno 3º).

Gonzalo León Sánchez (folios 13 vuelto, cuaderno 1º y 4, 4 vuelto, cuaderno 3º), trabajó durante once años como administrador de ''El Salado'', contratado por Herminia Mantilla de Sarmiento, quien la manejaba como de su propiedad. En la misma finca había algunos aparceros los cuales le daban a ella su parte de cultivos, inclusive de las cosechas de café, o le pagaban los arrendamientos. Por su cuenta se hacían las reparaciones de cercas, arreglo de patios para cuidado del café y aún de las casas

ocupadas por colonos. Desde el año de 1938 ejerce aquélla actos de dueña sin que nadie se lo haya impedido.

Víctor Manuel Matajira (folios 7 vuelto y 8, cuaderno 1º y 9, cuaderno 3º). Cuando declaró en 1960 era aparcero en el inmueble litigado. Por tal razón le consta que Mantilla viuda de Sarmiento es considerada como propietaria de él, la manejaba como suya; el administrador recoge las cosechas de café y demás sementeras y "le entrega las cuentas a la patrona señora Herminia y nadie se lo ha impedido hasta el presente. La posesión la trae ejerciendo actos de dueña desde el año de 1938 sin interrupción".

Juan Bautista León (folios 10 y 10 vuelto, cuaderno 1º, 9 vuelto, cuaderno 3º). En el año de 1944 fue contratado por Herminia Mantilla viuda de Sarmiento para trabajar en la citada finca, y permaneció en ella por espacio de unos doce años, sin que nadie le interrumpiera los actos de dueña, ni le reconociera dominio a ninguna persona. En la actualidad tiene un mayordomo, quien por cuenta de ella da semillas, "recoge las cosechas en compañía con los aparceros, recolecta las cosechas de café recibiendo lo que le pertenece de ellas y es la que manda en esos terrenos ejecutando los derechos de dueña y señora".

Martín León (folios 11, 11 vuelto, cuaderno 1º, 10, cuaderno 3º). Fue aparcero durante unos diez años en "El Salado"; le entregaba la parte de los cultivos a Mantilla viuda de Sarmiento, la cual era considerada como propietaria porque lo administraba como tal, "daba las tierras para cultivarlas, recibía lo que le correspondía, recolectaba las cosechas de café, ordenaba mejoras en la finca ... y mandaba sobre tales terrenos como señora dueña". Ella ha manejado en tal forma la finca de modo ininterrumpido desde el año de mil novecientos treinta y ocho, lo que le consta "por haber trabajado en ella cuando estaba joven".

Zoila A. Cote de León (folios 4 y 4 vuelto, cuaderno 1º, 10 vuelto, cuaderno 3º). Por haber vivido con su esposo en la finca por espacio de unos once años, le consta que Herminia Mantilla viuda de Sarmiento ha sido considerada siempre como dueña del predio "El Salado", porque ella es la que manda y demanda en él; cobra los arrendamientos, recoge las cosechas de café y demás sementeras que allí se cultivan en compañía de los aparceros; ella ordena los trabajos de la finca por su cuenta, como arreglos de cercas, reparación de las casas de habitación existentes en él; ha mandado siempre en la finca sin que nadie se lo impida ejerciendo esta posesión desde el año de mil novecientos cuarenta y ocho.

Alejandro Ortega (folios 8 y 8 vuelto, cuaderno 1º, 11, cuaderno 3º). Hace diez años trabaja en la finca "El Salado", por esta razón le consta que Mantilla viuda de Sarmiento es la que manda como dueña de aquel predio ejecutando los mismos actos a que se refieren los testigos anteriores; y que está en posesión de él desde el año de 1938.

Dídimo Villamizar (folios 19 y 19 vuelto, cuaderno 1º, 11 vuelto, cuaderno 3º). También trabajó en la finca del litigio como aparcero hace unos diez años. En razón de esta circunstancia le consta que Mantilla viuda de Sarmiento es considerada como dueña de tal inmueble sin que nadie le haya impedido este derecho. Es así como ella por medio de administradores da las semillas y demás elementos necesarios para los cultivos; recolecta las cosechas de café y recibe la parte que le corresponde de las sementeras. Hace más de veinte años que viene en posesión del inmueble sin que le haya reconocido dominio a nadie.

Todos estos declarantes dicen que la única posesión que ha reconocido la actora es la que tiene en otra parcela distinta del predio ocupado por ella, Dolores Mantilla viuda de Corredor, la cual excluye expresamente la demanda.

En inspección ocular practicada con intervención de testigos actuarios por el juzgado del conocimiento, fue identificada la finca "El Salado" por los linderos dados en la demanda; se tomó nota de que hay "dos casas de habitación de tapias, madera y tejas, cultivos de café, plátano, yuca", y se hicieron presentes Pedro León Suárez Hernández administrador desde hace seis años, y Gonzalo León, quien también fue administrador antes del actual por once años, e informaron, el primero que maneja y el segundo que administró el inmueble por cuenta de Herminia Mantilla viuda de Sarmiento.

De los testimonios aportados por la parte demandada está el de Juvenal León (folios 40 y 40 vuelto, cuaderno 4º), en el cual se lee que conoce "El Salado" desde cuando vivían Justiniano Mantilla, a quien le ayudaba el declarante a recoger las cosechas de café, y que a su muerte quedó para los hijos, pero que quien siempre ha mandado en ella es Herminia, con excepción de Dolores Mantilla viuda de Corredor, la cual desde entonces ha tenido la posesión de una parcela. Trabajó como aparcero de la primera y

a ella le daba cuenta del producido de las cosechas, y que a su costa ella ha tenido varios administradores de la finca como Gonzalo León y luego Pedro León Suárez, quien es el mayordomo actual.

El de Juan Bautista Jaimes (folio 11 vuelto) que informa conocer la finca *sub lite* hace unos diez años, y trabajó cinco como aparcero de la actora, en cuya condición le entregaba la parte de las cosechas, y ella a su vez recomendaba al testigo para que se las diera a Pedro León Suárez, quien administraba el inmueble por cuenta de aquélla. Así mismo le consta que Ana Dolores Mantilla viuda de Corredor posee una parte de la misma finca, con quien tuvo cultivos.

Agripina García viuda de Carvajal (folio 43 ibídem). Manifiesta conocer el predio de "El Salado" desde hace más de veinticinco años, y desde entonces trabaja en una parcela que en él tiene Ana Dolores Mantilla viuda de Corredor, pero la que manda en casi toda la finca es Herminia Mantilla viuda de Sarmiento.

Antonio Corredor —volumen 42 y 42 vuelto—. Informa que conoce la finca mencionada hace treinta y dos años; que trabajó en ella como aparcero por cuenta de Herminia Mantilla viuda de Sarmiento, quien recibía las partes que le correspondían por intermedio de Fidel Mantilla; que los demás comuneros nada recibían a excepción de Ana Dolores Mantilla viuda de Corredor la cual tiene un lote de la misma finca el que cultiva como dueña y continúa en posesión material de él.

Félix Gélvez Sanabria —folio 38 vuelto— cónyuge de la demandada Esther Mantilla, dice que en 1935 Francisco Sarmiento, esposo de Herminia, lo posesionó de unos lotes de "El Salado" junto con casa de habitación, donde estuvo por espacio de diez años cultivándolos como dueño, porque su esposa tenía un derecho equivalente a una sexta parte como heredera legítima.

José Osorio —folio 39 vuelto—. Declara que fue aparcero de Leonardo Corredor, cónyuge de Ana Dolores Mantilla en la parcela que ésta ha tenido en posesión.

Del grupo de testigos traídos por los demandados, los cuatro primeros, o sea, Juvenal León, Juan Bautista Jaimes, Agripina García viuda de Carvajal y Antonio Corredor, confirman la posesión de la actora Mantilla viuda de Sarmiento.

El testimonio de Gélvez sobre la posesión que tuvo de parte del predio "El Salado" por espacio de diez años desde 1935, como cónyuge de la demandada Esther Mantilla, es único, y, de otra parte, inadmisible por parcialidad conforme a los términos del artículo 669, ordinal 1º del Código Judicial.

El dicho de José Lozada de que, veinte años antes de declarar, quien mandaba en la finca era Fidel Mantilla, y que en 1942 fue aparcero de éste en ella, también es único y, por lo mismo, debe ceder ante la múltiple prueba testimonial aducida por la actora.

También obran en el cuaderno de pruebas de la parte demandada algunas cartas, marconigramas, telegramas y avisos de bancos sobre giros que ninguna relación guardan con el reconocimiento del derecho de los destinatarios por parte de Herminia Mantilla, como pasa a verse:

Al folio 1º hay una carta de J. Sarmiento Mantilla a Fidel Mantilla Parra en que le pide le acuse recibo del giro de $ 100.00 hecho por intermedio del Banco de Colombia, suma correspondiente a la sexta parte de lo recolectado del trigo. J. Sarmiento Mantilla no figura en este juicio como parte ni como apoderado de la demandante.

Al folio 3 hay un papel suscrito por Herminia, sin fecha, dirigido a Fidelito en el cual le anuncia que le envía "el giro con los 30 que me prestaste para pasajes".

El marconigrama (folio 7) de San Gil, dirigido por Herminia a Fidel Mantilla dice simplemente: "¿Recibió giro?" La carta del folio 9 de Herminia a Fidel trata de que pensó hacerle el giro, pero que si viene a semana santa, mejor "te llevas tu plata o avísame si te hago por el Banco de Colombia con lo que me prestaste para el viaje". El Banco Comercial Antioqueño de San Gil, febrero 1º de 1957, le avisa a Fidel Mantilla en Bogotá que le remite el cheque 31/503987 por $ 500.00 a cargo de Bancoquia por cuenta de Herminia de Sarmiento (folio 10 ibídem). El telegrama de 5 de septiembre de 1950 para Fidel en Bogotá pero sin designación del remitente reza: "Giro Bancolombia. Abrazos". A los folios 12, 13 y 15, se leen telegramas puestos por Josesar a Fidel Mantilla para que reclame giro Bancolombia. El del folio 8 reza: "Reclame Bancoquia conejos lindos". El Banco de Colombia de Bogotá en septiembre 15 de 1950 y 21 de marzo de 1951 le pide a Fidel Mantilla Parra que concurra a la oficina de giros (folios 16 y 16 vuelto). En un papel escrito a lápiz firmado por Gonzalo sin fecha le dice a Fidel que el viernes próximo le manda el maíz que le pide, y le da cuenta de

que le ordena no entregar ni hacer evolución sobre el maíz sin orden de ella. Finalmente en la carta para Fidel de su sobrina Cecilia le dice de parte de su mamá que reclame en el Banco de Colombia que no le pone telegrama. El relato del contenido de estos documentos pone en evidencia que de ellos no resulta ningún hecho que implique un reconocimiento expreso o tácito por parte de la actora de que Fidel Mantilla era comunero con ella en el predio de "El Salado".

En definitiva, Herminia Mantilla, por medio de la prueba testimonial que adujo al juicio, confirmada con el dicho de varios de los declarantes presentados por la parte demandada, ha demostrado a plenitud que poseyó con anterioridad a la presentación de la demanda de pertenencia de la finca "El Salado" por un tiempo superior de veinte años y que, por lo tanto, lo ha hecho suyo por el modo llamado prescripción adquisitiva o usucapión.

Los demandados, en cambio, no lograron demostrar que su derecho fuera reconocido en forma expresa o tácita por la actora.

La sentencia del juzgado debe confirmarse en todas sus partes.

La Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, en mérito de las razones expuestas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el nueve de noviembre de mil novecientos sesenta y dos en el juicio de pertenencia seguido por Dolores Mantilla viuda de Sarmiento contra Ricardo Mantilla, Ana Dolores Mantilla de Corredor, David Mantilla, Esther Mantilla y Fidel Mantilla y en su lugar,

Resuelve:

1º Confírmase en todas sus partes la sentencia de primera instancia que tiene fecha veintisiete de julio de mil novecientos sesenta y dos.

2º Sin costas en el recurso.

3º Las costas de la segunda instancia a cargo de la parte demandada.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

FILIACION NATURAL

Causal 2ª de casación. Derecho hereditario del hijo natural en concurrencia con hijos legítimos del mismo padre o madre. Carácter del fallo que reconoce una filiación natural y su efecto retroactivo.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, septiembre 6 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 6 de agosto de 1965, proferida en este juicio ordinario de Antonio o Luis Antonio Sefair Angel contra la sucesión de Antonio Sefair Kanaan.

— I —

Antecedentes

1. Antonio Sefair Kanaan casó católicamente con Erlinda Name el 1º de julio de 1922 y de esa unión nacieron: Antonio el 29 de julio de 1923; José Miguel el 19 de enero de 1926; Eduardo el 19 de enero de 1928; Olga María el 21 de diciembre de 1929 y Guillermo el 25 de mayo de 1932 (folios 14 a 19, cuaderno principal).

2. Erlinda Name falleció al nacer su último hijo y Antonio Sefair Kanaan contrajo segundas nupcias con Julia Chaljub el 16 de septiembre de 1933. De ese matrimonio nacieron Ana Julia Sefair Chaljub el 6 de septiembre de 1940 y Jaime Sefair Chaljub el 5 de octubre de 1941.

3. Antonio Sefair Kanaan murió el 10 de enero de 1960. Había otorgado testamento cerrado el 20 de enero de 1948, en el cual dispuso que sus bienes se repartiesen entre sus hijos legítimos (los cinco del primer matrimonio y los dos del segundo) y la cónyuge sobreviviente, Julia Chaljub, en la proporción indicada en la cláusula novena del referido testamento.

4. Antonio o Luis Antonio Sefair Angel, hijo de María Belén Angel, nació en 1919 (folio 26, cuaderno número 1) y habiendo demandado a Antonio Sefair Kanaan para que se le declarase hijo natural suyo, obtuvo tal declaración por sentencia de segundo grado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 3 de agosto de 1955, que la Corte no casó, según fallo de 18 de mayo de 1956.

— II —

La demanda

Con fundamento en los hechos que se dejan relacionados y creyéndose con derecho a la herencia de su padre natural, en concurrencia con los hijos legítimos de éste, Antonio o Luis Antonio Sefair Angel demandó a la sucesión de Antonio Sefair Kanaan, representada por sus hijos legítimos, la cónyuge sobreviviente y el albacea testamentario, para que previos los trámites de un juicio ordinario se hiciesen estas declaraciones:

"a) Que el demandante Luis Antonio Sefair Angel, en su condición de hijo natural reconocido judicialmente frente al legítimo contradictor Antonio Sefair Kanaan, es legitimario de éste con vocación para concurrir como heredero del *de cujus* con sus referidos hijos legítimos, en una cuota hereditaria equivalente a la mitad de la correspondiente a uno de éstos;

"b) Que por estar ilíquida la herencia de Antonio Sefair Kanaan y ocupada por los demandados Antonio, José Miguel, Eduardo, Guillermo Sefair Name, Olga María Sefair Name de

Cobo, Ana Julia y Jaime Sefair Chaljub en calidad de herederos legitimarios a la vez *ab intestato* y testamentarios suyos, por la cónyuge supérstite en su condición de tal, y por el albacea ya mencionado, con tenencia de bienes, según el correspondiente juicio sucesorio de que conoce actualmente el Juzgado 5º Civil de este Circuito, se adjudique por usted al demandante señor Sefair Angel la mencionada cuota hereditaria sobre los bienes relictos; y se condene a los demandados a la restitución de los correspondientes bienes hereditarios muebles e inmuebles, tanto corporales como incorporales, con sus respectivos aumentos y frutos, bienes relacionados en los inventarios practicados y que se practicaren en el referido juicio de sucesión;

"c) Que el testamento cerrado que el *de cujus* otorgó el día 20 de enero de 1948, habiéndose surtido la correspondiente escritura pública ante el Notario Segundo del Circuito de Bogotá, es nulo, por los conceptos de error y objeto ilícitos, en sus cláusulas novena, undécima, duodécima, decimacuarta, decimanovena y vigésima;

"ch) Que se oficie al Juez 5º Civil de este Circuito en el sentido de hacerle saber la iniciación del presente juicio, a efecto de que disponga la suspensión de la partición y adjudicación de los bienes hereditarios, en virtud de lo previsto en los artículos 1387 y 1388 del Código Civil.

"d) Que se ordene al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito Judicial de Bogotá que tome razón de la presente demanda en el libro de registro de demandas civiles, por ser integrantes de la universalidad del patrimonio hereditario los inmuebles inventariados en el mencionado juicio de sucesión, que en esta demanda se singularizan en las respectivas afirmaciones; todo ello para los efectos de los artículos 1º y 2º de la Ley 38 de 1945;

"e) Que se oficie a los gerentes del Banco Central Hipotecario y del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. en Bogotá haciéndoles saber del presente juicio, a fin de que las correspondientes acciones nominativas y cédulas extendidas al señor Antonio Sefair Kanaan no puedan ser transferidas a terceros;

"f) Que se condene a los demandados en las costas de este juicio".

Subsidiariamente solicitó:

"g) Que el demandante Luis Antonio Sefair Angel, en su condición de hijo natural reconocido judicialmente frente al legítimo contradictor Antonio Sefair Kanaan, es legitimario de éste con vocación para concurrir como heredero del *de cujus* con sus dos hijos legítimos los menores Ana Julia y Jaime Sefair Chaljub, en una cuota hereditaria equivalente a la mitad de la correspondiente a uno de éstos;

"h) Que por estar ilíquida la herencia de Antonio Sefair Kanaan y ocupada conjuntamente con los demás demandados por los menores Sefair Chaljub, en calidad de herederos legitimarios a la vez *ab intestato* y testamentarios suyos, tal como se adelanta el correspondiente juicio sucesorio de que conoce actualmente el Juzgado 5º Civil de este Circuito (de Bogotá), se adjudique por usted al demandante señor Sefair Angel la mencionada cuota hereditaria sobre los bienes relictos y se condene a los citados menores Ana Julia y Jaime Sefair Chaljub a la restitución al demandante, de los correspondientes bienes hereditarios muebles e inmuebles, tanto corporales como incorporales, con sus respectivos aumentos y frutos, bienes relacionados en los inventarios y que se practicaren en el respectivo juicio de sucesión".

Hizo además estas otras súplicas subsidiarias:

"i) Que por haber ocurrido la delación de la herencia de Antonio Sefair Kanaan con posterioridad al reconocimiento judicial del demandante como hijo natural suyo, éste es legitimamario de aquél, con vocación para concurrir en su calidad de heredero del *de cujus* bien con todos los referidos hijos legítimos del mismo en una cuota hereditaria equivalente a la mitad de la correspondiente a uno de ellos, o bien en concurrencia con los dos hijos legítimos Ana Julia y Jaime Sefair Chaljub (concebidos y nacidos con posterioridad a la vigencia de la Ley 45 de 1936), en una cuota hereditaria equivalente a la mitad de lo que corresponda a uno de éstos, conforme a lo que proceda en derecho;

"j) Que en consecuencia se reforme a favor de Luis Antonio Sefair Angel, demandante, el testamento cerrado que Antonio Sefair Kanaan otorgó el 20 de enero de 1948 (habiéndose otorgado el correspondiente instrumento público ante el Notario 2º del Circuito de Bogotá), por no haberle éste asignado en ese entonces, lo que por ley corresponde al demandante en su condición de hijo natural suyo;

"k) Que por consiguiente, se condene de acuerdo con lo que proceda en derecho a todos los hijos legítimos del *de cujus* o solamente a los hijos legítimos los menores (en la actualidad) Ana Julia y Jaime Sefair Chaljub a la entrega al demandante, de los efectos hereditarios sufi-

cientes para integrar la cuota que al mismo corresponda en el patrimonio herencial, según sea el caso, y en uno o en otro evento, conjuntamente con el albacea con tenencia de bienes, y con la cónyuge supérstite''.

La parte demandada se opuso a las pretensiones del actor y en relación con los hechos manifestó que estaría únicamente a lo que resultase probado en el juicio.

La demanda correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, el cual absolvió a los demandados de los cargos formulados en el libelo inicial, según fallo de 11 de agosto de 1964, cuya parte resolutiva dice:

''Primero. Declárase no probada la acción intentada por Luis Antonio Sefair Angel contra la sucesión del señor Antonio Sefair Kanaan, representada como se dijo en la parte motiva de esta providencia.

''Segundo. Niéganse, en consecuencia, todas las súplicas, tanto principales como subsidiarias de la demanda.

''Tercero. Absuélvese a la parte demandada de los cargos formulados en el libelo.

''Cuarto. Condénase en las costas del juicio a la parte demandante.

''Quinto. Ordénase revalidar, dentro de la ejecutoria de este fallo, el papel común empleado en la actuación''.

El demandante apeló y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al decidir el recurso, confirmó la decisión del juzgado, en sentencia de 6 de agosto de 1965.

Este es el fallo materia del presente recurso de casación.

— III —

Consideraciones de la sentencia impugnada

Transcribe el Tribunal el artículo 28 de la Ley 45 de 1936 y comenta que esa norma legal está mostrando de modo nítido y sin lugar a dudas, que los hijos extramatrimoniales concebidos antes de la vigencia del nuevo estatuto, carecen de vocación hereditaria en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores al mismo estatuto. ''En consecuencia, —dice el fallo acusado— con hijos legítimos, que aun cuando concebidos después, lo sean de matrimonios contraídos con anterioridad, carecen de vocación hereditaria, es decir, que el legislador fue muy cauteloso al amparar no sólo los derechos de los hijos legítimos concebidos o nacidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 45 de 1936, sino también en sustraer de sus consecuencias a la institución de la familia legítima creadas (sic) simplemente por el hecho del matrimonio''.

Agrega el sentenciador que el Tribunal no puede apartarse del texto claro del artículo 28 citado, aun cuando pueda haber argumentos para criticarlo, pues que la ley debe aplicarse en su exacto y cabal contenido. Después dice:

''El actor pretende concurrir a participar en la herencia del finado señor Luis Antonio Sefair [(sic) debió decirse Antonio Sefair Kanaan] condescendientes legítimos de éste, que nacieron de vínculo matrimonial existente antes de iniciarse el imperio de la ley citada; luego, resalta que la pretensión en estudio no es acorde con el derecho vigente al tiempo de la delación de la herencia (artículos 1013 y siguientes del Código Civil).

''Incuestionable es que el demandante posee la calidad de hijo natural del fallecido señor Sefair, como que ello está acreditado con desiciones judiciales que llevan el sello de la cosa juzgada (artículos 474 y siguientes del Código Judicial y 17, 401 del Código Civil), pero lo cierto es que tal calidad está lejos de traer consigo la consecuencia del surgimiento de un derecho a participar en la masa herencial y a la respectiva reforma del acto testamentario del causante (artículos 1321 y siguientes del Código Civil). Ese estado civil del demandante (artículos 23, 346 citados del Código Civil) ante la legislación que rige (Ley 45 de 1936) no define que sea legitimario, ni definió tal cosa en la legislación que precedió, de donde fluye que es ajustado a derecho lo resuelto por el señor juez del conocimiento. Aún si surgieran dudas sobre el particular, ellas podrían despejarse recordando lo previsto por el artículo 25 de la Ley 153 de 1887, que dice: 'Los derechos de los hijos legítimos o naturales se sujetan a la ley posterior en cuanto su aplicación no perjudique a la sucesión legítima' ''.

Más adelante agrega el fallo acusado: ''El señor Sefair contrajo primer matrimonio eclesiástico en el año de 1922 (folio 19, cuaderno número 1) y un segundo en el mes de septiembre de 1933 (folio 13); del primero nacieron Eduardo, Guillermo, Olga María, José Miguel y Antonio Sefair Kanaan (folios 14, 15, 16, 17, 18, cuaderno número 1), con anterioridad a la vigencia de la Ley 45 de 1936; y del segundo de tales matrimonios nacieron Jaime y Ana Julia Sefair Chaljub (folios 2, 3, cuaderno número 1), después de la vigencia de tal estatuto; el demandante

nació en el año de 1919 (folio 26). Entonces aparece el interrogante de si éste está en aptitud legal de concurrir a la herencia con los dos últimos. Natural es que la respuesta debe ser negativa, habida cuenta de lo consagrado en el artículo 28 de la referida ley, que sólo favorece a los hijos naturales concebidos después de su vigencia, en frente a los hijos legítimos, de los matrimonios anteriores. Dentro de la orientación legislativa la ocurrencia de que los dos últimos hijos legítimos hayan sido concebidos después de que se inició el imperio de tal ley, no abre campo para sostener que el nacimiento muy anterior del demandante trajera consigo derecho suyo en concurrencia con los dos últimos hijos legítimos que se mencionan para participar en los bienes relictos en el haber herencial. De lo contrario, serían propiciadas situaciones de visible artificio que no se comparecen o armonizan con la igualdad de los herederos legítimos de matrimonio anterior".

De lo expuesto en el fallo dedujo el Tribunal que las peticiones principales no podían prosperar, ni tampoco las subsidiarias.

— IV —

La impugnación

Cuatro cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, tres por la causal primera y uno por la segunda del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, que la Corte pasa a estudiar.

Primer cargo. (Cuarto de la demanda). Se funda en la causal segunda de casación y se hace consistir en que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones de la acción.

Al desarrollar este cargo expresa el recurrente que cada una de las súplicas de la demanda está sustentada en hechos legalmente comprobados; que Antonio Sefair Kanaan, por haber otorgado testamento en 1948, antes de que Luis Antonio Sefair Angel hubiese obtenido la declaración de su filiación paterna, ha debido reformar dicho testamento una vez que el nombrado Luis Antonio obtuvo esa declaración, para dejarle a éste su correspondiente cuota; que por no haberlo reformado se hizo esta petición, en la demanda, subsidiariamente; y que al desecharla el Tribunal con el argumento de que Luis Antonio Sefair Angel no es legitimario de Antonio Sefair Kanaan, infringió el artículo 1276 del Código Civil, que establece que el haber sido pasado en silencio un legitimario, deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima.

Dice, además, el impugnante que "por incurrir en la causal anotada en este capítulo", el sentenciador infringió también el artículo 1274 del Código Civil, el cual dispone que los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento, y podrán intentar la acción de reforma dentro de los cuatro años contados desde el día en que tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios; que la acción de reforma se intentó al año siguiente de haber fallecido Antonio Sefair Kanaan y que el sentenciador la desechó "con el argumento de que Luis Antonio Sefair Angel, a pesar de estar declarado por la justicia hijo natural de Antonio Sefair Kanaan, no era legitimario de éste y lógicamente menos asignatario".

También expresa el recurrente que por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la parte demandante, el Tribunal infringió el artículo 1321 del Código Civil y los artículos 18 y 28 de la Ley 45 de 1936.

La Corte considera:

La segunda de las causales de casación, según el artículo 52 del Decreto 528 de 1964, consiste en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la acción o de la excepción.

Se da esta causal, como lo ha dicho repetidamente la jurisprudencia de la Corte, cuando el sentenciador, al fallar el asunto sometido a su decisión, profiere sentencia de mérito resolviendo ultra petita, o extra petita, o mínima petita, esto es, cuando decide concediendo más de lo pedido, o sobre extremos que no han sido materia del litigio, o deja de resolver sobre algunas de las pretensiones oportunamente alegadas por las partes. Cuando ocurre alguno de estos eventos puede hablarse entonces, con propiedad, de que existe incongruencia, disonancia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado

Mas si la sentencia es totalmente absolutoria del demandado, como en el caso de autos, la causal segunda de casación no se configura, porque un fallo completamente absolutorio provee sobre todos los aspectos de la controversia y falla, en consecuencia, todas las peticiones de la demanda.

La falta de consonancia entre las pretensiones de la acción o de la excepción y lo fallado, en lo cual consiste la causal segunda de casación, no tiene lugar por el hecho de que las partes no

estén de acuerdo con la decisión del Tribunal, si, de otro lado, el fallo ha decidido todas las pretensiones de los litigantes.

Cuando por ser la sentencia totalmente absolutoria el recurrente considera que ha habido quebranto de ley sustancial, lo procedente es acusar el fallo por la causal primera de casación en una cualquiera de sus hipótesis, según el caso.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

Segundo cargo. (Primero de la demanda). Es por violación directa del numeral 3º del artículo 1240 del Código Civil.

La censura dice que Luis Antonio Sefair Angel adquirió la calidad de hijo natural de Antonio Sefair Kanaan, no desde el nacimiento, ni desde cuando fue bautizado, sino desde el momento en que quedó ejecutoriada la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 3 de agosto de 1955, que declaró la filiación. "Tal momento no es otro, preciso, que el de la ejecutoria de la sentencia dictada por la Sala de Casación Civil de la honorable Corte Suprema de Justicia en mayo de 1956, desechando las pretensiones del demandante en casación", expresa el recurrente, quien además considera que habiendo obtenido el demandante en el presente juicio la declaración de hijo natural respecto de Antonio Sefair Kanaan, al amparo de la Ley 45 de 1936, es legitimario, según lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 1240 del Código Civil; y que por no haber dado el sentenciador estricta aplicación a dicho numeral, "le quitó a mi mandante la calidad de legitimario y su consiguiente vocación hereditaria en la herencia de su padre natural, y porque olvidó además la constitución del estado de hijo natural muchos años después de estar en vigencia la Ley 45 de 1936".

Agrega el recurso que por no haber aplicado el sentenciador el citado numeral 3º del artículo 1240 del Código Civil, "lo infringió o quebrantó de manera directa, y tal quebrantamiento lo llevó así mismo a infringir también de manera directa el artículo 1º de la Ley 45 de 1936, por no haber reparado en el hecho protuberante y a que antes aludí de que Luis Antonio Sefair Angel adquirió la calidad de hijo natural de Antonio Sefair Kanaan diecinueve años después de entrar en vigencia la Ley 45 de 1936 y al amparo de la misma ley; de ahí que resulte absurdo por decir lo menos que esa misma ley le quite los atributos o prerrogativas concedidas por dicha ley, como lo hizo el sentenciador".

Tercer cargo. (Segundo de la demanda). Es también por infracción directa de ley sustancial, concretamente del artículo 18 de la Ley 45 de 1936.

Dice el recurrente que "el sentenciador, en el fallo acusado, dejó de aplicar la norma citada, que es de carácter sustancial (o sustantivo), por no haberla aplicado al caso del pleito, al no reconocer a mi poderdante los derechos que le corresponden como heredero en la sucesión de su finado padre natural Antonio Sefair Kanaan".

Recuerda, además, que Antonio Sefair Kanaan contrajo segundas nupcias con Julia Chaljub, y que de dicho matrimonio nacieron Ana Julia y Jaime Sefair Chaljub, con posterioridad a la vigencia de la Ley 45 de 1936, y agrega: "Con estos dos causahabientes de Sefair Kanaan debe concurrir, por lo menos, en la herencia, mi mandante, Luis Antonio Sefair Angel, al tenor de una de las súplicas subsidiarias de la demanda, tal como aparece relacionado en los hechos del presente libelo".

Cuarto cargo. (Tercero de la demanda). En este cargo se acusa la sentencia por aplicación indebida del artículo 28 de la Ley 45 de 1936 y por infracción directa, por falta de aplicación, del artículo 18 de la misma ley y del numeral 3º del artículo 1240 del Código Civil.

Pone de presente el autor del recurso que Antonio Sefair Kanaan contrajo primeras nupcias con Erlinda Name, de cuyo matrimonio nacieron los cinco hijos Sefair Name; que fallecida Erlinda en 1932, aquél casó en septiembre de 1933 con Julia Chaljub, de cuya unión "fueron concebidos y nacidos Ana Julia Sefair Chaljub y Jaime Sefair Chaljub, con posterioridad a la vigencia de la Ley 45 de 1936"; que entre las súplicas subsidiarias de la demanda figura la de que Luis Antonio Sefair Angel, en su condición de hijo natural de Antonio Sefair Kanaan, es legitimario de éste y heredero suyo, por consiguiente, en concurrencia con los dos hijos legítimos del causante habidos en su segundo matrimonio; que al ser concebidos y nacidos Ana Julia y Jaime Sefair Chaljub varios años después de estar en vigencia la Ley 45 de 1936, "quiere ello decir que dichos señores deben cargar con todas las consecuencias extraídas de la misma Ley 45 de 1936, especialmente del artículo 18 de la misma, que como ya dije fue infringido de manera directa por el sentenciador por no haberlo aplicado debidamente al caso del pleito"; que el Tribunal ha debido revocar el fallo de primer grado y ordenar la concurrencia, en la proporción ordenada en el artículo 18 de la citada Ley 45, del demandante en este juicio con Ana Julia y Jaime Sefair Chaljub, en la herencia de Antonio Sefair Kanaan; que el

sentenciador hizo aplicación indebida del artículo 28 de la referida ley, sosteniendo que el hijo natural no es legitimario, y que en esta forma infringió dicho artículo y el 18 de la citada ley y el numeral 3º del artículo 1240 del Código Civil.

La Corte considera:

Los tres últimos cargos son todos por infracción directa de ley sustancial, y como se trata de diversos aspectos de un mismo motivo de casación, la Corte pasa a examinarlos en conjunto.

Estima el recurrente que Antonio o Luis Antonio Sefair Angel es legitimario de Antonio Sefair Kanaan como hijo natural suyo, y que, en consecuencia, tiene derecho a concurrir en la sucesión de su padre con los hijos legítimos de éste, al menos con los de su segundo matrimonio, nacidos con posterioridad a la vigencia de la Ley 45 de 1936.

Esta ley, que otorgó a los hijos naturales muy importantes derechos, como el de permitirles la investigación de su paternidad y la declaración de su filiación paterna mediante la demostración de cualquiera de las causales taxativamente enumeradas en ella, les reconoció también el derecho de herencia, en las condiciones de la ley, en presencia de hijos legítimos del mismo padre.

En concurrencia con éstos la norma general es la del artículo 18 de la citada ley, cuyo texto expresa: "Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, excepto a los hijos naturales, cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales. Cada uno de los hijos naturales lleva como cuota hereditaria, en concurrencia con los hijos legítimos la mitad de la correspondiente a uno de éstos, y sin perjuicio de la porción conyugal.

"Queda en los anteriores términos sustituido el artículo 86 de la Ley 153 de 1887".

Pero el derecho hereditario de los hijos naturales en concurrencia con hijos legítimos del causante quedó restringido, sin embargo, en los términos del artículo 28 del mismo estatuto, el cual dispone:

"Artículo 28. La presente ley, en cuanto se refiere a los derechos herenciales de los hijos naturales, en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de aquélla, *sólo tendrá efecto en favor de los* concebidos *con posterioridad a la fecha en que empiece a regir".*

Esta última disposición fue el resultado de una fórmula transaccional en la expedición de la ley, a que llegaron Senado y Cámara en sus opuestos puntos de vista. Porque la Cámara era de parecer que todos los hijos naturales, tanto los existentes en el momento de entrar en vigencia la ley como los concebidos con posterioridad a ella, llevasen la cuota señalada en el artículo 18, en concurrencia con hijos legítimos, aunque éstos fuesen habidos en un matrimonio anterior a la vigencia del estatuto. El Senado, en cambio, aceptaba la concurrencia hereditaria de los hijos naturales con los hijos legítimos del causante, solamente en relación con los hijos naturales concebidos después de que la ley entrase en vigor.

Se llegó entonces a la fórmula transaccional del artículo 28, cuyo texto es claro y no ofrece dificultades de interpretación. Como explicación e inteligencia de dicho artículo, la Cámara de Representantes hizo constar en el acta de la sesión del 20 de febrero de 1936 el aparte siguiente, del segundo informe rendido por la comisión del Senado:

"De acuerdo con las razones que dejamos expuestas, hemos considerado que el artículo objetado por la honorable Cámara puede modificarse en forma menos restrictiva, pero conservando su idea cardinal, que es la de mantener los intereses de la familia legítima, originados por situaciones anteriores a la nueva ley. La fórmula que con tal fin nos permitimos proponer tiende a dejar protegidos esos intereses y a conceder, al mismo tiempo, mayores ventajas a los hijos naturales estableciendo, al efecto, que la restricción que contiene el artículo objetado por la honorable Cámara sólo tenga efecto en relación con los matrimonios anteriores a la fecha de la vigencia de la ley. De acuerdo con esta modificación, los hijos naturales concebidos antes de la vigencia de la nueva ley concurren solamente con los hijos legítimos de los matrimonios que se celebren después de que aquélla empiece a regir, y los concebidos con posterioridad a la misma vigencia, concurren con los hijos legítimos tanto de los matrimonios anteriores a la nueva ley como de los posteriores a ésta. Esta modificación, que brinda a los hijos naturales concebidos antes de que la nueva ley empiece a regir la oportunidad de concurrir a la herencia con la familia legítima de matrimonios posteriores a la vigencia de aquélla, se inspira en una indiscutible base de justicia, sin chocar con situaciones jurídicas existentes y concilia al mismo tiempo, los puntos de vista de los criterios de la honorable Cámara y del honorable Senado".

Así, pues, según lo dispuesto en el artículo 28 citado, hay hijos naturales llamados a suceder al causante en concurrencia con hijos legítimos de éste, e hijos naturales que no gozan de ese llamamiento, aunque desde la vigencia de la Ley 45 tengan todos los demás derechos que dicha ley les concede.

Tres casos pueden distinguirse en materia de derecho hereditario del hijo natural en concurrencia con hijos legítimos del mismo padre o madre:

1º *El de los hijos naturales concebidos después de la vigencia de la Ley 45, o sea después del 30 de mayo de 1936. Concurren con los hijos legítimos, bien sea que éstos provengan de matrimonio anterior o posterior a la vigencia de dicha ley y aun cuando tales hijos legítimos hayan sido concebidos antes o después de esa vigencia;*

2º *El de los hijos naturales concebidos antes del 30 de mayo de 1936, frente a hijos legítimos de matrimonios celebrados con posterioridad a la fecha en que la ley entró en vigor. Concurren en la herencia del causante con sus hijos legítimos, en la proporción legal correspondiente; y*

3º *El de los hijos naturales concebidos con anterioridad a la vigencia de la ley, frente a hijos legítimos de matrimonios celebrados también con anterioridad a la vigencia de la ley. No concurren en la herencia del causante con sus hijos legítimos, aun cuando la concepción de éstos haya sido posterior a la fecha de vigencia de dicho estatuto.*

Como el demandante en este juicio nació en el año de 1919 (folio 26, cuaderno principal), y los hijos legítimos del causante con quienes aquél pretende concurrir, provienen de matrimonios celebrados por el *de cujus* con anterioridad a la vigencia de la Ley 45 de 1936, es claro que, según lo expuesto, el actor carece de derecho para heredar a su padre natural, en concurrencia con los hijos legítimos del mismo.

Lo dicho quiere decir que Antonio o Luis Antonio Sefair Angel no tiene vocación hereditaria en presencia de los hijos legítimos de su padre natural, concebidos de matrimonios celebrados por el causante antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936, pues los hijos naturales nacidos antes de esa vigencia, no tienen, como se ha dicho, vocación herencial frente a hijos legítimos de matrimonios celebrados con anterioridad a la fecha en que la Ley 45 entró a regir, aunque la filiación del hijo natural haya sido declarada después. *El fallo judicial que reconoce una filiación natural no es constitutivo del estado civil, como lo cree el recurrente, sino declarativo de ese estado y se retrotrae al momento mismo de la concepción del hijo natural, concepción que es la que constituye su estado.*

Los cargos por violación directa de ley sustancial formulados por el recurrente, se fundan en la creencia, por parte del demandante en casación, de que por estar acreditada la filiación natural de Antonio o Luis Antonio Sefair Angel, en relación con el causante, en virtud de declaración judicial, el nombrado Luis Antonio es heredero legitimario de su padre natural, con los derechos consagrados en el artículo 18 de la Ley 45 de 1936. Mas como el actor carece de vocación herencial frente a los hijos legítimos del causante, según lo expuesto, jurídicamente es incuestionable la tesis sostenida en el fallo materia del recurso, porque el hijo natural, si bien es legitimario, conforme al artículo 1240 del Código Civil, lo es sólo en cuanto tenga vocación hereditaria; y ya se vio que el demandante en este juicio no la tiene frente a los hijos legítimos del causante.

Por consiguiente, no se han violado las disposiciones que el demandante estima infringidas por el sentenciador, quien hizo recta aplicación de las normas legales vigentes sobre el derecho hereditario de los hijos naturales en concurrencia con hijos legítimos del mismo padre.

En tal virtud, se rechazan los cargos por infundados.

Resolución:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de seis (6) de agosto de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el presente juicio ordinario de Antonio o Luis Antonio Sefair Angel, contra la sucesión de Antonio Sefair Kanaan.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Eduardo Serna R., Conjuez.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

MANDATO

Para la compraventa de inmuebles no se requiere escritura pública. Carácter de los incisos 11, 13 y 14 del artículo 36 de la Ley 23 de 1866, y de los artículos 657 a 659 del Código Judicial, 21 y 2149 del Código Civil. Autonomía del Tribunal en la estimación de las pruebas. Requisitos del error de hecho para que sea viable como causal de casación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil
Bogotá, 18 de septiembre de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse*

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta en el ordinario adelantado por Zaineht Cristo A. contra Jorge Cristo Jr. y Fernando Seguín.

Antecedentes

El fallador de instancia los sintetiza con acierto y por ello se transcriben en seguida:

"Zaineth Cristo A. por conducto de procurador judicial presentó demanda contra los nombrados Cristo Jr. y Seguín, para que previos los trámites del respectivo juicio ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que carecen de existencia legal y real, y de toda eficacia jurídica por cuanto están viciados de nulidad absoluta los siguientes contratos escriturarios: a) la Escritura número 2 otorgada ante el señor Ministro de Colombia en la República del Líbano en febrero 24 de 1953, protocolizada en la Notaría Primera de Cúcuta, por medio de la cual la señora Cecilia Abrajim vda. de Cristo concedió poder a su hijo Jorge Cristo Jr. para administrar sus bienes en Cúcuta. b) La Escritura número 620 otorgada en la Notaría Primera de Cúcuta el 13 de abril de 1953, debidamente registrada, por la cual Jorge Cristo Jr. ejercitando el poder que le confirió su madre doña Cecilia Abrajim vda. de Cristo, dio en venta al señor Fernando Seguín unos locales situados sobre la avenida 6ª entre calles 11 y 12 de esta ciudad junto con un interior adyacente, marcados con los números 11-62 a 11-72. 2ª Que a falta de la declaración anterior se declare la rescisión del contrato de compraventa que hicieron Jorge Cristo Jr. y Fernando Seguín por medio de la escritura ya mencionada, por cuanto el poder con que dijo obrar el vendedor ya le había sido revocado por su mandante. 3ª Que a falta de las declaraciones anteriores se declare que el contrato de compraventa en cuestión es simulado, careciendo de toda juricidad. 4ª Que a falta de las declaraciones anteriores se decrete la resolución por falta de pago del precio del contrato de compraventa aludido. 5ª Que a falta de las declaraciones anteriores se decrete la resolución por lesión enorme del contrato celebrado entre los demandados. 6ª Que como consecuencia de accederse a hacer una cualquiera de las declaraciones impetradas, se declare que los locales en referencia pertenecen de pleno derecho a la señora Cecilia Abrajim vda. de Cristo. 7ª Que consecuencialmente se condene a Fernando Seguín como actual poseedor material e inscrito, a restituir a la señora Cecilia Abrajim vda. de Cristo dentro del término de seis días, junto con sus frutos naturales y civiles, y no sólo los percibidos sino los que hubieran podido producirse empleando inteligencia y cuidado. 8ª Que como consecuencia de la decisión que se tome, se ordene la cancelación del registro de la escritura referida librando los oficios correspondientes. 9ª Que se condene a los demandados a pagar las costas del juicio más los perjuicios sufridos por la demandante a consecuencia de la maquinación fraudulenta de que ha sido víctima. 10. Que se ordene formar proceso criminal contra los demandados y sus auxiliares por la sustracción

fraudulenta de los bienes de que ha venido a ser víctima la demandante. 11. Que en el caso remotísimo, de no accederse a nada de lo anteriormente pedido, por aparecer de autos que no se pagó de contado todo el precio de la referida venta y por cuanto la señora Cecilia Abrajim vda. revocó legalmente el poder que había otorgado a Jorge Cristo Jr., se declare que el demandado Fernando Seguín está obligado a pagar el resto del precio de dicha venta a la demandante, endosando a favor de ésta los instrumentos negociables que al respecto hubiera otorgado''.

Como hechos sustentadores de la demanda enuncia los siguientes:

''a) Jorge Cristo Jr. estando viviendo con su anciana y enferma madre Cecilia Abrajim vda. de Cristo en la ciudad de Beirut, República del Líbano, se dio a la tarea de sustraer todos los bienes que ella dejó en Cúcuta. Al efecto, por medio de drogas mantuvo a su madre en estado de inconsciencia y se hizo otorgar el poder especial contenido en la Escritura número 2 de febrero 24 de 1953 ante el señor Ministro de Colombia en Beirut, registrada en Cúcuta en abril 16 de 1953, protocolizada en la Notaría Primera de Cúcuta por medio de la Escritura número 586 de abril 6 del referido año, registrada el 15 del mismo mes y año.

''b) Tan pronto como la señora Cecilia Abrajim de Cristo salió del estado de inconsciencia en que la mantuvo su hijo Jorge Cristo Jr. se presentó ante el mismo Ministro de Colombia y por medio de la Escritura número 3 allí otorgada en abril 13 de 1953, registrada en Cúcuta el 13 de mayo del mismo año, por medio de la cual manifestó que revocaba en forma definitiva el poder conferido a su citado hijo, quedando 'sin valor alguno cualquiera inversión, transacción, contrato, venta o negocio de la misma índole'.

''c) Doña Cecilia Abrajim vda. de Cristo, a fin de salvar sus bienes en Cúcuta, ante el mismo Ministro de Colombia otorgó la Escritura número 5 de abril 27 de 1953, registrada en Cúcuta en mayo 13 de 1953, por la cual confiere poder a su hija Zaineth Cristo A. para que administre sus bienes en Cúcuta y 'para que demande la nulidad de las ventas efectuadas por su anterior apoderado, señor Jorge Cristo Jr., teniendo libertad para escoger las acciones judiciales que crea conveniente'.

''Consta en estos documentos, la autenticidad que de la firma del Ministro en el Líbano hace la Cancillería.

''ch) Trasladado a Cúcuta Jorge Cristo Jr. nada dijo a sus hermanas carnales y legítimas, del poder que se había hecho otorgar para administrar los bienes de su madre.

''d) Afanosamente se dio Jorge Cristo Jr., a buscar comprador para los bienes de su madre.

''e) Logró entrar en negocio con don Nicolás Colmenares, mas, en cuanto se dio cuenta de que ya se sabía en Cúcuta que el poder con que pretendía obrar, había sido revocado, no quiso firmar la escritura, pero sí lo hizo Fernando Seguín, dejando sin cambiar la fecha de abril 13, cuando en realidad fue firmada por Seguín en abril 18.

''f) Por medio de la Escritura número 620 otorgada en la Notaría Primera de Cúcuta en abril 13 de 1953, registrada dos días después, Jorge Cristo Jr. dice vender a Fernando Seguín los locales situados sobre la avenida 6ª de esta ciudad junto con un interior, marcados con los números 11-62, 11-64, 11-68 y 11-72 por $ 230.000.00 de contado y en efectivo.

''g) La señorita Zaineth Cristo A. hermana de Jorge Cristo Jr. advirtió reiteradas veces a Fernando Seguín que Jorge Cristo Jr. estaba procediendo contra todo derecho, pues que el poder le había sido revocado según cable que le mostró, ante lo cual manifestó que por ningún motivo se mezclaría en ese negocio.

''h) Fernando Seguín es conocido como comerciante de pequeños recursos económicos. Es imposible que hubiera podido pagar de contado sin gravar parte alguna de sus bienes, la cuantiosa suma de $ 230.000.00, como lo evidencian los libros de contabilidad y declaraciones de renta y patrimonio de los últimos años.

''i) Fernando Seguín como era imposible que pagara de contado, ni en forma alguna por superar el precio de $ 230.000.00, varias veces sus haberes, se presentó (sic) a servir de testaferro o sea, que obró por otro u otros.

''j) Así fue como Jorge Cristo Jr. vino a vender el patrimonio de su madre por menos de la mitad del valor comercial, dada la extensión y situación de los bienes en todo el centro de la ciudad y sus enormes perspectivas comerciales.

''k) Jorge Cristo Jr. no vendió de contado, por cuanto, Fernando Seguín dio en pago a aquél por cuenta de sus patrocinadores ocultos, varios instrumentos negociables.

''l) Fernando Seguín dijo en posiciones extrajuicio, que no recuerda cuánto denunció por renta y patrimonio en los últimos años, ni tampoco si en sus libros de contabilidad registra-

dos, hizo el asiento de los $ 230.000.00 pagados de contado.

"ll) Fernando Seguín para librar de la cárcel a Jorge Cristo Jr. y más que ésto, para hacer buena ganancia, pagó un instrumento negociable a cargo de éste y a favor de Carmen Yañez por la suma de $ 20.000.00, con la condición de que Jorge Cristo Jr. le abonará a cuenta de los locales $ 25.000.00.

"m) Jorge Cristo Jr. está alcoholizado desde hace años, siendo evidente su relajamiento moral, tal como lo prueba el derroche total de su herencia paterna y el escamoteo que hizo a su madre.

"n) Jorge Cristo no ha entregado a su madre ni un centavo de las operaciones que consumó con los bienes de ella.

"ñ) Doña Cecilia Abrajim vda. de Cristo, de no recuperar sus bienes quedará en la miseria.

"o) Los perjuicios sufridos por doña Cecilia Abrajim viuda de Cristo son de orden material y moral.

"p) Apareciendo claramente que Fernando Seguín no pagó de contado, y habiendo incurrido en otras contradicciones con respecto a lo afirmado en las posiciones extrajuicio y en la escritura de compra de los referidos lotes, ha incurrido en perjurio y en otros delitos".

Como el juez aquo estimó que en la demanda se denunciaban hechos criminosos perseguibles de oficio, ordenó pasar copia de lo conducente al juez penal del circuito para la respectiva investigación, suspendiendo entre tanto el curso de la demanda. Posteriormente fue allegada al juicio copia de una sentencia originaria del Juzgado 3º Superior en la cual se condenaba a Jorge Cristo Jr. por el delito de estafa y copia de la sentencia del Tribunal de Pamplona en el mismo asunto, declarando la prescripción de la acción a favor de dicho sindicado.

Después de varios incidentes acaecidos durante el trámite del negocio, el juzgado aquo pronunció la sentencia de primera instancia y por medio de la cual "declaró absolutamente nulos el poder conferido por la señora Cecilia Abrajim viuda de Cristo a su hijo Jorge Cristo Jr. contenido en la Escritura número 2 a que hace referencia el hecho primero de la demanda, declaró absolutamente nula la Escritura número 620 de 13 de abril de 1953 pasada ante la Notaría 1ª de Cúcuta, registrada el 15 del mismo mes y año y por medio de la cual Jorge Cristo Jr. dio en venta al señor Fernando Seguín el inmueble descrito y alindado en la parte motiva de la providencia (hecho 8º de la demanda); condenó a Fernando Seguín a la restitución de los frutos respectivos a partir de la contestación de la demanda; y a restituir para la sucesión de la señora Cecilia viuda de Cristo el inmueble a que se ha hecho referencia; previa la orden de cancelación de los registros respectivos; se condenó en costas a la parte demandada.

Habiendo fallecido la señora Cecilia Abrajim viuda de Cristo, se hizo parte en el juicio su heredera legítima Zaineth Cristo A., quien ratificó lo actuado.

Los demandados interpusieron el recurso de apelación contra la setencia del juzgado y el Tribunal de Cúcuta en fallo que es objeto de la casación revocó en todas sus partes el proferido por el juzgado civil del circuito de Cúcuta y en su lugar absolvió a los demandados Jorge Cristo y Fernando Seguín de los cargos formulados en la demanda condenando a la parte demandante en las costas de las dos instancias.

El actor interpuso el recurso extraordinario que pasa a considerarse.

Fundamentos de la sentencia impugnada

Se hace mención de los sustentáculos del fallo del Tribunal en cuanto ellos dicen relación o están conectados con los cargos contenidos en la demanda de casación.

Con el título: "Inexistencia de los contratos de mandato y compraventa por estar viciados de nulidad absoluta por causa ilícita", el sentenciador manifiesta que el contrato contenido en la Escritura Pública número 2 de 24 de febrero de 1953, pasada ante el Ministro de Colombia en el Líbano y que, según el actor, el mandato contenido en ese instrumento se obtuvo por parte de Jorge Cristo Jr. "valiéndose de drogas que mantuvieron en inconsciencia a doña Cecilia Abrajim viuda de Cristo y con el propósito de sustraer todos sus bienes ubicados en Cúcuta", el Tribunal estima que por no haberse traído tal Escritura Pública a los autos, el mandato que se dice contenido en ella "no da margen para obtener su comprobación a través de otros medios probatorios ante la circunstancia de que siendo el mandato de carácter general con las más amplias facultades para representar a doña Cecilia", como se deriva de los extractos notariales publicados en varios números del periódico "Sagitario" (cuaderno número 1, página 24) y se deduce de la certificación jurada del Ministro de Colombia en Beirut (folio 103 a 106, cuaderno número 3) y del mismo acto de revocatoria cumplido por Cecilia Abrajim viuda de Cristo (folio 3, cuaderno número 1º), su otorgamiento ha de-

bido ser solemne, según lo preceptuado en el artículo 255 del Código Judicial y su prueba de la misma naturaleza por mandato del artículo 22 del Código Civil... "Es más, aun en la hipótesis, que sólo se enuncia para mayor abundamiento de razones de que el mandato hubiere sido de carácter especial como se afirma en el libelo, su demostración tampoco podría hacerse mediante cualquier medio probatorio ante la muy particular circunstancia de que habiéndose celebrado el contrato en el extranjero, el principio 'locus regit actum' aceptado universalmente cobra toda su evidencia . . .".

El fallador sostiene que como el contrato de mandato impugnado no se acreditó de acuerdo con las solemnidades a que el Tribunal se refiere, tal contrato no puede declararse nulo, porque su existencia no fue demostrada debidamente.

En la letra b) de la parte motiva del fallo, el sentenciador entra a estudiar la petición de la demanda en que se pide se declare que carece de toda eficacia jurídica por ilicitud de la causa el contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública número 620 de 13 de abril de 1953, corrida en la Notaría Primera de Cúcuta y registrada el 15 siguiente. El fallador examina el artículo 2524 del Código Civil y después de algunas consideraciones al respecto manifiesta:

"Pues bien en el caso que nos ocupa la parte actora afirma que el contrato de venta tiene una causa ilícita, lo cual es contrario a la aparente seriedad, validez y legalidad que ostenta éste. Sin embargo, la demanda no señala concretamente el motivo ilícito que indujo a las partes a celebrar aquel acto jurídico. Si se leen con detenimiento cada uno de los hechos que conforman la causa petendi, se verá que los marcados con los números 1, 2, 3, 4 y 5 hacen alusión al poder otorgado a Jorge Cristo Jr. en que nada tuvo que ver el señor Fernando Seguín ni a la revocatoria del mismo; el 6, 7 y 8 se refieren a gestiones adelantadas por el apoderado para hacer la venta que en definitiva hizo el señor Seguín en un día diferente a la fecha que ostenta la escritura correspondiente . . .".

Continúa el sentenciador relievando los demás hechos de la demanda para concluir que "no se descubre la causa ilícita que se dice afecta sustancialmente dicho contrato, y en tales circunstancias el sentenciador no puede entrar a inquirirlo so pretexto de interpretar la demanda". Y en otro paso de la parte motiva de la sentencia afirma que "al demandado Seguín no se le señala como copartícipe de ninguna ilicitud de la causa que se le pudiera imputar a Jorge Cristo Jr. pues a Seguín, el cargo más grave que se le hace es el de haber conocido la revocatoria del poder antes de suscribir la escritura de venta . . ., y que si al comprador no se le vinculó a ningún hecho que pudiera significar la existencia de una causa ilícita en el contrato, mal puede declararse su invalidez . . . porque las sentencias deben proferirse en consonancia con los hechos y súplicas del libelo, hasta el punto de que un hecho que no ha sido fundamento de la acción no puede justificar la prosperidad de ésta, así se halle probado".

El Tribunal hace una crítica del fallo del juez aquo y especialmente observa que este funcionario tuvo como prueba "de la declaración de nulidad del contrato de mandato que no se demostró y de la compraventa, una sentencia penal revocada, a la que le da la categoría de indicio necesario, es decir, de plena prueba". Sobre este particular el fallador se refiere detenidamente a las providencias penales cuyas copias obran en autos, para llegar a la conclusión de que éstas no constituyen la prueba a que alude el juez aquo, tanto más cuanto que esos conceptos no pueden obligar al Tribunal que "tiene soberanía para analizar por sí mismo todos los medios probatorios traídos del proceso penal al civil".

Hace referencia a que los procesos penales terminaron con la declaratoria de prescripción de la acción penal, y que no habiéndose establecido, por consiguiente, la responsabilidad penal de los demandados Cristo y Seguín, esas providencias no pueden influir en su decisión, porque lo que debe contar es la parte resolutiva de ellas en la cual se adopta concretamente determinada medida judicial.

Y dice el fallador: "pero el señor juez aquo partiendo del supuesto falso de que el poder impugnado obraba en autos, apoyó también su decisión en las declaraciones de Nicolás Morales, Pedro Moros, Carlos Vera Villamizar y Rodolfo García y García y en el hecho de que el señor Cristo desistió del recurso de apelación que su apoderado había interpuesto contra la sentencia condenatoria del Juzgado 3º Superior de Cúcuta. Con relación a lo primero debe observarse que solo el doctor Rodolfo García tuvo oportunidad de conocer personalmente las circunstancias que rodearon el otorgamiento del poder que según la demanda se extendió en Beirut, dadas las funciones que allí desempeñaba. Y es precisamente su declaración analizada, no en la forma mutilada como la analizó el fallo apelado, el mejor soporte para incluir que las cosas ocurrieron de una manera muy distinta de la deducida por el juez. Las otras tres deposiciones corresponden a personas que no pudiendo presenciar los he-

chos dadas las distancias, entregan formulado al juzgador un concepto sobre ellos con base en el conocimiento de circunstancias antecedentes y posteriores, pero no concomitantes a los mismos...". Hace una crítica a los testimonios de estas personas para afirmar que ellas no pueden tener eficacia probatoria en cuanto se refiere a hechos acaecidos "a muchos kilómetros de distancia del lugar de residencia de los testigos". Vuelve a insistir el sentenciador en que no habiendo intervenido el demandado Seguín en los hechos dolosos que el actor le imputa a Cristo en el otorgamiento del presunto contrato de mandato, carece de toda eficacia jurídica el pretender transmitir a este demandado los vicios que afectaron aquel contrato.

Rescisión del contrato de compraventa. El fallador entra a examinar la segunda declaración impetrada por la parte actora sobre rescisión del contrato de compraventa. Alude a los hechos 7, 8 y 9 sustentatorios de esta acción. Y en relación con lo manifestado por el actor de que cuando se celebró el contrato de compraventa de que da cuenta la Escritura número 620 de 13 de abril de 1953, ya le había sido revocado el poder al vendedor Cristo Jr.; expone que de acuerdo con el hecho segundo, el mencionado poder fue revocado el mismo 13 de abril de 1953, según la Escritura número 3 a que se ha hecho referencia anteriormente. Y sobre este aspecto, el Tribunal manifiesta: "Lo anterior significa que justamente el mismo día en que se celebró la venta, fue revocado el poder con que actuaba el señor Cristo, no siendo verosímil entonces que habiéndose extendido este último acto en la República Libanesa (continente asiático), hubiera sido conocido en Cúcuta exactamente en la fecha de su otorgamiento, cuando la tal Escritura número 3 sólo fue registrada el 13 de mayo siguiente". Que no existe prueba de que Seguín fuera informado oportunamente de esa revocatoria; y refiriéndose el fallador a las inspecciones oculares practicadas en los procesos penales, declara que se trata de una prueba trasladada y que por consiguiente, su valor depende de que en los dos procesos, el civil y el penal, hubieran intervenido las mismas partes "a fin de asegurarse con ello los principios de publicidad y contradicción que la ciencia de las pruebas exige para dar a éstas la fuerza de convicción que le señala la ley; que cuando se practicó en 1960 el experticio penal, Fernando Seguín ya no era parte en el proceso penal, porque había sido desvinculado de él, mediante providencia judicial que dictó en su favor sobreseimiento definitivo por unos delitos y declaró la prescripción de los demás". Que en cambio, la diligencia de inspección ocular, practicada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cúcuta en el presente negocio civil, y con citación de las partes y la presencia de peritos, dejó claramente establecido que los vicios a que alude el dictamen dentro del proceso penal, fueron desvirtuados en la diligencia de carácter civil practicada en el juicio. El Tribunal concluye: "que no prospera entonces la acción de rescisión instaurada, porque no existe la demostración de un vicio suficiente para anular, relativamente, el acto jurídico recogido en la Escritura número 620 de 1953".

Simulación del contrato de venta. El fallador hace una distinción entre la simulación absoluta y la relativa y entra al examen detenido del cargo hecho en la demanda en relación con la incapacidad económica de Seguín para poder pagar el precio estipulado en la escritura y sostiene que como claramente se deduce de los hechos de la demanda, ésta se ha referido a una simulación relativa y que "concretamente se afirma que dadas las condiciones económicas del comprador, éste no estaba en capacidad de adquirir los inmuebles por el precio señalado en la escritura, y que, por consiguiente, Seguín obró como testaferro en favor de terceros. Mas ocurre que sobre esto último ninguna prueba se aportó a los autos..." El sentenciador hace una crítica detenida de las pruebas aportadas por el actor y con las cuales pretendió demostrar la incapacidad económica en que se hallaba el comprador para pagar el precio estipulado en la escritura de venta.

El Tribunal entra a considerar el cargo consistente en una aparente contradicción entre lo expuesto por Seguín al manifestar que el pago había sido hecho de contado y lo declarado por su apoderado al dar contestación a la demanda. Dice el Tribunal: "En realidad la expresión contenida en la cláusula segunda de la escritura de venta no indica inequívocamente que el pago se hiciera en dinero en efectivo. 'El precio de la venta que hace —dice tal cláusula— es el de la suma de $ 230.000.00 moneda legal, suma que el vendedor confiesa tener recibida a su satisfacción de manos del comprador a quien desde hoy hace entrega del bien vendido'. Sabido es que los instrumentos negociables son sustitutos de la moneda y por ello bien pueden darse en pago de una determinada obligación como lo prevé el artículo 216 del Código de Comercio. De otra parte es súplica de la demanda de que en el caso de que no acceda a las peticiones de nulidad, rescisión, simulación, etc., 'se declare que el demandado Fernando Seguín está obligado a pagar el precio de dicha venta a Cecilia Abrajim

viuda de Cristo, endosando en favor de ésta los instrumentos negociables que al respecto hubiese otorgado' ''.

''No encuentra el Tribunal prueba que acredite la deficiencia económica del comprador y que ello estuviese probado 'la pobreza del adquirente no es de por sí un indicio necesario o siquiera vehemente que conduzca a la inexistencia del contrato' ''. Sobre este concepto, cita numerosas doctrinas de la Corte.

Luego de estudiar la situación económica del comprador al través de las pruebas aportadas por la parte demandada, llega a la conclusión de que la acción de simulación instaurada contra el mencionado contrato de compraventa por incapacidad económica del comprador, no puede prosperar: ''y el hecho —dice el Tribunal— de que Seguín hubiera obrado como testaferro de otro u otros, sólo quedó enunciado en la demanda pero no probado en el juicio''.

Resolución por falta de pago del precio. Se refiere el Tribunal a la petición cuarta subsidiaria del libelo que se dirige a obtener la resolución del contrato de compraventa por falta de pago del precio. Estudia lo dispuesto por los artículos 1546 y 1930 del Código Civil que consagran la acción resolutoria por falta de cumplimiento de uno de los contratantes o falta de pago en los contratos de compraventa. Y afirma: ''Cuando en la escritura de venta de un inmueble consta el recibo del precio, la prosperidad de la acción resolutoria estará condicionada a la plena demostración de que en realidad no se hizo ese pago. Y esa prueba es por demás difícil, particularmente como en el caso de autos cuando en uno de los hechos del libelo se afirma que: 'Fernando Seguín dio en pago a Jorge Cristo Jr., por cuenta de sus patrocinadores ocultos varios instrumentos negociables. Mal puede sostenerse entonces de una parte, que el precio de la venta no se ha pagado y de otra que sí se pagó mediante algunos instrumentos negociables'. Esta flagrante contradicción condena al fracaso la acción resolutoria que se estudia. Pero aparte de ello, no obstante que ninguna prueba se adujo para establecer contrariamente a lo consignado en la escritura, esa falta de pago, obra en el proceso legalmente aducido un contrato de transacción celebrado entre el señor Jorge Cristo Jr. y sus hermanas Zaineth, Mohiba y Nayibe Cristo Abrajim en la ciudad de Beirut el 27 de abril de 1956''. El fallador hace un detenido análisis de las cláusulas de este contrato de transacción, para llegar a la conclusión de que en él quedó claramente establecido que Jorge Cristo Jr. recibió el precio de los bienes vendidos por él en Cúcuta y que para llegar a ese arreglo entregó a sus hermanas la cantidad de $ 47.000.00 libras libanesas.

Concluye el fallador este estudio manifestando que: ''Para la Sala es evidente que por más que en este acto de transacción se diga que el arreglo contenido en él no debe influir en los procesos seguidos en Colombia, no pueden sin embargo evitarse sus efectos, particularmente en el presente, porque hay una ostensible contradicción al sostenerse que el precio de la venta no se ha pagado, cuando en un acto contractual se reconoce que sí lo fue y las partes se hacen mutuas concesiones teniendo por fundamento precisamente ese pago. Lo lógico hubiera sido que esa transacción le hubiera puesto fin a este negocio... Las anteriores razones son suficientes para deshechar también esta acción''.

El recurso

El recurrente luego de hacer una sintética relación de los antecedentes del negociado, formula contra la sentencia cinco cargos por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, así:

Primer cargo. Lo hace consistir el acusador en error de hecho cometido por el fallador ''a través del cual violó el artículo 2149 del Código Civil, por exigir en forma irremplazable la presencia física de la escritura de poder otorgada en Beirut por doña Cecilia a su hijo Jorge Cristo Jr., siendo así que desde que las dos partes admitieron sin discrepancias que tal escritura se otorgó no había obstáculo en que el juez la diese también por otorgada''. Hace referencia a la afirmación contenida en el hecho primero de la demanda, en cuanto a que Jorge Cristo Jr. le hizo otorgar a su anciana madre Cecilia Abrajim viuda de Cristo un poder especial contenido en la Escritura número 2 de 24 de febrero de 1953, ante el Ministro de Colombia en aquella ciudad, el cual fue registrado en Cúcuta en abril 16 del mismo año y protocolizado luego por medio de la Escritura número 586 de 6 de abril de 1953. Y afirma el censor que ''esta escritura no fue presentada en el juicio''. ''Empero, continúa el impugnante, la parte demandada admitió el hecho a lo largo de todo el juicio, son constantes las referencias que a tal poder hacen una y otra parte''. Y que la misma parte demandada sostiene la legitimidad del derecho de propiedad de Fernando Seguín sobre los bienes que le vendió Jorge Cristo Jr., basándose precisamente en la validez del poder que a éste le otorgara la demandante, el cual se cita por el mismo número

de la escritura, fecha de otorgamiento, registro en Cúcuta y luego escritura de protocolización con su registro. Sostiene el impugnante que: "por consiguiente, el poder es un postulado incontrovertido de la litis y que sin embargo el Tribunal afirma que la ausencia material del expresado poder en el juicio impide considerar su existencia, por lo cual, la acción dirigida contra él no puede tener ningún efecto. El error del Tribunal es manifiesto, porque excedió los límites de sus poderes, negándole eficacia a un hecho incontrovertido entre las partes, cuya prueba física era innecesaria, porque ese poder es presupuesto esencial de la acción y de la defensa y por ello no podía ser desconocido contra el querer de los litigantes; que no había ningún inconveniente en que el Tribunal se atuviese al consentimiento expreso de las dos partes sobre la realidad material del poder, porque ningún principio de orden público ni de organización judicial se violaba y que el mandato para vender, aún para enajenar bienes inmuebles es un contrato simplemente consensual, que se acredita por cualquiera de las formas públicas o privadas previstas en el artículo 2149 del Código Civil; que de consiguiente, aun la confesión sirve para establecerla y que bastaba que apareciese en cualquier forma inequívoca el hecho de que la demandante doña Cecilia le otorgó a su hijo Jorge Jr. en Beirut para vender el inmueble en Cúcuta, lo cual era suficiente, pues las solemnidades de las escrituras públicas no son necesarias, bastando simplemente una autorización que otorgara en documento privado que hubiese servido para acreditar el mandato". "Lo esencial, —dice el recurrente— es que el poder surja inequívoco. Como inequívoco surge en este proceso, en que ni el demandante ni los demandados pusieron en duda la existencia material del poder.

"Sobre el tópico de los hechos incontrovertidos en el debate judicial que el juzgador debe tener por ciertos aun cuando falte su prueba material, en sentencia de casación de fecha 31 de mayo de 1938 publicada en la *Gaceta Judicial,* Tomo 46, página 615, la honorable Corte expuso lo siguiente: " ... 2º Las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes constituyen los únicos fundamentos de la sentencia: Judex secundum allegata et probata a partibus judicare debet. 3º "La alegación incontrovertida de un hecho se convierte en fundamento de la sentencia, con excepción naturalmente de los hechos referentes a los presupuestos procesales: capacidad para ser parte, jurisdicción y competencia del juez, representación, etc., o de aquellas exigencias legales a que las partes no pueden renunciar, por ser de orden público o estar estatuidas en el interés de terceros; o de hechos notoriamente ilícitos o contrarios al orden físico o natural".

La Corte considera:

El mandato civil es un contrato eminentemente consensual en que de acuerdo con el artículo 2142 del Código Civil una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, contrato que se perfecciona por el consentimiento de las partes, siendo de su esencia el que el negocio se realice por cuenta y riesgo del mandante.

El artículo 2149 ibídem señala el modo como puede hacerse el encargo objeto del mandato, ya sea por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible y aun por la aquiescencia tácita a la gestión de sus negocios por otra. En tratándose del mandato para enajenar bienes inmuebles el "consentimiento del mandante puede expresarse en cualquiera de las formas previstas por el artículo 2149 del Código Civil desde el momento en que como se dice en el artículo 1505, lo que una persona ejecute a nombre de otra, estando facultado para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo". (*Gaceta Judicial,* Tomo XC, página 585, reproducida en sentencia de febrero de 1960, Tomo XCII, página 80). *La tesis de la escritura pública como indispensable solemnidad del mandato para mudar el dominio de los bienes raíces ha sido rectificada por la Corte en numerosos fallos y en los cuales se consigna el carácter consensual del mandato que se puede demostrar con los medios a que se refiere la norma antes citada.*

De acuerdo con estos antecedentes doctrinales es evidente que el fallador incurrió en error de hecho al no ver en el proceso, como lo anota el recurrente que existen pruebas que demuestran la existencia legal del poder con que obró Jorge Cristo Jr. como mandatario de Cecilia Abrajim de Cristo, al dar en venta a Fernando Seguín los inmuebles a que se contrae la Escritura número 620 de 13 de abril de 1953, pasada ante la Notaría Primera del Circuito de Cúcuta. Y a esa prueba alude expresamente el impugnante cuando se refiere a la confesión del demandado hecha en la contestación de la demanda en donde admite, sin lugar a duda, la existencia del mandato otorgado a su vendedor, Jorge Cristo Jr. haciendo especial mención al mandato cuando señala la Escritura número 620 como título de adquisición y en donde consta que el vendedor obró como mandatario de la actora en el juicio.

Es cierto que el censor no concreta, como ha debido hacerlo, los demás elementos probatorios que existiendo en el juicio no fueron tenidos en cuenta por el fallador; pero la sola referencia a la prueba que en forma concreta hace el cargo a la confesión hecha en la contestación de la demanda acreditaría la existencia del mandato.

No obstante, el cargo no puede prosperar, por la siguiente razón: El artículo 2149 del Código Civil que es el único señalado por el censor como violado por la sentencia, apenas indica el modo o la forma como puede determinarse el objeto del contrato de mandato; *el artículo señalado no genera por sí solo un derecho cuyo quebrantamiento sea suficiente para invalidar la sentencia. Más claro, el ataque para que pueda ser viable en casación debe integrarse en una proposición jurídica completa que contenga las normas sustanciales, cuyo desconocimiento por el fallador haga que la sentencia sea casada. El artículo 2149 es de carácter simplemente instrumental, en cuanto establece los medios de prueba con los cuales puede acreditarse el objeto del mandato. Se rechaza el cargo.*

Cargo segundo. Se acusa la sentencia por "flagrante violación directa que el Tribunal cometió de las siguientes disposiciones: el artículo 36 incisos 11, 13 y 14 de la Ley 23 de 1866 que confiere a los cónsules y agentes diplomáticos en el exterior el carácter de notarios en el otorgamiento de los instrumentos allí previstos, por falta de aplicación el artículo 658 del Código Judicial ya mencionado, también por falta de aplicación, los artículos 657 y 659 del Código Judicial en que se apoya el Tribunal, por indebida aplicación; y por último el artículo 21 del Código Civil, según el cual la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados, lo quebrantó el Tribunal por falta de aplicación, pues si lo hubiese tenido en cuenta, lo habría aplicado, ya que el poder que le otorgó la demandante doña Cecilia a su hijo Jorge, en la Embajada de Colombia en el Líbano, fue como si se hubiese autorizado por un notario residente en Colombia".

Para sustentar el cargo se refiere el censor a la parte de la sentencia antes transcrita en que el fallador consideró que dado el principio de "locus regit actum" no podía aplicarse al contrato la ley colombiana para efectos de su comprobación a través de cualquier medio probatorio y que lo indicado era traer el instrumento que según la demanda se otorgó en Beirut. Estima el censor que este es un error craso del Tribunal porque "la invocación de un principio de derecho internacional privado y de unas sentencias de la Corte, en nada tiene que ver en el presente caso, les desconoce a los agentes diplomáticos o consulares de la República en el exterior las funciones que les confiere la ley, de autorizar como los notarios los actos o contratos de los nacionales en el extranjero que quieran regirlos por la ley colombiana". Que estos funcionarios "como representantes de la República, actúan aplicando la ley colombiana dentro del radio de sus atribuciones y que es la ley colombiana la que regula las formalidades de esos actos, pues son funcionarios públicos colombianos quienes, al amparo de nuestras leyes los autorizan con facultades suficientes.

La Corte considera:

Las disposiciones citadas ya por violación directa, ya por falta e indebida aplicación, son todas de simple carácter adjetivo o instrumental. En efecto, los incisos 11, 13 y 14 del artículo 36 de la Ley 23 de 1866, dicen, en su orden: Artículo 36. Son atribuciones de los cónsules generales, cónsules, vicecónsules y agentes consulares, respectivamente, en el distrito de cada cual, las que siguen: . . . 11) Presenciar como notarios públicos el otorgamiento y apertura de los testamentos. 13) Recibir toda especie de protestas y declaraciones a extranjeros que, por razón de intereses, tengan por conveniente hacer ante ellos. 14) Autorizar contratos y poderes, lo mismo que los notarios o escribanos públicos, siempre que los interesados nacionales o extranjeros ocurran ante ellos".

Los artículos 658, 657 y 659 del Código Judicial expresan las formalidades que deben reunir los instrumentos públicos y los documentos privados extendidos en país extranjero de que se quiera hacer uso en Colombia, y la prueba necesaria para comprobar la validez o existencia de leyes extranjeras, que en determinados casos hayan de tener aplicación en Colombia; el 21 del Código Civil establece que la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados y que su autenticidad se probará según las reglas contenidas en el Código Judicial; establece que la forma se refiere a las solemnidades externas y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera como en tales instrumentos se exprese.

Formulado el ataque con fundamento en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, síguese que no habiéndose invocado ninguna disposición sustancial como infringida por la sen-

tencia acusada, el cargo no prospera en casación.

A lo anterior vale agregar que el censor al formular el cargo se está refiriendo a un título escriturario que el fallador de instancia encontró que no se había llevado al juicio; por lo tanto, las argumentaciones de la censura tampoco tienen fundamento por este aspecto.

El cargo es inane.

Tercer cargo. El censor hace referencia a la copia que obra en el cuaderno 5º "debidamente expedida por el Juzgado Superior de Cúcuta, por medio de la cual condenó a Jorge Cristo Jr. a la pena de 15 meses de prisión por el delito de estafa en los bienes de la señora Cecilia Abrajim viuda de Cristo utilizando el poder que ésta le otorgara a la posterior enajenación de bienes a Seguín. Al notificar esta sentencia el apoderado de Cristo interpuso el recurso de apelación; del cual luego desistió obligado por Cristo; entonces el negocio subió al Tribunal únicamente por consulta, la que resolvió en el sentido de revocar la providencia del juez, con base en que la acción estaba prescrita".

El recurrente dice que el juez aquo "basado en esa actuación y en las declaraciones allegadas a este juicio de Nicolás Morales, Pedro Moros López, Carlos Vera Villamizar y Rodolfo García y García, concluyó que Jorge Cristo Jr. había 'obrado dolosamente al emplear maniobras para obtener de la señora Cecilia el otorgamiento del poder, y que como aparece que sin esas maniobras, ella no hubiera consentido en extender el poder, el acto está viciado de nulidad. Pero como no solo se ha demostrado el dolo sino la causa ilícita, ya que el movil generador de esta causa atenta contra la moral y las buenas costumbres y el poder obtenido tuvo por finalidad perjudicar a la señora Cecilia en sus bienes patrimoniales, por ser ilícita esta causa generó nulidad absoluta' ".

Las razones de la sentencia del aquo, fueron claramente rebatidas en el fallo del Tribunal que es objeto del recurso de casación. Pero el impugnante cree que las copias expedidas por el Juzgado Superior de Cúcuta, fueron rechazadas por el Tribunal "más apegado a la pura letra de las pruebas, que al hondo significado moral que ellos tienen". Y vuelve a referirse a las declaraciones de los doctores García y García y Vera Villamizar, que fueron objeto de especial referencia y crítica en la sentencia del Tribunal, como se ha dejado expuesto en la transcripción respectiva.

El censor invita a la Corte a que reconsidere la apreciación probatoria del Tribunal anotando que la soberanía en la apreciación de la prueba no tiene alcance absoluto "y se doblega cuando aparecen elementos notoriamente mal apreciados que es el caso de la sentencia del Tribunal. Sobre todo cuando esos elementos iluminados por un agudo criterio de justicia, descubren la violación de la ley moral que no puede quedar impune".

Advierte el recurrente que "al prosperar el cargo tendría por consecuencia la declaración de nulidad por causa ilícita de la escritura de poder conferido por Cecilia a Jorge Cristo solicitada en el punto a) de la petición 1ª de la demanda; e inexistente por ende el poder, la venta que Jorge Cristo le hizo a Fernando Seguín, utilizándolo, sería inoponible a la supuesta mandante quien conservaría el derecho de propiedad sobre el inmueble; debiendo en estas circunstancias decretarse la petición 6ª del libelo en el sentido expuesto".

Concluye el ataque a la sentencia con un párrafo especial que intitula "Formulación del cargo", manifestando que el Tribunal incidió en evidente error de derecho al menospreciar las pruebas que tuvo en cuenta el juez y de que se hace mérito anteriormente, de las cuales resultan varios indicios necesarios, tendientes a comprobar las maniobras incorrectas a que acudió Jorge Cristo con el fin de hacerse otorgar el poder que le firmó su madre doña Cecilia, las cuales viciaron de causa ilícita este contrato. Menosprecio debido a que el sentenciador no advirtió el hondo significado de todas esas pruebas, de las cuales se infiere indicios necesarios, constitutivos de plena prueba, al tenor del artículo 663 del Código Judicial, que así fue violado al igual que las disposiciones más sustantivas de los artículos 1502 ordinal 4º y 1510 primera parte del Código Civil".

La Corte considera:

La sentencia del Tribunal en su parte motiva, ha expuesto una serie de proposiciones en las cuales se estudian detenidamente las pruebas a que el cargo se refiere, proposiciones que se han sintetizado en orden a determinar que el fallador hizo un análisis de las pruebas que lo llevó a declarar que el fallador aquo había errado al considerarlas con valor suficiente para llegar a las conclusiones de su sentencia. *Si en la apreciación del Tribunal al verificar el examen y crítica de esas pruebas se formó un criterio distinto del de el fallador de primer grado, esa apreciación dentro de la autonomía de que goza el sentenciador, no puede ser destruida en casación,*

sino cuando en el caso objeto del ataque se demuestre por el censor el error de derecho en que se haya incurrido en la valoración de los elementos de convicción aducidos al proceso. Mientras ese error de derecho no se demuestre, la Corte no puede desconocer el criterio del juzgador de segundo grado. Y es lo que acontece en el caso presente, como se va a exponer.

Dice el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, que: "Cuando el sindicado haya sido condenado en el juicio penal como responsable de la infracción, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la existencia del hecho que la constituye, ni la responsabilidad del demandado". Y es un hecho cierto que las copias de las sentencias proferidas por el juzgado superior de Cúcuta, no aparece que se haya proferido esa sentencia condenatoria contra los demandados que obligue al juzgador civil, a tener como probado un hecho y una responsabilidad definidos por una sentencia penal ejecutoriada. Como el impugnante ha hecho especial mención de tales providencias penales, es indispensable verificar el desarrollo procesal que ellas tuvieron. Según la comprobación de autos el Juzgado Superior dictó la sentencia condenatoria a que hace referencia el cargo; llegada en consulta ante el Tribunal, recurso que le daba a esta entidad la plenitud de la competencia para entrar a examinarlo, se revocó el fallo del juzgado superior por haberse consumado la prescripción de la acción penal; pero esa prescripción se produjo antes de haber quedado en firme el auto de proceder, y de consiguiente, como así lo anotó el agente del Ministerio Público, el fallador aquo penal carecía de competencia para proferir la sentencia condenatoria. Luego es evidente que ni aun en el supuesto en que se coloca el censor de querer darle mérito de "indicio necesario" a la sentencia del juez, podría el Tribunal haber aceptado como demostrados hechos que no fueron definidos penalmente en providencias legalmente ejecutoriadas.

El recurrente ha colocado el caso de error de derecho invocado para su sustentación, en lo dispuesto por el artículo 663 del Código Judicial en que se establece que un solo indicio hace plena prueba, cuando se considera necesario "es decir, que es tal la correspondencia entre el hecho indicio y el que se investiga, que, existiendo el uno no puede menos que existir o haber existido el otro".

Y esos indicios necesarios los hace consistir en una providencia penal que fue revocada y en unas declaraciones que han sido objeto por parte del fallador de una crítica razonada que dentro de la soberanía que tiene para apreciarlas no puede ser desconocida por la Corte, sobre todo cuando que tratándose, como lo sostiene el recurrente, de indicios necesarios, ha debido demostrar plenamente que los hechos indicadores son de tal naturaleza que la deducción hecha por el sentenciador llevaba obligadamente a una contraria consecuencia.

El error de derecho en la valoración de las pruebas para deducir la violación de normas sustanciales que el recurrente le imputa al Tribunal, carece de sustentación, y por lo tanto el cargo se rechaza.

Cargo cuarto. El recurrente estima que debe declararse la resolución del contrato de compraventa por falta de pago del respectivo precio. Y lo fundamenta en que "los errores son manifiestos y palpables, violadores de la ley sustantiva en forma indirecta, errores de hecho que representan la omisión de fijarse en pruebas de innegable significado legal". Conceptúa que la confesión del apoderado de Seguín en la contestación de la demanda, autorizada por el artículo 607 del Código Judicial tiene el mérito de plena prueba que le asigna el artículo 606 ibídem, disposiciones éstas que fueron violadas por el sentenciador. "Igualmente violó sin saberlo, el inciso 2º del artículo 1634 del Código Civil por estimar que el pago de los documentos de crédito representativos del saldo del precio del inmueble a Cristo, había sido bien hecho en circunstancias en que Seguín sabía o debía saberlo, que el poder con que aquel obraba había sido revocado; falta que lo despojó de la calidad de deudor de buena fe, que paga a quien cree que es el acreedor o su representante". El censor afirma que esas violaciones convergen al quebrantamiento indirecto de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil.

Para sustentar el cargo el impugnante argumenta que en las posiciones absueltas por el demandado Seguín antes de iniciarse el juicio y que fueron presentadas en copia con la demanda, éste afirma que el precio de la compraventa fue de contado, según los términos de la escritura de enajenación, reproduciendo la cláusula respectiva que dice: "el precio de la venta que hace es la suma de $ 230.000.00 moneda legal, suma que el vendedor confiesa tener recibida a su satisfacción de manos del comprador a quien hoy le hace entrega del bien vendido".

Y que a pesar de esta manifestación el apoderado de Seguín "también confiesa que Seguín sólo dio de contado, al firmarse la escritura la suma de $ 100.000.00, en cheques y dinero efec-

tivo y el saldo del precio por $ 130.000.00 a plazo en letras de cambio aceptadas por él, de vencimiento sucesivo y escalonado''.

Afirma el recurrente que la primera letra vencía en mayo de 1953 y que el 13 del mismo mes se había registrado en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados de Cúcuta la escritura por medio de la cual le fue revocado a Cristo el poder que sirvió para enajenarle los bienes a Seguín y que desde antes de esa fecha éste había sido advertido principalmente por Nayibe Cristo, hermana de Jorge, que el poder había sido revocado; que de todas maneras del 13 de mayo en adelante ''por haber perdido Jorge Cristo la representación de su madre, el deudor Seguín no podía cancelarle las letras a aquél. Si se las pagó hízolo indebidamente. Sin que pueda excusarse invocando su buena fe, que la perdió indudablemente desde el 13 de mayo en que se divulgó públicamente la revocación del poder con que Cristo había obrado''; que a Seguín le habría sido fácil probar el hecho positivo de que canceló todas las letras, si el pago realmente lo realizó; que la carga de la prueba le correspondía en razón de que la falta de pago en que se funda la demanda y la resolución es un hecho negativo, que obliga al deudor a demostrar el cumplimiento de la obligación; que según esta situación Seguín tenía la obligación de entenderse con la verdadera acreedora para la cancelación del saldo del precio que quedó debiendo a plazos.

Manifiesta el censor, que de acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil, en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de incumplirse por uno de los contratantes lo pactado y que más concretamente el artículo 1930 del mismo Código consagra dicha acción si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos; que ''en realidad las únicas razones que el Tribunal invocó para negarse a decretar la acción resolutoria fueron dos: primero, que en la escritura de venta se confiesa que el pago se hizo de contado, a lo cual se agrega que en uno de los hechos del libelo de la demanda se afirma que 'Fernando Seguín dio en pago a aquél (a Jorge Cristo Jr.) por cuenta de sus patrocinadores ocultos varios instrumentos negociables'; y segundo, que en el proceso obra legalmente aducido 'un contrato de transacción celebrado entre el señor Jorge Cristo Jr. y sus hermanas Zaineth, Mohiba y Nayibe Cristo Abrajim en la ciudad de Beirut, el 27 de abril de 1956' ''.

Afirma el impugnante que el Tribunal no leyó la confesión que hace el apoderado de Seguín en la contestación de la demanda en que relata, que, contrariamente a lo que dice la estritura del pago de contado, el precio se entregó parte de contado, cien mil pesos ($ 100.000.00); y el saldo de $ 130.000.00 por cuotas periódicas en letras; que tampoco se fijó el Tribunal en que según la escritura de revocación del poder, Seguín tenía la obligación legal de cancelarle el valor de las letras a Zaineth Cristo a nombre del acreedor. ''Todos estos errores son de hecho, continúa el censor, manifiestos y palpables por falta de apreciar pruebas de importancia vital''.

La Corte considera:

Ha insistido la Corte en múltiples fallos que el error de hecho para que sea viable como causal de casación debe aparecer en forma manifiesta, es decir, que se imponga en forma tan clara y evidente que no sea necesario recurrir a razonamientos o deducciones para demostrar su existencia; que la apreciación que haga el fallador de instancia sobre las cuestiones de hecho quedan confiadas a la autonomía de su juicio y que la distinta interpretación que sobre ellas haga el impugnante no es motivo suficiente para invalidar la apreciación del sentenciador, ni aun en el caso en que la Corte tenga un criterio contrario o diverso al que tuvo el Tribunal en la apreciación de las pruebas, si el error de hecho que se alega no aparece de modo manifiesto en los autos. El impugnante afirma, como se ha visto, que el Tribunal no leyó la confesión que hace el apoderado de Seguín en la contestación de la demanda cuando en ésta se dice que se entregó de contado como precio del contrato la suma de $ 100.000.00 y el saldo de $ 130.000.00 por cuotas periódicas en letras; y que tampoco se fijó el Tribunal en que en virtud del registro de revocación del poder que se le había conferido a Jorge Cristo Jr., Seguín tenía la obligación de cancelarle a Zaineth Cristo el valor de las letras a nombre del acreedor. Estima el censor que esta manifestación del apoderado al contestar la demanda está en contradicción con lo afirmado por el demandado Seguín al absolver posiciones, cuando dijo allí, que el pago había sido hecho de contado. Atrás se ha dejado sintetizada la parte de la sentencia en que el fallador se refiere a la resolución del contrato por falta de pago del precio y hace la afirmación de que ''cuando en la escritura del inmueble consta el recibo del precio, la prosperidad de la acción resolutoria estará condicionada a la plena demostración de que en realidad no se hizo ese pago''. El Tribunal tuvo en cuenta la declaración hecha en el título escriturario de venta en

donde claramente se expresó por parte del vendedor mandatario: "Segundo, que el precio de la venta que hace es de la suma de $ 230.000.00 moneda legal, suma que el vendedor confiesa tener recibida a su satisfacción de manos del comprador que desde hoy hace entrega del bien vendido". Es decir, por voluntad expresa del vendedor se aceptaron como pago del precio los instrumentos negociables a que se refiere la censura; de ahí que en la contestación de la demanda, a que de manera tan especial alude el recurrente, al apoderado de Fernando Seguín expresó: "Es así como es cierto y real que el precio fue recibido a satisfacción de la vendedora".

El censor no invoca como disposiciones sustanciales violadas sino las normas del Código Civil que han sido citadas; ello exonera a la Corte de entrar a determinar con el examen de los textos correspondientes del Código de Comercio, si las letras de cambio que el vendedor recibió como precio a su satisfacción generan o no una situación jurídica distinta de la que el propio recurrente ha planteado.

El Tribunal al hacer el examen de la acción resolutoria sobre que versa el cargo, hizo expresa referencia, como se ha dejado expuesto, a un contrato de transacción debidamente legalizado cuya copia obra en autos y conforme al cual —primera parte— "Zaineth, Mohiba y Nayibe Cristo Abrajim", declaran que Jorge Asaf Saliba (segunda parte de la transacción) conocido en Colombia por Jorge Cristo Jr. "habiendo la segunda parte, es decir, Jorge Cristo Jr. en el mes de abril de 1953 (la escritura de venta está fechada el 13 de abril de 1953, observa la Corte) efectuado venta de los bienes de su señora madre Cecilia ... bienes éstos existentes en Cúcuta, Colombia, por el valor de $ 230.000.00 colombianos que *él ha recibido y empleado en sus propios intereses personales;* y habiendo su referida señora madre plantado demanda de acción penal, por abuso de confianza contra su hijo Jorge (segunda parte) ... habiendo la misma madre plantado otra demanda ante los Tribunales competentes de Cúcuta, Colombia, pidiendo la anulación de la venta que allá efectuara su referido hijo Jorge de propiedades de ella. En su calidad de herederos legales de la primera parte han seguido el curso de los procesos indicados, levantados contra la segunda parte acusada, se ha celebrado un arreglo entre ambos y aceptada la transacción bajo las siguientes condiciones: 1º) Desiste la segunda parte demandante, de todo derecho, reclamación o juicio sobre la primera parte, intentado o por intentar sobre la herencia. 2º) Desiste la primera parte y abandona las acusaciones y procesos plantados contra la segunda parte en los Tribunales, solamente de la Re. Libanesa ya arriba expresadas y de todo otro derecho a su respecto y que podrían derivarse de ellos por la suma que convenida en el arreglo de (47) cuarenta y siete mil libras libanesas que de manos de la segunda parte ha recibido a su entera satisfacción en un cheque extendido ... Ese arreglo celebrado y efectuado no debe nada influir al curso y trámites de los procesos levantados por ante la justicia colombiana reclamando la anulación y la restitución de lo vendido. Hay un sello. 3º) Considérase la cuantía esa como pago total que corresponde solamente del montante que *percibiera* la segunda parte como precio de los bienes vendidos luego haber obtenido el monto de sus derechos hereditarios que le caben, de su madre y hecho cesión de la totalidad de esos derechos a la parte y que son los que le tocan en los dichos bienes vendidos por él en Cúcuta, Colombia. 4º) No entran en ese arreglo celebrado y aceptado todos los otros procesos plantados y actuados todavía pendientes en los Tribunales de Cúcuta, Colombia, y los que ellos proviene o han de provenir".

Analizando esta transacción, el Tribunal ha llegado a la conclusión que se insertó antes. Y en efecto, no puede alegarse error evidente, al pretender, como lo hace el recurrente, negar que el precio de la venta hecha por Jorge Cristo a Seguín no fue pagado, cuando claramente en el documento transcrito se manifiesta que sí lo fue "y las partes hacen mutuas concesiones teniendo por fundamento precisamente el pago".

Y es aceptable la consecuencia que hace el Tribunal cuando advierte que en virtud de las estipulaciones que integran la transacción, lo lógico hubiera sido ponerle fin a este juicio. Esa apreciación del Tribunal no puede ser desvirtuada porque el recurrente la estima en forma distinta. No puede prescindirse de entender la prueba como el sentenciador la estimó, para darle paso a la pretensión del recurrente al demeritar la argumentación que sobre ella hizo el fallador. Llegando a la parte del cargo en que el censor manifiesta que debido a la revocatoria del poder que se le había otorgado a Jorge Cristo Jr., Seguín tenía la obligación de cancelarle las letras a nombre del acreedor, se ha examinado, al estudiar el contrato de transacción, cómo las hermanas Cristo Abrajim reconocieron que Jorge Cristo Jr. había recibido el valor total de la venta efectuada por éste en Cúcuta; luego si ello es cierto, mal podría la parte actora pretender que las letras giradas por Seguín le fueran pagadas

a dicha parte, cuando ya se había reconocido implícitamente su cancelación.

Por lo demás y en armonía con lo dispuesto en el artículo 2199 del Código Civil, y aunque el mandante pueda revocar a su arbitrio el mandato (artículo 2191 ibídem) la revocación sólo produce efectos respecto de terceros desde que estos la conocieron, aunque el mandatario haya obrado de mala fe a sabiendas de la expiración del mandato, caso en el cual queda obligado a indemnizar al mandante. En el presente litigio quedó establecido que al celebrar Seguín el contrato de compraventa no tenía conocimiento de que el poder le hubiera sido revocado a su vendedor Jorge Cristo Jr. La simple comparación de fechas de la escritura correspondiente y de la cancelación y publicación del mandato llega a esa conclusión definitiva; luego los efectos del referido contrato tienen para Seguín plena validez.

No prospera el cargo.

Quinto cargo. Lo formula el recurrente acusando el fallo por error evidente de hecho en la interpretación del contrato de transacción, error que lo llevó a violar indirectamente los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, que consagran la acción resolutoria por falta de pago en el contrato de compraventa. Este ataque lo fundamenta el censor expresando que el documento de transacción se refiere a los procesos adelantados ante los Tribunales del Líbano en donde "según el mismo y según constancias que obran en autos, se había establecido una demanda penal por abuso de confianza ante los mismos Tribunales y una demanda de nulidad 'de otra venta efectuada por el mismo Jorge Cristo a favor de su hijo' ". Expone el censor que la transacción se refirió únicamente a los negocios penales y civiles tramitados en el Líbano y en ninguna forma se hizo referencia a la venta hecha por Jorge Cristo a Seguín.

La Corte considera:

No incurrió el Tribunal en el error de hecho en la interpretación del contrato de transacción que se ha dejado transcrito al examinar el cargo anterior, pues el fallador tuvo en cuenta las cláusulas cuya transcripción omite el recurrente en la parte que favorece a los demandados, y de las cuales deduce que Jorge Cristo Jr. recibió el precio de la venta hecha a Seguín.

Un razonamiento distinto sobre el contexto expreso de la parte pertinente de la transacción que se ha comentado, no desvirtúa la apreciación hecha por el Tribunal que es autónomo en esa apreciación a menos que el error de hecho se manifieste en forma claramente ostensible.

Se rechaza el cargo.

No habrá condenación en costas en atención a la rectificación de doctrina que se le hace al Tribunal.

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 treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en el juicio ordinario seguido por Zaineth Cristo contra Jorge Cristo y Fernando Seguín.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Secretario.
Ricardo Ramírez L.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Causal 1ª de casación. Aporte de industria. Situación jurídica del socio industrial sus deberes y derechos, y a quién corresponde la facultad decisoria en la sociedad de responsabilidad limitada. El término de duración en los contratos de sociedad. Carácter de los artículos 1602, 2079 y 2673 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., octubre 10 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava.*

La Corte procede a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 21 de julio de 1964, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario de Vacys Vileikis contra Jorge Llinás Olarte.

Antecedentes

1. Por la Escritura número 806, extendida en la Notaría Segunda de Bogotá el 22 de febrero de 1955, los señores doctor Jorge Llinás Olarte, Otto Angulo y Vacys Vileikis constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada bajo la razón social de "El Cigüeñal, Limitada", con domicilio en esta misma ciudad y con el objeto de explotar "el negocio de reparación de toda clase de motores, venta de repuestos, de accesorios para automóviles, y en general todos los negocios relacionados con el ramo de automotores", pudiendo también dedicarse a otros negocios lícitos de comercio que no fueran contrarios a su objeto social. El capital de la compañía se fijó en la suma de $ 121.057.22, que fue aportada y cubierta en su integridad por el contratante Llinás Olarte, quien asumió así el carácter de único socio capitalista, tomando los señores Angulo y Vileikis la calidad de socios industriales. Se estipuló además:

a) Que los socios industriales "están obligados a trabajar exclusivamente en beneficio de la sociedad, dedicando todo su tiempo y capacidad a ella, y no podrán, mientras la sociedad dure, dedicarse a ninguna otra clase de negocios".

b) Que "la responsabilidad del socio capitalista queda limitada al monto de su aporte".

c) Que los socios delegan en el socio Angulo la administración y representación de la sociedad, y que en sus ausencias temporales será reemplazado por el socio Vileikis.

d) Que las utilidades de la compañía se repartirían entre los socios así: el 50% para el socio capitalista, y el otro 50% para los dos socios industriales por iguales partes.

e) Que mensualmente el socio capitalista podría retirar por concepto de utilidades hasta la suma de $ 3.000.00 y cada uno de los socios industriales hasta la cantidad de $ 1.500.00.

f) Que la duración de la sociedad sería de diez años, contaderos desde la fecha de la escritura.

g) Que "la sociedad se disolverá por muerte de uno de los socios industriales, por pérdida del cincuenta por ciento (50%) del capital o por cualquiera de las causas señaladas por la ley".

2. Por la Escritura número 3194, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá el 14 de octubre de 1957, los mismos señores Jorge Llinás Olarte, Otto Angulo y Vacys Vileikis introdujeron algunas reformas en los estatutos de la sociedad "El Cigüeñal, Limitada", de las cuales importa recordar las siguientes:

a) Los socios aceptan el retiro de la compañía del socio Angulo y continúan en ella el so-

cio capitalista Llinás Olarte y el socio industrial Vileikis.

b) La dirección técnica y la administración provisional de la sociedad quedan a cargo de Vileikis, y el socio Llinás se reserva la representación de la misma y el derecho de asumir o delegar su administración en cualquier momento.

c) Mensualmente podrá el socio Llinás retirar, por concepto de utilidades, hasta la suma de $ 3.000.00, y el socio Vileikis hasta la cantidad de $ 1.500.00.

d) Las utilidades de la compañía se partirán entre los dos socios así: el setenta y cinco por ciento para el socio Llinás y el veinticinco por ciento para el socio Vileikis, y "en caso de pérdidas queda a voluntad discrecional del socio capitalista continuar o liquidar la sociedad".

e) El socio industrial encargado de la administración será reemplazado en sus ausencias temporales por la persona que designe el socio capitalista.

3. Por la Escritura número 2876, corrida ante el Notario Primero de Bogotá el 19 de agosto de 1958, el doctor Jorge Llinás Olarte recordó la formación y la reforma de los estatutos de la sociedad "El Cigüeñal, Limitada" y declaró: "Tercero. Que en virtud de la calidad de único socio capitalista y por consiguiente de dueño de la totalidad del interés y haber social y en conformidad con las disposiciones vigentes, especialmente con las contenidas en el Decreto legislativo número doscientos treinta y nueve (239) de mil novecientos cincuenta y siete (1957), le otorga el derecho de voto exclusivamente al socio capitalista, quitándole por tanto toda capacidad legal al socio industrial para intervenir en las decisiones que competen a la junta de socios, declara disuelta la sociedad denominada 'El Cigüeñal, Limitada', domiciliada en esta ciudad, constituida en la forma antes dicha y formada hasta hoy por el compareciente con el señor Vacys Vileikis". Por el mismo instrumento el doctor Llinás Olarte designó liquidador de la sociedad al doctor Pablo Emilio Manotas y le fijó a éste un término de noventa días para realizar su trabajo.

4. Por la Escritura número 4605, extendida en la Notaría Primera de Bogotá el 29 de diciembre de 1958, el doctor Pablo Emilio Manotas llevó a cabo la liquidación de la sociedad "El Cigüeñal, Limitada". Encontró el liquidador que las utilidades de la compañía montaban la suma de $ 232.143.62 y dividió este guarismo entre los socios Llinás y Vileikis en la proporción del setenta y cinco por ciento para el primero y del veinticinco por ciento para el segundo.

El litigio

A principios del mes de diciembre de 1958 el nombrado Vacys Vileikis, obrando por medio de apoderado, demandó a los doctores Jorge Llinás Olarte y Pablo Emilio Manotas ante el Juez Noveno Civil del Circuito de Bogotá para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara que es "absolutamente nula en todas sus partes la declaración de voluntad del doctor Jorge Llinás Olarte, que consta en la Escritura pública número dos mil ochocientos setenta y seis (2876), otorgada el diecinueve (19) de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) en la Notaría Primera de Bogotá".

El demandante formuló además varias súplicas subsidiarias, así: como primera subsidiaria, que se declarara "absolutamente nulo el nombramiento del doctor Pablo Emilio Manotas como liquidador de la sociedad, hecho por el doctor Jorge Llinás Olarte en la escritura citada en el hecho quinto"; como segunda subsidiaria, que se declarase que "el acto que consta en la escritura pública citada en el hecho quinto, no se puede oponer a mi representado", y como tercera subsidiaria, que se hiciese la declaración de que "el nombramiento del doctor Pablo Emilio Manotas como liquidador de la sociedad 'El Cigüeñal, Limitada', hecho por el doctor Jorge Llinás Olarte, en la escritura citada en el hecho quinto, no puede oponerse a mi representado".

El doctor Pablo Emilio Manotas evacuó el traslado de la demanda diciendo que no entendía por qué se lo demandaba cuando era ajeno a las relaciones contractuales entre el señor Vileikis y el doctor Llinás; que se oponía a las pretensiones del actor y que no negaba ni afirmaba los hechos expuestos en el mismo libelo.

El demandado, doctor Llinás, expresó que se oponía también a las declaraciones impetradas y que los hechos no eran como aparecían expuestos en la demanda.

La primera instancia del litigio culminó con el fallo de 23 de junio de 1960, en el cual se declaró absolutamente nulo, por carencia de causa, el acto de disolución de la sociedad "El Cigüeñal, Limitada", ejecutado por el doctor Jorge Llinás Olarte y consignado en la Escritura número 2876, pasada ante el Notario Primero de Bogotá el 19 de agosto de 1958, se dispuso can-

celar la inscripción de tal instrumento y se condenó en costas al demandado Llinás.

La sentencia acusada

El mismo demandado Llinás apeló de la sentencia expresada y, surtido el segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió el fallo de 21 de julio de 1964, por el cual se revocó en todas sus partes la decisión apelada, se absolvió a los demandados de los cargos que se les formularon y se condenó al actor a cubrir las costas de la primera instancia.

La motivación de la sentencia del Tribunal hace la reseña de los términos y del desarrollo de la litis, recuerda los fundamentos del fallo de primer grado y encuentra establecidos los presupuestos procesales. En seguida acomete el estudio del punto relativo así el socio capitalista en una sociedad de responsabilidad limitada, puede por sí solo declarar disuelta esa compañía, esto es, sin consultar la opinión o el consentimiento del socio industrial, aunque reconociéndole derecho a su cuota en los beneficios sociales. Hace a este respecto una confrontación entre la sociedad colectiva y la de responsabilidad limitada y dice que entre estas dos especies de compañía hay factores comunes, pero que también existen aspectos que las diferencian, tales como la formación del capital social, el aporte de industria, etc. Agrega que la sociedad de responsabilidad limitada participa de la naturaleza de la sociedad colectiva, pero no de modo exclusivo, porque también ofrece características que la acercan a la sociedad de capital. Apunta algunas de esas características y expresa:

"Estas someras y elementales diferencias justifican la disposición del artículo 6º de la Ley 124 de 1937 al establecer éste que 'el aporte de industria no da lugar más que a una participación en los beneficios sociales'. Quiere ello decir que los socios industriales carecen de interés decisorio sobre los actos de administración o disposición de la sociedad, que queda en consecuencia reservado a los capitalistas.

"En realidad, si los actos de administración y disposición comprometen el patrimonio social, el fondo aportado, sólo podrá decidir sobre ellos quien tenga la calidad de aportante o de interesado en el fondo social".

Observa que, conforme a lo dispuesto por los artículos 515 del Código de Comercio y 2080 del Código Civil, en las sociedades colectivas el acuerdo de la mayoría de los socios obliga a la minoría cuando se refiere a actos de administración o de disposición comprendidos en el giro de los negocios sociales, pero que la unanimidad es necesaria cuando se trata de introducir modificaciones en el contrato social, a menos que en éste se estipule otra cosa. Advierte que en la sociedad "El Cigüeñal, Limitada" nada se pactó a este respecto, salvo el caso de que se produjeran pérdidas, caso en el cual el socio capitalista, doctor Llinás, podría continuar en la compañía o disolverla.

Refiriéndose en concreto a la disolución de la sociedad nombrada, expresa la sentencia que ese acto se rige por las normas del Código Civil en virtud de lo prescrito por los artículos 11 de la Ley 124 de 1937 y 532 del Código de Comercio. Recuerda que el artículo 2133 del Código Civil establece que "la sociedad podrá expirar en cualquier tiempo por el consentimiento unánime de los socios" y dice que, coordinando esta disposición con el artículo 6º de la Ley 124, se concluye que el consentimiento unánime para disolver en forma extraordinaria una sociedad de responsabilidad limitada es el de los socios capitalistas, es decir, que para ejecutar esa disolución no se requiere el consentimiento del socio industrial, porque éste no tiene derecho sino a participar en los beneficios sociales. Según el fallo, esta conclusión aparece confirmada por el texto del artículo 2127 del Código Civil, que dispone que, si el socio industrial no pone su industria al servicio de la sociedad, los otros socios "tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta". Aunque en esta litis no se trata de un caso de incumplimiento del socio industrial, el precepto citado pone de relieve que hay casos en que los socios capitalistas pueden dar por disuelta la compañía sin tener en cuenta la voluntad de los socios industriales. A continuación expresa:

"La facultad de disolución por acuerdo está reservada a los socios capitalistas en las sociedades limitadas, porque el acto implica una disposición del interés social que está radicado exclusivamente en la mencionada clase de socios. Si el industrial limita su interés a la percepción de su cuota de beneficios o utilidades, carece de él para disponer de la suerte del capital social".

Afirma la misma sentencia que el *status* del socio industrial en las sociedades limitadas se asimila al que tiene la propia clase de accionistas en las compañías anónimas y que, si en éstas la disolución de la sociedad puede ser decretada por la mayoría de los accionistas prevista en los estatutos, correspondiendo el voto a las acciones que representa capital, debe concluirse que lo

mismo ha de ocurrir en el caso de disolución de una sociedad limitada. Luego añade: "Se agrega a lo anterior lo previsto en el Decreto 239 de 1957, en el cual se modifica el régimen de las decisiones de los socios en las sociedades limitadas para establecer la prevalencia de las mayorías absolutas en lugar de la unanimidad. Claro que tanto la mayoría como la unanimidad se refieren a los socios capitalistas, como expresamente lo consagra el inciso segundo del artículo 1º del decreto citado, que corresponde a lo dicho a propósito del artículo 6º de la Ley 124 de 1937".

El fallo se extiende en otras consideraciones que no hacen al caso y concluye así:

"De todo lo precedentemente expuesto se llega a la convicción de que en las sociedades de responsabilidad limitada los socios industriales carecen de la facultad de decidir y sólo tienen interés vinculado a la cuota de beneficios que les corresponda, facultad que se concede exclusivamente a los socios capitalistas, dueños del interés social.

"La disolución voluntaria de la sociedad es un acto decisorio de ella que se adopta por los socios con capacidad para decidir, porque no se limita a una revocatoria o resolución voluntaria de un contrato, sino que implica una disposición de interés social.

"En consecuencia, el socio industrial de una sociedad limitada no tiene facultad legal para determinar la disolución ni para participar en semejante determinación y, por lo mismo, carece de legitimación para oponerse a la disolución, ya que la tiene limitada exclusivamente a la percepción del beneficio social que le corresponde.

"Y si no está legitimado para oponerse, porque no se está disponiendo de nada que le pertenezca en el haber social, tampoco está legitimado para instaurar acción que pretenda invalidar el acto de disolución, ya que esta sería una manera de expresar la oposición que no puede plantear".

El recurso de casación

Con invocación de la causal primera, la demanda de casación formula contra la sentencia de segundo grado ocho cargos que la Corte procede a examinar, previa la advertencia de que la parte opositora replicó dicha demanda.

Primer cargo. Se hace consistir en el quebranto directo, por interpretación errónea, del artículo 6º de la Ley 124 de 1937.

En sustentación de esta censura el recurso transcribe unos pasos de la sentencia en que se afirma que, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 6º de la citada Ley 124, el socio industrial carece de "interés decisorio" sobre los actos de administración y disposición de la sociedad, que dicho interés corresponde a los socios capitalistas y que en consecuencia éstos pueden ejecutar por sí solos el acto dispositivo de disolver la compañía en cualquier tiempo. Dice que el resultado de esta concepción fue el de reconocerle efectos jurídicos contra el socio Vacys Vileikis al acto de disolución de la sociedad efectuado unilateralmente por el socio Llinás Olarte. El impugnante entra a refutar este concepto expresando que el mencionado artículo 6º no consagra "una limitación de alcance universal", sino que la contrae a la sola participación en los beneficios sociales, y agrega: "En modo alguno la norma objeto de análisis cercena la *affectio societatis*, ni la aptitud de decisión, ni la potestad de intervenir en todos los actos de administración y con mayor razón en aquel enderezado a ponerle término al contrato social".

El recurso hace otras consideraciones sobre este punto, transcribe un concepto de Ripert sobre lo que es el aporte de industria en una sociedad y dice que, si el socio industrial no tuviese derecho a intervenir en el desenvolvimiento de la vida o en las actividades de la compañía y en las decisiones de los socios capitalistas, no se lo podría tener como tal socio, sino como un simple empleado que ni siquiera disfrutaría de las garantías de la legislación laboral. Cita en su apoyo un concepto doctrinal y una jurisprudencia de la Corte sobre que el aportante de industria en una sociedad tiene la calidad de socio y afirma que la tesis sustentada por la sentencia lleva a la consecuencia insólita de reconocer un derecho sin los medios de hacerlo valer.

De estos razonamientos deduce el impugnante estas conclusiones:

"1ª Quien aporta su industria en la sociedad de responsabilidad limitada es tan socio como el que aporta dinero u otros objetos.

"2ª Que la excepción limitativa de esa igualdad consagrada en el artículo 6º de la Ley 124 de 1937, única y exclusivamente se refiere a la participación en los beneficios o utilidades.

"3ª Que el Tribunal, al estimar que el socio industrial carece en absoluto de todo derecho, fuera del de participar en las utilidades, error

que lo indujo a considerar plenamente válido el acto disolutorio consumado por el doctor Llinás Olarte y a negar a Vileikis el derecho de impugnarlo, violó directamente el artículo 6º de la Ley 124 de 1937, norma que fue infringida por errónea interpretación".

Segundo cargo. Consiste en la violación directa, por interpretación errónea, del Decreto 239 de 1957.

El recurso hace referencia a los conceptos del fallo sobre que el mencionado Decreto 239 modificó "el régimen de las decisiones de los socios en las sociedades limitadas para establecer la prevalencia de las mayorías absolutas en lugar de la unanimidad" y sobre que en el caso de esta litis la disolución de la compañía se acordó por unanimidad, debido a que el doctor Llinás era el único socio capitalista, y dice que tales conceptos son equivocados y contradictorios. Expresa que el decreto aludido preceptúa que, en las sociedades limitadas, el capital se divide en porciones iguales, que cada porción da derecho a un voto y que las decisiones se toman por mayoría absoluta. Sostiene que no hay la menor duda de que las decisiones de que habla este estatuto, son y no pueden ser sino las de carácter administrativo, y ello porque la sociedad de responsabilidad limitada es un contrato, porque todo contrato constituye una ley para las partes que lo celebran, porque el término de duración de una compañía es una estipulación primordial que obliga a los contratantes y porque los contratos no pueden modificarse ni invalidarse sino por el consentimiento mutuo de quienes los concertaron. Siendo esto así y en ausencia de pacto expreso en contrario, resulta que el acto de disolución de una sociedad antes del término fijado, reclama el asentimiento unánime de todos los asociados. En seguida concluye:

"De lo anterior se desprende, geométricamente, que el socio o socios, dueño o dueños del mayor número de porciones de capital, no están investidos de potestad legal para imponerle a la minoría, válidamente, su querer arbitrario en cuanto a la vigencia o extinción del contrato, según el caso.

"Por tanto, al concluir el Tribunal que el acto de disolución de la sociedad, consumado por el doctor Llinás Olarte, estaba autorizado por el Decreto 239 y que por tal razón era oponible a su socio Vacys Vileikis, violó directamente el referido decreto, estatuto que fue infringido expresamente por errónea interpretación".

Tercer cargo. Consiste en la infracción directa, por falta de aplicación del artículo 2079 del Código Civil.

Esta disposición establece que la sociedad o compañía es un contrato, y como tal vincula a quienes lo celebran y excluye la posibilidad de que uno de los contratantes pueda ponerle término a su arbitrio. "Luego el Tribunal —dice el recurso— al aceptar que un socio, contra la voluntad del otro, en una sociedad de dos, puede a su talante declararla disuelta, como ocurrió en el caso, desconoció la calidad contractual de la convención por medio de la cual los señores Llinás y Vileikis crearon ese ente jurídico llamado sociedad. Y si desconoció la expresada calidad, dejó de aplicar el artículo 2079 del Código Civil, que afirma de la sociedad ser un contrato".

Cargo cuarto. Versa sobre la violación directa, por falta de aplicación, del artículo 1602 del Código Civil.

Sobre este motivo expresa el recurso que el doctor Llinás Olarte puso término unilateralmente al contrato de sociedad ajustado con el señor Vileikis y que la sentencia aceptó como válido ese proceder por considerar que en el mismo doctor Llinás se conjugaba una "unanimidad" de votos, esto es, un "conjunto de ánimos". Sin embargo, el socio Llinás contrató con Vileikis en su calidad de "individuo", de ente humano indivisible, y no como una persona múltiple, y no es por tanto lógico ni jurídico estimarlo como tal individuo para contratar y como asamblea para disolver la compañía. "Luego —expresa el recurso— el Tribunal, al estimar y tener como válido el acto consumado por el doctor Llinás Olarte, del cual da cuenta la escritura número 2876, ya citada, y al resolver que dicho acto producía efectos jurídicos contra el señor Vacys Vileikis, violó directamente el artículo 1602 del Código Civil, en forma expresa, por falta de debida aplicación".

Quinto cargo. Consiste en la violación indirecta, por falta de aplicación, del mismo artículo 1602 del Código Civil, a causa de error de hecho en la apreciación de las pruebas.

Según el impugnante, el artículo 1602 del Código Civil acogió el principio de la autonomía de la voluntad al establecer que el contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, ley que tiene primacía sobre las normas que regulan materias similares, las cuales sólo tienen carácter supletorio. En la escritura número 3194, del 14 de octubre de 1957, se estipuló que

"en caso de pérdidas queda a voluntad discrecional del socio capitalista continuar o liquidar la sociedad". De acuerdo con este pacto, el doctor Llinás sólo podía declarar disuelta la sociedad y liquidarla en el caso de comprobar previamente que se habían producido pérdidas, pero no acudió a este procedimiento, sino que echó mano del Decreto 239 para poner término a la citada compañía.

"A través del breve razonamiento que antecede —dice el impugnante— se deja establecido que el Tribunal, por pasar en absoluto silencio, sin la más mínima alusión, sin la más mínima referencia, la Escritura número 3195, en cuya cláusula transcrita se pactó la única forma de disolver y liquidar la sociedad, incurrió en error manifiesto de hecho, yerro que lo indujo a violar indirectamente el artículo 1602 del Código Civil, precepto que erige en ley el acuerdo de las partes, ley ante la cual las de vigencia general apenas tienen el carácter de supletorias o subsidiarias y que, como tales, sólo son susceptibles de ser aplicadas cuando los contratantes guardaron silencio en puntos que son de la naturaleza del contrato".

Sexto cargo. Se hace consistir en el quebranto indirecto, por falta de aplicación, del artículo 2673 del Código Civil, a causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas. Como norma probatoria violada se cita el artículo 630 del Código Judicial.

El doctor Pablo Emilio Manotas practicó la liquidación de la sociedad "El Cigüeñal, Limitada" y consignó ese acto por la escritura número 4605, corrida ante el Notario Primero de Bogotá el 29 de diciembre de 1958. Este instrumento no aparece inscrito en el Registro de Instrumentos Públicos; no obstante esa circunstancia, el fallo lo estimó como prueba, incurriendo así en un error de derecho. En efecto, el artículo 630 del Código Judicial dispone que para ser tenida como prueba una escritura pública, debe presentarse copia autorizada de ésta con la nota de haberse hecho su registro en la forma debida, y el artículo 2673 del Código Civil establece que ninguno de los títulos sujetos a registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad o funcionario si no ha sido inscrito en la respectiva oficina. La escritura que se menciona no podía ser apreciada como prueba por no haber sido inscrita, y la sentencia, al estimarla como tal prueba, cometió un error de derecho.

Séptimo cargo. Versa sobre la infracción indirecta, por falta de aplicación, del artículo 1602 del Código Civil, a causa de error de hecho en la apreciación de las pruebas.

Apunta el recurso que la sentencia expresa que el liquidador de la sociedad "El Cigüeñal, Limitada" practicó un inventario de los bienes de esa compañía, que tal inventario fue suscrito por los señores Llinás y Vileikis y que además este último recibió del propio liquidador la suma de $ 4.000.00 a cuenta de su participación en las utilidades sociales.

El señor Vileikis absolvió unas posiciones y confesó en ellas haber firmado el inventario y recibido los expresados $ 4.000.00, pero agregando que lo hizo por necesidad en razón de que carecía de medios para atender a la subsistencia de su familia y que además él no había aceptado al doctor Manotas como liquidador. Según el recurso, esta confesión de Vileikis es indivisible, y la sentencia, al considerarla divisible, incurrió en un error de hecho que la indujo a quebrantar indirectamente el artículo 1602 del Código Civil. La explicación que Vileikis da de la causa por la cual recibió los $ 4.000.00, está íntimamente vinculada con el hecho confesado y por tanto su confesión es indivisible. Además, como al confesar el mismo Vileikis haber suscrito el inventario de los bienes, manifestó que no había aceptado al doctor Manotas como liquidador, su firma en esa pieza "no puede estimarse como medio a través del cual manifestó su asentimiento respecto de la liquidación, o de la disolución".

Octavo cargo. Consiste en la infracción directa, por falta de aplicación, del artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

El impugnante recuerda que la sentencia trajo a colación y aplicó en esta litis lo dispuesto por el Decreto 239 de 1957 y sobre régimen de votación de los socios capitalistas en las sociedades de responsabilidad limitada. Reproduce el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, que prescribe que, "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración"; dice que la sociedad "El Cigüeñal, Limitada" se constituyó antes del decreto mencionado, cita varios de los preceptos que regulan el funcionamiento de las sociedades colectivas y que eran aplicables a la compañía expresada y afirma que, al dar aplicación en este caso al mismo decreto, se le dio a este estatuto un alcance retroactivo y se violó así el citado artículo 38 de la Ley 153. "Luego el Tribunal —dice el recurso— al creer que para el presente caso era aplicable el Decreto 239, violó expresamente, por falta de aplicación, el

artículo 38 de la Ley 153 de 1887, consagratario del principio de la irretroactividad de la ley en materia contractual".

Consideraciones de la Corte:

I. Antes que todo cumple recordar y no perder de vista que, según los términos de la demanda inicial de esta litis, las pretensiones del actor Vileikis consisten en obtener la declaración principal de nulidad de los actos de disolución de la sociedad "El Cigüeñal, Limitada" y de nombramiento del liquidador y la subsidiaria de inoponibilidad de esos mismos actos al propio demandante.

También conviene tener presente que la causal primera de casación consiste siempre en la violación de ley sustancial, violación que puede ser directa o indirecta. Por ley sustancial se entiende la norma que, previendo un hecho o aludiendo a él, le atribuye al mismo hecho consecuencias jurídicas consistentes en otorgar un derecho subjetivo o en imponer obligaciones a la persona que toma parte en la ejecución de tal hecho. Sólo el quebranto de una norma de esta índole puede producir la casación de un fallo. La infracción de preceptos adjetivos o instrumentales no es por sí sola suficiente para determinar la infirmación de una sentencia. En el campo de la causal primera, la violación de tal clase de preceptos no tiene trascendencia sino cuando, por causa de ella, se produce también el quebranto de disposiciones sustanciales.

II. *El primer cargo que se formula contra la sentencia versa sobre la infracción directa, por interpretación errónea, del artículo 6º de la Ley 124 de 1937.* Sostiene el impugnante que el fallo violó esta norma al entender y expresar que el socio industrial de una compañía limitada no tiene en ésta más que el derecho de participar en las utilidades, es decir, que tal socio carece de facultad decisoria sobre las actividades de la sociedad y que no está en consecuencia llamado a tomar parte en el acto dispositivo de su disolución, ni puede oponerse a ese mismo acto.

El artículo 2079 del Código Civil estatuye que "la sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación". En términos similares se pronuncia el artículo 1º del Decreto 2521 de 1950, reglamentario de las normas sobre sociedades anónimas.

El artículo 2081 ibídem prescribe que "no hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero".

El artículo 493 del Código de Comercio dispone en relación con la sociedad colectiva que "el fondo social se compone de los aportes que cada uno de los socios promete entregar a la sociedad" y que "pueden ser objeto de aporte el dinero, los créditos, los muebles e inmuebles, las mercedes, los privilegios de invención, el trabajo manual, la mera industria, y en general toda cosa comerciable, capaz de prestar alguna utilidad".

Respecto de la sociedad anónima establece el artículo 30 del citado Decreto 2521 de 1950 que "no hay sociedad si cada uno de los accionistas no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero", y los artículos 571, 572 y 573 del Código de Comercio, prescriben que el fondo social se dividirá en acciones, que éstas pueden ser acciones de capital y acciones de industria, que las acciones de industria sólo confieren derecho a una parte proporcional en los beneficios de la sociedad y que "se presume que los socios industriales tienen también derecho al fondo social, toda vez que no se haya verificado la clasificación de acciones de capital y acciones de industria". También el artículo 55 del mismo Decreto 2521 dispone que "los socios industriales tendrán derecho al fondo social sólo cuando no se hayan emitido acciones de capital y acciones de industria en series distintas, o cuando, habiéndose emitido ambas series, el estatuto les conceda este derecho".

Y finalmente el artículo 6º de la Ley 124 de 1937, sobre sociedades de responsabilidad limitada, preceptúa que "el aporte de industria no da lugar más que a una participación en los beneficios sociales".

El aporte de industria consiste en la prestación de un servicio intelectual o material a la sociedad; constituye una obligación de hacer de ejecución sucesiva, esto es, la obligación del aportante de consagrar su tiempo y su actividad a realizar el trabajo prometido.

Los preceptos que vienen citados ponen de manifiesto que el trabajo o la industria puede ser objeto de aporte a una sociedad. Unas veces se admite este aporte como parte integrante del capital o fondo social, y otras sólo se lo acepta con derecho a participar en los beneficios sociales.

Las sociedades colectivas lo admiten como parte del fondo social; las anónimas pueden recibirlo con imputación a capital o sólo con derecho a una fracción de las utilidades, y las compañías de responsabilidad limitada no lo permiten sino con derecho a participar en los beneficios sociales. La causa de esta última prescripción radica en que los artículos 2º y 3º de la Ley 124 de 1937, exigen el pago íntegro del aporte en el momento de constituirse la sociedad de responsabilidad limitada, a fin de que se forme desde entonces el fondo social que ha de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se contraigan con terceros. Siendo el aporte de industria una prestación de tracto sucesivo, resulta que no se lo puede enterar de una vez al formarse la compañía; y de aquí que en las sociedades de responsabilidad limitada no se lo pueda admitir como parte del capital social, aunque sí con derecho a una participación en las utilidades.

Fuera de lo anterior, el artículo 1º del Decreto 239 de 1957 dispone que "toda sociedad de responsabilidad limitada debe tener dividido su capital en partes sociales de igual valor, y cada socio tendrá tantos votos cuantas partes o intereses sociales tenga en la compañía" y que "las decisiones de los socios en las sociedades de responsabilidad limitada deberán tomarse por mayoría absoluta de votos". *Como el aporte de industria en la sociedad de responsabilidad limitada no hace ni puede formar parte del capital social, resulta que, según el precepto citado, el socio industrial, como tal, no tiene facultad decisoria para intervenir con su voto en los acuerdos relativos a la gestión de los negocios sociales. Esta gestión está reservada a los socios capitalistas, quienes han de tomar sus decisiones por mayoría absoluta de votos.*

De acuerdo con lo expuesto, el socio industrial en la compañía de responsabilidad limitada no tiene derecho de voto en las decisiones relativas a la gestión de los negocios sociales y sólo participa en las utilidades de la sociedad. Por estos aspectos, es un socio con derechos restringidos. Pero no debe olvidarse que una sociedad, cualquiera que sea su clase, constituye fundamentalmente un contrato de carácter plurilateral y que como tal engendra derechos y obligaciones de índole diversa entre quienes concurren a celebrarlo. Las estipulaciones acordadas en él son una ley para los contratantes y no pueden ser alteradas ni invalidadas sino en la forma prevista por los estatutos o por los preceptos positivos. El quebranto de esas estipulaciones conlleva la sanción legal correspondiente.

Así, una de las estipulaciones ordinarias en todo contrato de sociedad es la concerniente al término de duración de la misma compañía. Fijado este período, los contratantes están obligados a permanecer asociados durante su transcurso, de manera que, antes de su expiración, ninguno de ellos puede rtirarse sino por una causa legal, como lo sería, por ejemplo, el consentimiento de sus demás consocios. Ligados todos los socios a la compañía por el acto constitutivo de la misma, ninguno de ellos, sea capitalista o industrial, puede romper a su arbitrio sus vínculos contractuales, salvo expresa autorización legal o estatutaria. Lo contrario equivaldría a desconocer la fuerza obligatoria de las convenciones y a sembrar la inseguridad y la anarquía en el campo jurídico.

Cierto es que en la sociedad de responsabilidad limitada la facultad de decisión corresponde de modo exclusivo a los socios capitalistas, pero esa facultad se refiere únicamente a la gestión de los negocios sociales y de consiguiente no se la puede considerar extendida al extremo de autorizar a los mismos socios para romper por mayoría de votos los vínculos que nacen del contrato de compañía y para desconocer los derechos que éste confiere al socio industrial. Al conceder esa facultad decisoria a los socios capitalistas, el Decreto 239 de 1957 no modificó en nada el principio de la fuerza obligatoria de las convenciones que consagra el artículo 1602 del Código Civil. Por tanto los socios dichos no pueden en principio decretar por sí solos la disolución de la compañía antes de expirar el término de su duración sin contar con la aquiescencia del socio industrial. Al celebrar éste un contrato de sociedad y vincularse así a la empresa por medio de su trabajo y adquirir derecho a participar en las utilidades, queda investido de la calidad de socio y protegido por el ius fraternitatis, *aunque carezca de la referida facultad decisoria. Esa calidad de socio y el derecho a participar en los beneficios sociales, le otorgan también el derecho de intervenir en la disolución y liquidación de la compañía para buscar que se determine y se le cubra la porción de utilidades que le corresponde. Esas disolución y liquidación son actos que requieren, aunque sea para oponerse a ellos o para impugnarlos, la intervención de todos los asociados, sean capitalistas o industriales. Ya en sentencia de 28 de abril de 1952 expresó la Corte que la disolución voluntaria o judicial de una sociedad no puede llevarse a cabo sin audiencia de todos los socios, incluso el industrial (LXXI - 2113, 765).*

En el caso de esta litis, ajustado el contrato de sociedad entre el doctor Llinás Olarte y el señor Vileikis y fijado en diez años el término de duración, no podía el primero desconocer esta estipulación para proceder por sí solo a disolver y liquidar esa compañía antes de expirar dicho lapso. Como socio capitalista, el doctor Llinás tenía ciertamente la facultad exclusiva de dirigir la gestión de los negocios sociales, pero tal facultad no lo autorizaba para desconocer el contrato de sociedad, para declararse por sí y ante sí desligado de esa convención y para proceder a disolver y liquidar la compañía antes de expirar su término de duración, con olvido de la situación contractual y de los derechos del señor Vileikis. Al estimar lo contrario por entender que el artículo 6º de la Ley 124 de 1937 reducía los derechos del nombrado Vileikis a su sola participación en los beneficios sociales, la sentencia quebrantó en realidad este precepto, por interpretación errónea, al atribuirle un sentido que no tiene ni puede tener.

Con todo, la violación de esta sola norma legal no es en este caso suficiente para producir la infirmación de la sentencia acusada. En efecto, dicho artículo 6º de la Ley 124 de 1937 le reconoce al socio industrial el derecho de participar en las utilidades sociales, pero no el de que se respeten y cumplan las estipulaciones del contrato de sociedad, entre ellas la relativa a su término de duración. Otros son los preceptos que otorgan este último derecho, preceptos que el recurso no denunció como violados en su primer cargo. Este litigio no se propuso porque al señor Vileikis se le hubiera desconocido su derecho a los beneficios sociales; lo que el demandante pretende es que se declare nulo el acto de disolución de la compañía por habérselo ejecutado sin audiencia del propio actor. Tal disolución habría constituido cuando más un incumplimiento del contrato social que no apareja ninguna sanción de nulidad, sino otras consecuencias jurídicas. Por tanto, la infirmación del fallo por causa del referido quebranto del artículo 6º de la Ley 124 de 1937, no conduciría a una decisión distinta de la acogida por la misma sentencia, de lo cual resulta que en este caso esa infracción carece por sí sola de transcendencia en el recurso.

A la razón anterior cabe añadir que el señor Vileikis suscribió el inventario de los bienes de la sociedad en señal de conformidad y recibió del liquidador la suma de $ 4.000.00 a cuenta de su participación en las ganancias de la compañía. Estos actos significan que el nombrado Vileikis aceptó efectos del acto que impugna en este juicio, cual es el de la disolución de la sociedad, y demuestran además que no le fue desconocido el derecho que como socio industrial le otorga el artículo 6º de la Ley 124 de 1937, o sea el de participar en las utilidades sociales. Por esta otra razón, en el supuesto de producirse la infirmación de la sentencia acusada, el fallo sustitutivo no podría llegar, con fundamento en la infracción del precepto citado, a una conclusión diferente de la sustentada por aquella sentencia.

III. El recurso le formula a la sentencia el reparo de haber infringido el Decreto 239 de 1957 por interpretación errónea. Dice que el fallo quebrantó este decreto al estimar que el socio capitalista, doctor Llinás, podía disolver la sociedad en cualquier tiempo y que ese acto es oponible al socio industrial Vileikis.

La sentencia cita el artículo 1º del Decreto 239 de 1957 y expresa que esta norma les confiere a los solos socios capitalistas la facultad de decidir sobre las actividades y operaciones de la sociedad limitada, que el socio industrial carece de esa facultad decisoria, que la disolución de la compañía es un acto dispositivo que compete únicamente a los dichos socios capitalistas y que en consecuencia, en el caso de esta litis, el seños Vileikis no podía oponerse a la disolución de la sociedad "El Cigüeñal, Limitada" ejecutada por el socio doctor Llinás Olarte.

Es evidente que, conforme a lo prescrito por el artículo 1º del Decreto 239 de 1957, en la sociedad de responsabilidad limitada el voto o facultad decisoria sólo corresponde a los socios capitalistas, y que el socio industrial está privado de esa facultad. Lo mismo se deduce en buena lógica de la regulación de tal compañía contenida en la Ley 124 de 1937, de suerte que el Decreto 239 nada innovó a este respecto; lo único que hizo fue disipar las dudas y vacilaciones que sobre este punto había suscitado la exégesis de dicha Ley 124. Sin embargo, esta facultad exclusiva de los socios capitalistas para decidir por mayoría de votos sobre las actividades y negocios de la sociedad, no tiene el alcance de autorizarlos para modificar, desconocer o poner término a las estipulaciones contractuales, en detrimento de los derechos del socio o socios industriales nacidos del propio contrato social. Por sí solo este contrato crea una situación jurídica entre quienes lo celebran, sean socios capitalistas o industriales, y tal situación no puede ser alterada por unos socios en menoscabo de los intereses de los otros asociados. Cualquier

modificación del contrato social que afecte esa situación jurídica, no puede ser ejecutada sin el consentimiento del socio que pueda resultar lesionado. La referida facultad de decisión de los socios capitalistas debe ser ejercitada en conformidad y no en desacuerdo con las estipulaciones contractuales, pues de lo contrario se podría llegar a desconocer y violar el principio de la fuerza obligatoria de las convenciones.

Dedúcese de lo anterior que la expresada facultad de decisión no autoriza a los socios capitalistas para dar por terminada la compañía en cualquier tiempo, esto es, antes de expirar el término de su duración, con mengua de los derechos del socio o socios industriales. Esa disolución constituye en verdad un acto dispositivo y precisamente por serlo, no puede ser ejecutada sin la aquiescencia de todos los que celebraron el contrato social. En el caso presente, el socio capitalista, doctor Llinás, disfrutaba en forma exclusiva de la facultad decisoria en la gestión de los negocios sociales, pero no para declarar por sí solo disuelta y en liquidación la sociedad "El Cigüeñal, Limitada" antes de expirar el término contractualmente fijado para su duración. Esa disolución intempestiva de la compañía fue un acto contrario a lo estipulado y como tal ha podido acarrear las consecuencias inherentes al incumplimiento del contrato.

No cabe duda de que la sentencia, al derivar del artículo 1º del Decreto 239 de 1957 la facultad del socio, doctor Llinás para disolver la compañía antes de vencerse el término de su duración, le atribuyó al mismo precepto un sentido que no le corresponde. Sin embargo, el quebranto de tal norma, por interpretación errónea, no es por sí solo suficiente para infirmar el fallo, porque esa disposición no establece a favor del demandante ningún derecho subjetivo que haya sido desconocido o vulnerado por la sentencia. Otras serían las normas que consagran los derechos que el socio Vileikis considera lesionados, pero en su segundo cargo no formula el recurso ninguna acusación contra el fallo por quebranto de tales normas.

Y en relación con la misma segunda censura son también pertinentes y obran las razones que interfieren la prosperidad del primer cargo, a saber: primera, que la disolución de la compañía, decretada y ejecutada por el socio Llinás, sería a lo sumo un acto de incumplimiento del contrato social que no está sancionado con ninguna nulidad; segunda, que el socio Vileikis aceptó tácitamente esa disolución al recibir del liquidador una suma de dinero a cuenta de las utilidades que le correspondían. De casarse la sentencia impugnada, estas dos razones impedirían llegar a una decisión distinta de la acogida en dicho fallo.

IV. El tercer cargo versa sobre la violación directa, por falta de aplicación, del artículo 2079 del Código Civil.

Este precepto define lo que es el contrato de sociedad o compañía, enunciando los elementos y fines que concurren a estructurar la figura o fenómeno jurídico de la sociedad. Tal norma no es atributiva de ningún derecho subjetivo, de modo que por sí sola no forma una proposición jurídica completa ni su quebranto es suficiente para infirmar una sentencia.

V. Los cargos cuarto, quinto y séptimo consisten en la infracción, unas veces directa y otras indirecta, del artículo 1602 del Código Civil.

Esta disposición consagra el principio de la fuerza obligatoria de los contratos legalmente celebrados, pero en sí misma tampoco establece ningún derecho de orden subjetivo y no es por tanto una norma sustancial cuya violación sea por sí sola suficiente para infirmar un fallo. Cabe aquí la misma observación hecha en el punto anterior respecto del supuesto quebranto del artículo 2079 del Código Civil.

VI. El cargo sexto se hace consistir en la violación indirecta, por falta de aplicación del artículo 2673 del Código Civil, a causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas.

Este reparo se funda en que el liquidador de la sociedad "El Cigüeñal, Limitada" formalizó el acto de liquidación mediante la Escritura número 4605, extendida en la Notaría Primera de Bogotá el 29 de diciembre de 1958. Este instrumento no aparece inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; no obstante esta circunstancia —dice el recurrente— el fallo lo tuvo en cuenta y lo apreció como prueba, incurriendo de consiguiente en un error de derecho que lo condujo a violar el artículo 2673 del Código Civil, por falta de aplicación.

Así formulado, este cargo sugiere dos observaciones. La primera de ellas consiste en que la demanda inicial de esta litis no plantea ninguna cuestión relacionada con el acto de liquidación en sí mismo considerado. Las súplicas de esa demanda se refieren todas a la disolución de la compañía y al nombramiento de liquidador. Nada se pide allí en relación con el acto de liquidación de la sociedad, de manera que lo concer-

niente a este mismo acto se halla fuera de los términos del litigio. De donde se infiere que, por este aspecto, el motivo que se examina constituye un medio nuevo que no es de recibo en casación.

Es de anotar en segundo término que el artículo 2673 del Código Civil es una norma de carácter probatorio cuya violación no es suficiente por sí sola para infirmar una sentencia. Este precepto priva de mérito demostrativo a los títulos que, estando sujetos a inscripción, no han sido debidamente registrados. La admisión como prueba de un tal título sin registro constituye un error de valoración probatoria que por sí solo no basta para casar un fallo. Los yerros de esta índole no tienen trascendencia en casación, sino cuando, a causa de ellos, se quebranta una norma sustancial.

VII. El octavo y último cargo se refiere a la infracción directa, por falta de aplicación, del artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

Sostiene el recurso que la sociedad "El Cigüeñal, Limitada" se constituyó antes de ser promulgado el Decreto 239 de 1957 y que la sentencia, al aplicar este decreto al régimen de esa compañía, violó, por falta de aplicación, el citado artículo 38 de la Ley 153 de 1887, que consagra el principio de la irretroactividad de la ley en materia contractual.

Dicho artículo 38 prescribe que "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración", es decir, que los derechos y obligaciones que nacen de los contratos quedan sujetos al régimen legal vigente al tiempo en que éstos se ajustan y no pueden ser modificados ni desconocidos por leyes posteriores. Es este el principio de la irretroactividad de la ley en materia de contratos, principio que se encamina a proteger las situaciones jurídicas preconstituidas y a impedir que se las vulnere por la ley nueva.

La Ley 124 de 1937, sobre régimen de las sociedades de responsabilidad limitada, estatuye que los aportes de los socios deben ser enterados en el momento de constituirse la compañía. Este requisito del pago inicial de los aportes, constituye una medida que se dirige a proteger los intereses de los terceros que lleguen a contratar con la sociedad. Esa misma Ley 124 no confiere expresa ni tácitamente, al socio industrial el derecho de intervenir con su voto en la gestión de los negocios sociales, de modo que, al disponer el Decreto 239 de 1957 que ese derecho de voto sólo corresponde a los socios capitalistas, no desconoció ni vulneró ningún derecho del socio o socios industriales en las compañías ya constituidas. Lo que este decreto hizo fue aclarar el régimen de las sociedades limitadas mediante la previsión de que la facultad decisoria no compete sino a los socios aportantes del capital social. Entendido así en este punto, ese decreto no tuvo efecto retroactivo, ni la sentencia, al asignarle el mismo alcance, le atribuyó tal efecto, con violación del artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

De acuerdo con estas consideraciones, el recurso no prospera.

La rectificación de doctrina que se hace en esta providencia, exonera al recurrente del pago de costas.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario de Vacys Vileikis contra los doctores Jorge Llinás Olarte y Pablo Emilio Manotas.

Sin costas.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Ignacio Gómez Posse, con salvamento, *Fernando Hinestrosa, Guillermo Ospina Fernández, Enrique López de la Pava.*

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

Salvamento de voto del Magistrado, doctor Ignacio Gómez Posse

Con la debida consideración intelectual para los Magistrados que integran la Sala, me veo precisado a salvar mi voto de acuerdo con las siguientes observaciones que dicen relación exclusivamente a la esencia de la cuestión debatida.

Las sociedades de responsabilidad limitada nacieron a la vida del derecho colombiano por vir-

tud de la Ley 124 de 1937 y forman un tipo intermedio entre las de persona y de capitales y en las que la responsabilidad de los socios queda limitada exclusivamente hasta concurrencia de sus aportes y a la suma que a más de estos se indique, debiendo en la escritura social dejar expresa constancia de que ellos han sido pagados. Se autorizan así mismo, los aportes en especie que deben ser estimados por los socios quienes se hacen solidariamente responsables del valor que a dicho aporte se le haya señalado en la escritura social.

Estos aportes constituyen el interés social que cubre la responsabilidad de los socios ante terceros.

El artículo 6º del nombrado estatuto legal sobre cuya interpretación dada por el fallador de instancia se funda el cargo que se examina, dice literalmente: "El aporte de industria no da lugar más que a una participación en los beneficios sociales".

Sigo creyendo que el fallo del Tribunal al llegar a la conclusión de que el artículo 6º de de la Ley 124 de 1937, no autoriza a los socios industriales para intervenir con su voto en las decisiones que digan relación al destino último del fondo social, lo hizo mediante la interpretación de una serie de preceptos que no han sido objeto de ataque ni por indebida aplicación, ni por interpretación errónea por parte del impugnante.

Leyendo los antecedentes de la Ley 124 de 1937 (ley sobre sociedades de responsabilidad limitada, comentarios de Jesús María Arteaga) es el propio autor de la ley el doctor Manuel F. Caamaño, quien en la exposición de motivos manifiesta paladinamente: "El aporte de industria queda desechado en el artículo 6º del proyecto, por no ser susceptible del entero total al momento de la constitución de la sociedad, que se exige fundadamente en el artículo 2º". Y al manifestar que el proyecto establece como condición que las aportaciones sean totalmente pagadas al constituirse la sociedad para tutelar los derechos de terceros, expone: "Para atender a esta garantía, que es de un valor inapreciable, no se admite en las compañías de responsabilidad el aporte de la industria. El que lleva a la compañía no más que su industria, no puede aspirar a otra cosa que a una participación en los beneficios sociales. De este modo no queda privada la compañía de tan valioso contingente". Insistentemente el autor del proyecto que fue convertido en ley sostiene que el aporte de la industria queda desechado en el artículo 6º; y es el mismo doctor Caamaño al responder a una pregunta formulada por el Ministro de Industrias, quien manifiesta: "Es principio adoptado en el proyecto que los fundadores de una compañía de responsabilidad limitada tienen completa libertad para organizar la sociedad y para determinar sobre esos detalles, como participación y demás que ocurran. Sólo me cuidé, al estudiar el punto de establecer que debido a la naturaleza de las sociedades citadas, el aporte de industria no es admisible; pero como sí ha de favorecer las sociedades el contigente de la industria, se le dé participación en los beneficios sociales al socio industrial. Ese es el espíritu del artículo".

No puede olvidarse que sólo el aporte pagado de los socios capitalistas es el que responde de las obligaciones de la sociedad ante terceros; el socio industrial que no ha dado ese aporte económico no tiene derecho a intervenir con su voto en las decisiones que digan relación a la transferencia de los aportes de capital y menos a la disolución de la misma sociedad, máxime teniendo en cuenta que no participa ni es responsable de las pérdidas de la sociedad, cuando es lo cierto que la sociedad es un contrato "por el cual dos o más personas estipulan aportar un capital a un fondo social, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación" (Arts. 2079 del Código Civil y 1º del Decreto 2521 de 1950). La participación, pues, de las ganancias o pérdidas en el negocio son elementos esenciales del contrato de sociedad y quien no está vinculado a las pérdidas, no puede tener los mismos derechos de quienes eventualmente deben responder de las pérdidas hasta concurrencia de sus aportes.

Es el propio artículo 7º de la Ley 124 en cita el que no le permite al socio industrial su intervención en la transferencia del interés social de la compañía.

El artículo 532 del Código de Comercio determina que la sociedad colectiva se disuelve por los modos señalados en el Código Civil, y el artículo 2133 de esta obra dice: "Que la sociedad podrá expirar en cualquier tiempo con el consentimiento unánime de los socios", el 2080 ibídem declara que "en las deliberaciones de los socios que tengan derecho a votar decidirá la mayoría de votos"; de este mandato se deduce necesariamente que hay socios que no tienen derecho a votar, caso en el cual se encuentra el socio industrial en las sociedades de responsabilidad limitada, según los términos claros del ar-

tículo 7º antes citado (artículos 1º del Código de Comercio y 11 de la Ley 124 de 1937).

Las anteriores razones me llevan a estimar improcedente la primera censura de la demanda, consideraciones que me inducen a sostener que el socio industrial carece de capacidad decisoria para intervenir en la disolución de las sociedades de responsabilidad limitada antes del tiempo fijado para su vigencia, tanto más cuanto que "si en el curso de la existencia de la sociedad, uno de los asociados llega a ser propietario de la totalidad del fondo social, la sociedad queda virtualmente disuelta". (Arteaga, página 80, artículo 187 Decreto 2521 de 1950).

En 1957 se expidió el Decreto legislativo número 0239 —septiembre 25—.

Puede deducirse de la lectura del artículo 1º de tal precepto que él vino a aclarar una situación de confusión que los doctrinantes reconocen por la existencia del artículo 6º en la Ley 124 que se ha venido comentando, confusión aparente porque ya se ha visto que en el momento de la constitución de la sociedad deben aparecer completamente pagados todos los aportes, como se exige expresamente en el artículo 2º de la ley y que el artículo 7º de la misma ley, como se ha visto, excluye a los socios industriales en el acto de transferencia a terceros de los títulos del haber social.

Desde luego el socio industrial interviene en todas las operaciones o giro ordinario de la sociedad de responsabilidad limitada y que la disolución que decreten los socios capitalistas antes del término señalado en la respectiva escritura, podría otorgarle derechos al socio industrial para demandar los perjuicios que se le ocasionaren por una disolución intempestiva.

El doctrinante doctor Gabino Pinzón en su obra "Derecho Comercial" volumen 3º, página 154 al referirse al aporte de la simple industria de trabajo personal se expresa así:

"El pago del capital en su integridad, al tiempo de la formación de la sociedad, es, como ya se ha visto, una base esencial del sistema de la sociedad de responsabilidad limitada. Con lo cual se crea un problema no siempre bien entendido en relación con el llamado aporte de industria. Porque la obligación que contrae el aportante de industria está naturalmente ordenada a cumplirse con posterioridad a la constitución misma de la sociedad, ya que es ésta, como nuevo sujeto de derechos y obligaciones que entra al ámbito del contrato social, la que adquiere el crédito correspondiente a esa obligación de hacer que, por regla general, se cumple en forma sucesiva. De esta suerte, no es posible pagar o llevar efectivamente al fondo social la simple industria desde el momento mismo en que se otorga la escritura social. Por eso es por lo que el aporte de industria se halla implícitamente excluido en esta clase de compañías, aún sin necesidad de prohibición expresa de la ley, como lo entendió el propio legislador, que, aunque prescindió de un texto especial sobre este punto, dejó constancia en la exposición de motivos de la Ley 124 de que 'el aporte de industria queda desechado en el artículo 6º del proyecto, por no ser susceptible del entero total al momento de la constitución de la sociedad, que se exige fundadamente en el artículo 2º'. Que es la misma conclusión a que ha llegado la doctrina francesa, en relación con la exigencia del artículo 1º de la Ley de 7 de marzo de 1925 de que las partes sociales en que se divide el capital de la sociedad de responsabilidad limitada sean pagadas o liberadas al constituirse la sociedad.

"La exclusión del aporte de industria en esta forma de sociedad corresponde, pues, muy exactamente a la exigencia de que el capital social quede íntegramente pagado desde el momento mismo de la formación de la compañía. Por eso no puede desatenderse la interpretación hecha por el propio legislador, para desintegrar el cuerpo de la Ley 124 y tomar en cuenta el artículo 6º separadamente del artículo 2º. Porque habiéndose previsto en el artículo 6º que 'el aporte de industria no da lugar más que a una participación en los beneficios sociales', con ello no se contradice sino que se refuerza o desarrolla el principio del artículo 2º, según el cual se debe hacer el pago de los aportes en su totalidad al formar la sociedad, pues que ese mal llamado aporte no puede ingresar al fondo social en esa oportunidad. Si se ha utilizado impropiamente en este caso la expresión aporte, no debe aprovecharse esa deficiencia puramente técnica para desvirtuar los propósitos del legislador, tan claramente expuestos en el más autorizado de los documentos que forman parte de los antecedentes de la Ley 124. Y es evidente que dicha expresión ha sido utilizada en forma desafortunada, pues que en la parte citada de la exposición de motivos de la Ley 124 se dijo precisamente que el aporte de industria queda desechado en el artículo 6º del proyecto, para dar, sin embargo y en el mismo artículo, la falsa impresión de que no ha sido excluido sino previsto expresamente".

Este expositor considera que la vinculación a una sociedad de responsabilidad limitada por el

aporte de industria no puede ser a título de socio "puesto que la mera industria no puede ser objeto de aporte en este tipo de compañía y puesto que no puede haber sociedad respecto de la persona que no hace un aporte, y que en caso de que haya intención de adquirir la calidad de socio por parte de quien sólo se obliga a prestar un servicio en interés de la sociedad y aunque así lo exprese la escritura social, el negocio jurídico que se celebre por esa persona se convierte o degenera en un simple contrato de trabajo o de mandato según la clase de operaciones que constituyan el objeto de ese mal llamado aporte".

Este mismo expositor añade el siguiente comentario:

"Este es un planteamiento que ha sido confirmado, por lo demás, mediante el Decreto 239 de 1957, pues que en éste solamente son llamados socios los que hacen un aporte en capital, ya que solamente ellos tienen derecho a intervenir en las asambleas o juntas de socios, en las que los votos se emiten en razón de las partes sociales. Porque, en otras palabras, quien carezca de partes sociales carece de derecho a decidir o votar en dichas juntas; y tales partes sociales no pueden ser suscritas, a su vez, sino por quien pueda pagarlas en su integridad al tiempo de la formación de la compañía, puesto que emitir partes sociales no pagadas totalmente en esa oportunidad es formar una sociedad absolutamente nula entre los socios".

Sobre estos particulares, el doctor William Villa Uribe refiriéndose al aporte industrial dice entre otras cosas:

"Los derechos patrimoniales de un socio en una sociedad, pueden descomponerse en dos: el uno, a participar del capital de la sociedad; el otro, a beneficiarse de las ganancias o dividendos. Todo socio, normalmente, goza de esos dos derechos; pero en las sociedades de responsabilidad limitada encontramos una excepción a ese principio: 'el aporte de industria no da lugar más que a una participación en los beneficios sociales', no al capital de la sociedad. Dicho en otros términos, el aporte de industria deja intacto el capital social: ni lo aumenta ni lo disminuye; dicho aporte no altera el fondo social con el cual se garantiza el crédito de terceros; el socio industrial no tiene ningún derecho sobre capital social; su único derecho se concreta a la participación en los beneficios sociales. El capital de la compañía se paga íntegramente con los aportes de los socios capitalistas.

"Con esta solución no se viola ningún precepto legal; no se defrauda a terceros, y se le da una armonía y un sentido propio al articulado de la Ley 124".

En el caso concreto que motiva este estudio, como se ha visto, no existe sino un socio capitalista y uno industrial que lleva el 25% de las ganancias. No se justificaría que quien lleva la totalidad de la responsabilidad económica de la sociedad ante terceros, no pudiera en un momento dado disolver la sociedad cuando el industrial no continúe mereciéndole la confianza en él depositada. Si el socio capitalista procedió intempestivamente o con dolo, vuelve a consignarse que el industrial podría tener las acciones consiguientes para ser indemnizado de todo perjuicio.

Hablando del aporte industrial dice el mismo expositor doctor Pinzón, lo siguiente:

"... cuando con el trabajo personal (que es el caso del presente proceso) no se pagan cuotas de capital, sino que simplemente se participa en las utilidades de la empresa social, la posición del socio industrial puede asimilarse a la de un trabajador de la sociedad, cuya remuneración —pagada en forma de participación— fija o variable en las utilidades sociales afecta solamente la cuenta de resultados, como la de los demás trabajadores de la sociedad que no hayan contraído por el mismo contrato social la obligación de prestar sus servicios; por eso es lógico que su posición jurídica no se equipare entonces a la de los otros asociados y que carezca de los demás derechos inherentes a la calidad de socio..."

Fecha ut supra.

Ignacio Gómez Posse.

PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES

Su definición. Sujetos activos y sujetos pasivos en la acción de indemnización. Legitimación para demandarla. Daños inferidos por contragolpe. Obligaciones del demandante en esta clase de acciones. Cuando un fallo tiene varios fundamentos, para poder infirmarlo en casación es preciso que se los ataque y destruya todos.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., octubre 18 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava.*

Ante el Juez Civil del Circuito de Calarcá la señora Rosana Alzate de Pérez demandó a los señores Pompilio Palacio Mejía, Guillermo Mejía Jaramillo, Argelia Palacio viuda de Botero y Guillermo Botero Palacio para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara que los demandados son civilmente responsables de los perjuicios materiales y morales sufridos por la demandante a causa de la muerte de su menor hijo legítimo Guillermo Antonio Pérez Alzate y se los condenara en consecuencia a pagar solidariamente a la misma actora, por concepto de esos perjuicios, la cantidad de $ 34.400, o en subsidio, la que se fijase como valor de tales daños.

Los hechos de la demanda expresan, en resumen, que los demandados son dueños de una finca llamada "La Guaira", ubicada en la vereda de Quebradanegra, jurisdicción del Municipio de Calarcá; esta finca estaba administrada por el señor Horacio Restrepo, en nombre de sus dueños, y allí trabajaban también Juan de Dios Fandiño como agregado o aparcero y la señora Rosana Alzate de Pérez; esta señora era la madre legítima del niño llamado Guillermo Antonio Pérez Alzate, quien había nacido el 27 de noviembre de 1945 y contaba con algo más de diez años, sin llegar a los once. El día 1º de marzo de 1956 el nombrado Horacio Restrepo, administrador de la finca, requirió de la señora Alzate los servicios de su hijo Guillermo Antonio para que ayudara a traer del predio mencionado a la plaza de ferias de Calarcá varios semovientes; la señora accedió a la solicitud de Restrepo mediante el pago de un peso y la promesa de cuidar al menor para que no fuera a sufrir daño alguno; efectivamente el menor Pérez acompañó a Restrepo a traer los animales a Calarcá en las horas de la mañana del día citado, sin que nada le hubiera sucedido, pero ya en las horas de la tarde fue encargado el mismo menor de llevar solo y sin vigilancia otros animales a la finca referida y de ello resultó que "el niño, obrando con una inexperiencia de tal, se amarró a la cintura el rejo o lazo con que iba amarrado uno de los animales cuya conducción se le encargó y como el animal echara a correr y el niño no fuera capaz de detenerlo, fue arrastrado (el niño) y muerto a golpes, después de un largo recorrido". La señora Alzate empezaba ya a recibir ayuda económica de su hijo Guillermo Antonio, quien devengaba salario por ejecutar algunas labores; con motivo de la muerte de su hijo, la expresada señora ha recibido graves perjuicios de orden moral y material, perjuicios que los demandados están obligados a resarcir como propietarios de la finca aludida; la demandante aprecia los daños morales en $ 2.000.00 y los materiales en la cantidad de $ 32.400.00. La señora Alzate acudió a los dueños de la finca para que le repararan los perjuicios dichos, pero sus súplicas fueron inútiles.

Como fundamentos de derecho, la actora citó principalmente las disposiciones contenidas en el Título 34 del Libro 4º del Código Civil y de manera especial los artículos 2347 y 2349.

Los demandados se opusieron a las pretensiones de la parte actora, negaron la mayoría de los hechos expuestos en la demanda, propusieron varias excepciones y explicaron la muerte del menor Guillermo Antonio Pérez diciendo que el 29

de febrero de 1956 el aparcero Horacio Restrepo le dio a Juan de Dios Fandiño la orden de que al día siguiente trajera a la feria de Calarcá siete cabezas de ganado; que no es cierto que Restrepo hubiera requerido los servicios del menor nombrado y que, "en cumplimiento de la orden recibida, Juan de Dios Fandiño llevó a la feria que se realizaba en Calarcá el primero de marzo de mil novecientos cincuenta y seis los siete semovientes relacionados, los que fueron vendidos por Horacio Restrepo. Una novillona que hacía parte de ellos fue vendida y entregada en la misma plaza de ferias de Calarcá al señor Antonio Ariza. Este señor, una vez recibida la novillona, encargó a un hijo suyo para que la llevara a la finca de su propiedad, situada en la fracción de 'Quebradanegra', en lugar próximo a La Guaira, y parece que con él se fue de Calarcá hacia la finca el menor Guillermo Antonio Pérez Alzate. El mismo niño hijo de Antonio Ariza, propietario éste de la novillona, cuenta que cuando llegaron a la falda o pendiente denominada 'La Uva', el menor Guillermo Antonio Pérez Alzate se amarró de la cintura el rejo o lazo con que estaba cogida la novillona, a fin de que el animal lo remolcara en la subida, y que, cuando ya estaban en la parte alta, o sea donde empieza el descenso para llegar a la finca del señor Ariza, la novillona, por cualquier circunstancia, echó a correr arrastrando al menor Guillermo Antonio que no se había desatado y causándole la muerte".

La primera instancia del juicio se clausuró con el fallo de 7 de marzo de 1958, en el cual se atendieron las súplicas de la demanda y se condenó a los demandados a pagar a la demandante Alzate la suma de $ 2.000.00 por concepto de daños morales y la cantidad de $ 27.810.00 por razón de los perjuicios materiales, más las costas del proceso.

La sentencia acusada.

La parte demandada apeló del fallo de primera instancia y, surtido el segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronunció la sentencia de 1º de julio de 1963, por la cual se revocó la decisión apelada y en su lugar se dispuso absolver a los demandados y condenar a la actora a cubrir las costas de ambas instancias.

La sentencia de segundo grado reposa en dos fundamentos centrales. El primero de ellos consiste en la falta de legitimación de la señora Rosana Alzate para demandar la reparación de perjuicios. El fallo advierte, en efecto, que esta señora pretende el resarcimiento de daños en su calidad de madre legítima del menor fallecido Guillermo Antonio Pérez Alzate y que para demostrar esa condición de madre adujo unas partidas de origen eclesiástico sobre su matrimonio con Rubén de Jesús Pérez y sobre el nacimiento del menor nombrado, acaecido el 27 de noviembre de 1945.

Transcribe el texto del artículo 18 de la Ley 92 de 1938 y expresa en seguida: "Consiguientemente, como el nacimiento del menor Guillermo Antonio Pérez se produjo dentro de la vigencia de la norma transcrita, la prueba del mismo no podía ser otra que la partida de origen notarial, como prueba principal, o la eclesiástica como prueba supletoria, pero adicionándola con las constancias de no haberse hallado aquélla. La actora presentó, como está dicho, la partida de nacimiento del menor, de origen eclesiástico, pero no la completó con la prueba de no haberse encontrado el acta de carácter civil. En estas condiciones, la calidad de madre legítima del menor Guillermo Antonio Pérez, que esgrime la actora en la demanda, no está demostrada, lo que quiere decir que no está probada su legitimación en la causa, condición indispensable para la prosperidad de la acción como requisito de la misma".

Por otro aspecto y en la hipótesis de que fuera posible interpretar "la demanda en el sentido de que la actora podía sustentar la acción en el hecho de que la muerte del menor le causó perjuicios sin consideración a su condición de madre", el fallo acomete el estudio de fondo del negocio. A este propósito recuerda que en la demanda se afirma que Horacio Restrepo, administrador de la finca de "La Guaira", ocupó al menor Guillermo Antonio en la conducción de unos animales, uno de los cuales le causó la muerte por la vigilancia insuficiente en que se dejó al mismo menor, y dice que esta acción de responsabilidad extracontractual se funda en lo prescrito por los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. Expresa que estas normas consagran una presunción de culpa y una responsabilidad indirecta por falta de vigilancia o por descuidada elección de las personas subordinadas y anota que en la demanda se atribuye precisamente esta responsabilidad a los demandados por haber el administrador de la finca ocupado al niño Guillermo Antonio en la conducción de unos animales sin vigilancia suficiente.

Afirma la misma sentencia que es de notar que en la demanda no se dice en forma expresa que Horacio Restrepo hubiera encargado al menor Pérez de conducir semovientes de Calarcá a la finca de "La Guaira" y que los demandados negaron que tal hubiera ocurrido. Cita los testimo-

nios del nombrado Restrepo, de Juan de Dios Fandiño y Antonio Ariza y añade luego:

"Con los relacionados testimonios se estableció que al menor Guillermo Antonio Pérez no le fue encomendada la conducción de ningún semoviente a la finca de La Guaira; que de la feria de Calarcá salió en compañía de Juan de Dios Fandiño, Antonio Ariza y el menor hijo de éste, Edgar; que aquéllos dejaron a los menores cuidando algunos semovientes cerca de la compra de café del señor Faustino Barahona. Ni el señor Horacio Restrepo, ni el señor Juan de Dios Fandiño ocuparon al menor Pérez Alzate para que condujera la novillona que le causó la muerte. Según se ha visto, Restrepo afirma que entregó tres semovientes a Fandiño para que los llevara a la finca de La Guaira. Y Fandiño confirma este aserto en cuanto de su testimonio se deduce que era él el encargado de la novilla a que alude en su deposición. A este efecto, el testigo afirma que 'dejamos amarradas las novillas al cuidado de un hijo de Ariza y de Guillermo Antonio Pérez, a los cuales les dijimos que nos esperaran allí mientras nosotros veníamos al centro'.

"Lógica consecuencia de lo anterior es la de que no está probado el hecho que en la demanda se le imputa al señor Horacio Restrepo y del cual se hace responsables a los demandados. En otras palabras, el hecho que le causó la muerte al menor Guillermo Antonio Pérez fue el de haberse ocupado este menor en conducir una novilla de propiedad del señor Antonio Ariza. Tal oficio no se lo asignó al menor el señor Horacio Restrepo, luego de sus consecuencias no puede hacerse responsable a los demandados".

Sostiene el fallo que el hecho de haber ocupado inicialmente al menor Pérez en la conducción de unos animales de "La Guaria" a Calarcá no fue causa eficiente de su muerte, acaecida a su regreso a la finca, y dice que a lo sumo sería una causa ocasional, pero que ésta no engendra ninguna responsabilidad.

A continuación expresa: "Según las constancias de autos, la absurda tragedia en que perdió la vida el menor Guillermo Antonio Pérez no tiene más causa que una chiquillada del menor de la que nadie es responsable; en efecto, de lo que deponen los señores Juan de Dios Fandiño y Antonio Ariza se desprende que el menor, aprovechando la ausencia de éstos, resolvió desamarrar la novillona que Fandiño y Ariza habían dejado amarrada mientras iban a la compra de café del señor Faustino Barahona, y se marchó con ella, de que siguieron los hechos trágicos en los que perdió la vida el menor. Al parecer el menor ni siquiera atendió las prevenciones que oportunamente le fueron hechas".

La sentencia se extiende en otras consideraciones sobre estos puntos y hace referencia a la relación de trabajo que, según la demanda inicial, existió entre el menor Pérez y los dueños de la finca "La Guaira" para expresar que no se fijaron de manera concreta, sino de modo incidental, los hechos concernientes a esa relación laboral, de suerte que de ellos no se dedujo ninguna pretensión, ni hay por lo mismo lugar a analizarlos para definir en este caso la competencia.

El recurso de casación.

La parte demandante recurrió en casación y con respaldo en la causal primera, ha formulado contra la sentencia del Tribunal cinco cargos que la Corte procede a examinar, previa la advertencia de que la parte opositora replicó la demanda respectiva.

Primer cargo. Se hace consistir en la infracción indirecta, por falta de aplicación de los artículos 1494 y 2341 del Código Civil, a causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas. Como norma probatoria quebrantada se señala el artículo 18 de la Ley 92 de 1938.

En sustentación de esta censura transcribe el recurso el párrafo de la sentencia en que se sostiene que no habiendo la señora Alzate demostrado en debida forma ser la madre legítima del menor Guillermo Antonio Pérez carece ella de legitimación en causa para demandar la indemnización de perjuicios, y dice que, según esta tesis, el fallo hace depender esa legitimación de la prueba del parentesco de la actora con el menor nombrado. En seguida comenta:

"Se hace manifiesto aquí un error de derecho cometido por el honorable Tribunal al entrar a apreciar la prueba sobre parentesco del mencionado niño con la demandante, pues le ha asignado una función y un valor a esta prueba diferente al que la ley le asigna en juicios como el presente. Y digo que le ha asignado una función y un valor diferente, porque para efectos de demandar la indemnización por responsabilidad extracontractual, la legitimación en causa no estriba en el parentesco, ni se prueba, consiguientemente, con partidas de estado civil. La legitimación surge del daño causado con el hecho culposo o delictual, surge del interés económico del demandante, derivado del perjuicio que le haya causado el hecho culposo o delictual. O sea que, si quien demanda, llamándose o no pariente del causante, invoca como causa fundamental de

su acción el daño sufrido personalmente con los resultados de un hecho tal, el parentesco resulta totalmente secundario y hasta indiferente, que sólo serviría para demostrar o justificar las razones de hecho que inducían al causante a proteger al demandante, mas no podría tenerse como fundamento de la indemnización, porque en tal caso el fundamento de la acción es el daño o perjuicio propio alegado, daño o perjuicio que, juntamente con el hecho que lo produce, es lo que es necesario demostrar plenamente, no el parentesco, que resulta accidental y secundario".

Continúa el recurso diciendo que la señora Alzate no ejercita aquí ninguna acción heredada, que no ha demandado para ninguna sucesión, ni en nombre de ninguna otra persona, sino que lo ha hecho directamente, en su propio nombre, por sí y para sí, y que la mención de su calidad de madre legítima del menor fallecido no tuvo por fin apoyar en esa condición de madre su titularidad de demandante. De aquí que no fuera necesario acreditar su parentesco con el nombrado menor y que "la prueba notarial que el Tribunal exige sólo sería indispensable si en este juicio se debatiera como cuestión principal el parentesco de consanguinidad entre el niño muerto y la demandante, como si ésta entrara a reclamar en su condición de heredera de los perjuicios ocasionados al menor, pero este planteamiento no aparece por parte alguna de la demanda". En respaldo de estos conceptos reproduce una doctrina de la Corte (LIII - 1986, 661) y concluye así la exposición de este primer cargo:

"Así, pues, como consecuencia del error de derecho en la apreciación de la prueba antes referida, por indebida aplicación del artículo 18 de la Ley 92 de 1938, considero que el honorable Tribunal de Pereira violó indirectamente, por falta de aplicación, en primer término el artículo 1494 del Código Civil, en cuanto establece como una de las fuentes de las obligaciones, el 'hecho que ha infligido injuria o daño a otra persona', concediendo, por este solo motivo, al ofendido o perjudicado con tal injuria o daño acción, o sea legitimación en causa, titularidad para demandar, y en segundo lugar el artículo 2341 del mismo Código, en cuanto da facultad o legitimación para demandar la indemnización por perjuicios extrajudiciales, surgidos de las culpas o delitos, a toda persona que se considere perjudicada con un acto de tal naturaleza, sin la exigencia de invocar ni de demostrar parentesco alguno, error y violaciones de orden jurídico que, llevando al Tribunal a desconocer la legitimación en causa de la demandante, influyeron de manera definitiva para negar las declaraciones y condenas impetradas en la demanda, lo mismo que para absolver a los demandados".

La Corte considera:

I. En el campo extracontractual el artículo 2341 del Código Civil consagra el principio general de que quien infiere un daño a otra persona, está obligado a resarcirlo.

Por sus consecuencias, el perjuicio se divide en material y moral. Es material cuando lesiona los bienes o la persona física de la víctima, y es moral cuando afecta los sentimientos de una persona y le causa padecimientos de orden psíquico.

La obligación de resarcimiento de un daño, como cualquiera otra obligación, tiene sujetos activos y sujetos pasivos. Son activos los que tienen derecho a exigir la reparación y son pasivos los que deben hacer el resarcimiento.

Suele suceder que la invalidez o la muerte accidentales de una persona repercute en otras personas y les produce perjuicios propios, tanto materiales como morales. En este caso de daños inferidos por contragolpe surge el problema de puntualizar quiénes son o pueden ser los titulares de la acción de reparación o quiénes están legitimados para exigir la indemnización.

Por el aspecto de los perjuicios morales es obvio que la muerte o la invalidez accidentales de una persona puede herir los sentimientos de afección de muchas otras y causarles sufrimientos, más o menos intensos y profundos. En principio, todos estos ofendidos estarían legitimados por el daño moral que cada uno de ellos recibe para demandar la reparación correspondiente; pero como el reconocimiento indeterminado de este derecho, podría dar lugar a una ilimitada multiplicidad de acciones de resarcimiento, la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario reservar ese derecho a aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima del accidente, se hallan en situación que por lo regular permite presumir, con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo. Obvio es que, derivándose fundamentalmente este derecho de las relaciones de familia, el demandante del resarcimiento de daños morales sólo ha de legitimarse en causa mediante la demostración de tales relaciones con las respectivas partidas de su estado civil.

En cuanto concierne a los perjuicios materiales ocasionados a terceros por la muerte o la invalidez accidentales de una persona, se admite que está

legitimado para demandar el resarcimiento correspondiente quien, por tener una relación jurídica con la víctima, sufre una lesión en el derecho nacido de ese vínculo. Lo cual quiere decir que, para reclamar en el caso dicho la indemnización de perjuicios materiales, se requiere probar la lesión de un derecho surgido de una relación de intereses con la víctima. Ejemplo clásico de un derecho que puede ser lesionado, es el de la pensión alimenticia que por ley se deben a algunas de las personas ligadas por vínculos de familia. No hay duda de que la muerte accidental del alimentante lesiona el derecho del alimentario que por necesidad recibe o puede llegar a reclamar del primero una pensión de alimentos. El demandante de esta clase de perjuicios debe acreditar en todo caso la lesión de un derecho de carácter patrimonial, y si este derecho consiste en recibir una pensión alimenticia, ha de acreditar, con las correspondientes partidas del estado civil, el parentesco que lo liga a la víctima y que le confiere tal derecho.

Es de recordar también que, en los casos de perjuicios causados por contragolpe, el demandante de una indemnización de daños morales o materiales, debe establecer, además de su legitimación en causa, los tres elementos que configuran la responsabilidad aquiliana, esto es, el hecho dañoso, el perjuicio causado y la relación de causalidad.

II. La señora Rosana Alzate de Pérez pretende que los demandados le indemnicen los perjuicios morales y materiales que ella dice haber sufrido, en su carácter de madre, con ocasión de la muerte de su menor hijo Guillermo Antonio Pérez. La sentencia acusada denegó esta pretensión por considerar que no aparecen comprobadas en esta litis la legitimación en causa de la actora ni la culpa de los demandados. Según el fallo, la señora Alzate demanda el resarcimiento en su calidad de madre legítima del menor fallecido y no estableció en debida forma esa condición de madre, por lo cual le falta la legitimación en causa. Por su parte, el recurso formula contra la misma sentencia el cargo de haber violado indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 1494 y 2341 del Código Civil, a causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas, y hace consistir este yerro en exigir la demostración del parentesco entre la demandante y el menor Guillermo Antonio Pérez por medio de la prueba que señala el artículo 18 de la Ley 92 de 1938, cuando esta litis no versa sobre ningún estado civil, sino sobre un caso de responsabilidad aquiliana en que el interés económico de la actora se deriva del perjuicio sufrido por ella y en que por lo mismo aquel parentesco es una cuestión secundaria y hasta indiferente.

De acuerdo con lo que ha quedado expuesto, para pretender el resarcimiento de perjuicios morales la señora Alzate estaría legitimada en causa como madre del menor Guillermo Antonio Pérez, pero no como persona extraña al mismo menor y sin nexos familiares con él. Así lo comprendió la propia actora cuando en la demanda inicial de esta litis invocó precisamente su calidad de madre legítima y adujo unas partidas con el intento de establecer esa relación de parentesco.

Acerca de los perjuicios materiales, la legitimación en causa para exigir su resarcimiento surge de la lesión de un derecho nacido de una relación jurídica entre el actor y la víctima del accidente. ¿Qué conexión jurídica o de intereses podría existir entre la señora Alzate y el menor Pérez? En su alegada condición de madre, habría existido en abstracto entre ella y su hijo una obligación de pasarse alimentos. Esta obligación se derivaría de esa calidad de madre que alega la demandante y de la condición de hijo que se atribuye al menor difunto. Por donde se ve que el parentesco tampoco es factor accidental o secundario, sino elemento sustancial de la legitimación en causa, cuando se pretende, como sucede en este juicio, la reparación del daño económico derivado de la lesión o pérdida del derecho a reclamar y percibir una pensión alimenticia, actual o futura.

Siendo esto así, fácil es comprender que para legitimarse la señora Alzate como titular de la acción de resarcimiento de los perjuicios morales y materiales que dice haber sufrido con motivo de la muerte del menor Guillermo Antonio Pérez, debía ella comprobar que en realidad fue la madre de este mismo menor. La prueba idónea de esa calidad de madre consiste en la copia de la partida de nacimiento del hijo expedida por el notario respectivo, como lo dispone el artículo 18 de la Ley 92 de 1938. Según el artículo 19 ibídem, las partidas de origen eclesiástico no tienen valor sino como pruebas supletorias del estado civil, de manera que para hacer uso de ellas se requiere demostrar la falta de la correspondiente partida principal. No estando acreditada esta falta de la partida principal, la supletoria de origen eclesiástico no puede ser acogida como prueba del estado civil.

En el caso presente, la señora Alzate, para comprobar su calidad de madre del menor Guillermo Antonio Pérez, adujo la partida de nacimiento de éste de origen eclesiástico, pero no demostró la falta de la partida principal de origen notarial. Por esta causa el fallo consideró que la

demandante no había establecido en debida forma su condición de madre del nombrado menor y que de consiguiente no aparecía legitimada en causa como titular de la acción de resarcimiento de perjuicios. Al estimar necesaria en el caso de esta litis la comprobación de la calidad de madre en la demandante y al juzgar inadecuada e inadmisible para ello la sola partida de nacimiento de origen eclesiástico, no cometió la sentencia ningún yerro de valoración probatoria; por el contrario, aplicó con acierto lo dispuesto por los artículos 18 y 19 de la Ley 92 de 1938. No se produjo, pues, el error de derecho que alega el recurso, ni el fallo quebrantó por esa supuesta causa los artículos 1494 y 2341 del Código Civil.

III. La sentencia, como está dicho, no sólo puso de manifiesto la falta de legitimación en causa de la parte demandante, sino que acometió el estudio del fondo del negocio para llegar a la conclusión de que, en las circunstancias en que ocurrió la muerte del menor Guillermo Antonio Pérez no hay lugar a deducir ninguna responsabilidad contra los demandados. Fuera de la censura ya analizada, el recurso formula contra el fallo cuatro cargos más, encaminados todos a demostrar que aquél adolece de varios vicios *in iudicando*.

Dos son, pues, los fundamentos de la sentencia. El primer reparo se dirigió a impugnar uno de esos fundamentos, pero sin lograr destruirlo. Los cuatro cargos restantes vienen destinados a atacar y desvanecer el otro fundamento, pero, no desvirtuado el primero sobre la falta de legitimación en causa de la parte demandante y siendo él suficiente para sustentar y mantener intangible la sentencia, resulta superfluo abordar el análisis de esos otros cargos. Cuando un fallo tiene varios fundamentos, es menester que se los ataque y destruya todos para poder infirmarlo; si no se los impugna todos, o si aún atacándolos, queda por lo menos uno que sea bastante para respaldar la sentencia, no puede ser ésta quebrada. Sobre este punto dijo la Corte en sentencia de agosto 6 de 1958: "Cuando la sentencia acusada se basa en varios motivos jurídicos, independienttes, pero cada uno con fuerza suficiente para sustentar la decisión jurisdiccional, no es difícil descubrir que si la censura en casación es ineficaz para desvirtuar todos los soportes del fallo, porque permanece en vigor alguno que mantiene su firmeza en derecho, el recurso no es susceptible de prosperar, aun en el supuesto de que fueran destruidos los motivos restantes de la sentencia acusada" (LXXXVIII, 2199, 596).

Resolución.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de primero de julio de mil novecientos sesenta y tres, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en este juicio ordinario sobre responsabilidad extracontractual promovido por la señora Rosana Alzate de Pérez contra Pompilio Palacio Mejía, Guillermo Mejía Jaramillo, Argelia Palacio y Guillermo Botero Palacio.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Guillermo Ospina Fernández, Enrique López de la Pava.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

SUBROGACION REAL POR PERMUTA

Objeto y requisitos para que se efectúe la de un bien raíz propio de uno de los cónyuges por otro bien raíz, estando vigente la sociedad conyugal. Error de derecho.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, octubre 19 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

Ambas partes recurrieron en casación contra la sentencia de 22 de octubre de 1965, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, pero la demandante no suministró papel para el reparto por lo cual, en relación con dicha parte, la Corte declaró ejecutoriada la sentencia del Tribunal. La demandada sí cumplió con ese deber y fundó oportunamente el recurso. Se decide ahora sobre el mérito del mismo.

I

El litigio

Como heredera de Agustín Crispiniano Moreno Ospina, María Rita Moreno de Rincón demandó a Buenaventura Nasaria Hurtado viuda de Moreno, para que previos los trámites de un juicio ordinario se hiciesen estas declaraciones y condenas:

a) Que es nulo, de nulidad absoluta, el acto de liquidación provisional de la sociedad conyugal de Agustín Crispiniano Moreno Ospina y Buenaventura Nasaria Hurtado, contenido en la Escritura Pública número 4848 de 20 de septiembre de 1946, de la Notaría Cuarta de Bogotá, en cuanto por dicho acto se le dejó a la demandada, en dominio exclusivo, el inmueble "El Porvenir", delimitado como se expresa en la demanda;

b) Que pertenece a la comunidad de bienes de la sociedad conyugal ilíquida formada entre Agustín Crispiniano Moreno Ospina y Buenaventura Nasaria Hurtado el referido inmueble, adquirido por la demandada mediante la Escritura Pública número 4600 de 17 de noviembre de 1943, de la Notaría Cuarta de Bogotá; y

c) Que se condene a la demandada a restituir a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por su matrimonio con Agustín Crispiniano Moreno el dicho inmueble, con sus frutos, naturales y civiles, los cuales deberán liquidarse por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

Se pidió también que se condenase en costas a la demandada.

Se afirma en la demanda, como hechos fundamentales, que el primero de abril de 1922 Agustín Crispiniano Moreno Ospina casó católicamente con Rosa María Barbosa, quien murió el 22 de septiembre de 1926; que los cónyuges legitimaron en el acta de matrimonio a Manuel José y Lucrecia, y luego procrearon a Luis Jorge y a la demandante, María Rita Moreno de Rincón; que Agustín contrajo segundas nupcias con la demandada Buenaventura Nasaria Hurtado, el 8 de agosto de 1936; que ésta había transferido a Wilhem Tell Pietersz dos lotes de terreno de su propiedad, a título de permuta, por una finca denominada "El Porvenir", de 32 fanegadas, ubicada en jurisdicción de Cota, Departamento de Cundinamarca, alindada como se expresa en el hecho 9º de la demanda, según consta en la Escritura número 4600 de 17 de noviembre de 1943, de la Notaría Cuarta de Bogotá; que los inmuebles transferidos por Buenaventura de Moreno habían sido adquiridos por ella por herencia de su padre, cuyo juicio de sucesión fue protocolizado en la Notaría Primera de Bogotá por Escritura número 46 de 23 de enero de 1907; que Buenaventura de Moreno no expresó en la escritura de permuta su ánimo de subrogar los inmuebles de su propiedad por la finca de

"El Porvenir" y que, en consecuencia, ésta entró al haber de la sociedad conyugal formada con Agustín; que los cónyuges Moreno y Hurtado liquidaron provisionalmente la sociedad conyugal existente, por Escritura Pública número 4848 de 20 de septiembre de 1946, de la Notaría Cuarta de Bogotá, en la cual dejaron, además, esta constancia: "Por haberse omitido hacerlo en la mencionada escritura, (se refieren a la de permuta) por una omisión involuntaria de la persona que redactó la respectiva póliza, por medio de este instrumento los otorgantes declaran de manera expresa que la intención y la voluntad que tuvieron ambos otorgantes al celebrar el contrato de permuta a que se ha hecho referencia, fue la de que el terreno y el derecho proindiviso transferidos en permuta por Buenaventura Hurtado de Moreno al señor Wilhem Tell Pietersz y los valores con los cuales canceló la diferencia de valor o sea la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), quedaron subrogados por el terreno denominado 'El Porvenir', que le fue transferido a su vez por el señor Wilhem Tell Pietersz por la citada Escritura número 4600 de 17 de noviembre de 1943, de esta misma Notaría y que, en consecuencia, tal terreno quedó y queda formando parte del patrimonio exclusivo de Buenaventura Hurtado de Moreno, en virtud de la presente declaración, y por lo mismo no es parte del haber social"; que la liquidación provisional de la sociedad conyugal Moreno-Hurtado es nula absolutamente por haber recaído sobre bienes adquiridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932, y, en consecuencia, el inmueble "El Porvenir" continúa siendo de la sociedad conyugal Moreno-Hurtado; que Agustín Crispiniano Moreno falleció el 20 de septiembre de 1958; que abierto el juicio de sucesión correspondiente, se declaró disuelta y en liquidación la sociedad conyugal, se reconoció a la demandante como heredera de Agustín en su condición de hija legítima, y se denunció la finca "El Porvenir" como de la sociedad conyugal; y que la demandada posee dicha finca y se considera dueña exclusiva de la misma estimándola como bien propio.

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá accedió a todas las súplicas de la demanda, por sentencia de 28 de abril de 1964, pero el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, al desatar la segunda instancia del juicio, revocó el fallo del Juzgado y en su lugar decidió el pleito así:

"Primero. Declárase que pertenece a la sociedad conyugal ilíquida formada por el matrimonio de Agustín Crispiniano Moreno Ospina y Buenaventura Nasaria Hurtado, el inmueble denominado 'El Porvenir', adquirido por la demandada mediante la Escritura número 4600 de 17 de noviembre de 1943, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, que por su ubicación y linderos se determina en el hecho noveno de la demanda, pero con el bien entendido de que la sociedad debe a la demandada el precio de los bienes que ésta dio en permuta mediante ese instrumento.

"Segundo. Niéganse las demás peticiones de la demanda, de cuyos cargos se absuelve a la demandada.

"Tercero. Condénase al demandante a pagar a la demandada la mitad de las costas de la primera instancia.

"Cuarto. No hay condena en costas en el recurso".

Este es el fallo materia de la demanda de casación.

II

Consideraciones del fallo acusado

En relación con la nulidad solicitada en la petición primera de la demanda, anota el Tribunal que examinadas las declaraciones hechas por los cónyuges en la Escritura número 4848 de 20 de septiembre de 1946, de la Notaría Cuarta de Bogotá, se viene en conocimiento de que allí no se hizo una liquidación provisional de la sociedad conyugal existente entre Agustín Crispiniano Moreno y Buenaventura Nasaria Hurtado; que el propósito de los esposos Moreno-Hurtado al otorgar la mencionada escritura, fue el de deslindar los bienes propios de los cónyuges de los de la sociedad conyugal, y aclarar la Escritura número 4600 de 17 de noviembre de 1943, Notaría Cuarta de Bogotá, en los términos de la cláusula cuarta de dicho instrumento.

Respecto de la petición segunda de la demanda, en la cual se solicita la declaración de que el inmueble "El Porvenir" pertenece a la sociedad conyugal Moreno-Hurtado, dice el fallo:

"A términos del artículo 1781, numeral 5º del Código Civil, pertenecen a la sociedad conyugal 'todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso'. Se exceptúa de esta regla 'el inmueble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble propio de alguno de los cónyuges', tal como lo preceptúa el artículo 1783. Mas para que un inmueble se entienda subrogado a otro es menester, de

conformidad con el 1789, '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 de compra se exprese el ánimo de subrogar'. De consiguiente, si se permuta un inmueble de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges por otro, o se vende aquél y se compra con su precio otro, pero en las escrituras de permuta o en las de venta y de compra no se expresa el ánimo de subrogar, el inmueble así adquirido entra a formar parte de la sociedad conyugal.

"En el caso de autos es verdad procesal que los inmuebles que la demandada transfirió a Wilhem Tell Pietersz, a título de permuta, eran de su exclusiva propiedad por haberlos adquirido por herencia de su padre, tal como lo afirma la demandante en el hecho sexto del libelo y como se expresa en la escritura de permuta. Empero como en dicha escritura no manifestó aquélla su ánimo de subrogar el bien que adquirió de Pietersz a los que había adquirido por herencia, a fin de que no formaran parte del haber social, síguese que el inmueble en cuestión, denominado 'El Porvenir', ingresó al haber de la sociedad conyugal.

"La aclaración que posteriormente hicieron los cónyuges en la Escritura 4848 de 20 de septiembre de 1946 es ineficaz para obtener el fin perseguido, pues el artículo 1789 del Código Civil es terminante al exigir que la declaración sobre subrogación se haga precisamente en la escritura de permuta".

De aquí dedujo el Tribunal que la segunda de las peticiones del libelo debía ser despachada favorablemente, pero "con el bien entendido de que la sociedad es deudora de la cónyuge Buenaventura viuda de Moreno por el precio de los bienes que permutó, tal como lo dispone el artículo 1797 del Código Civil".

En cuanto a las súplicas de restitución de la finca y de sus frutos a la sociedad conyugal ilíquida, el sentenciador expresó que tales peticiones debían ser denegadas, porque disuelta la sociedad conyugal, el cónyuge en cuya cabeza estaba radicado un bien social continúa administrándolo y usufructuándolo mientras no se lleve a cabo la partición, o no se tomen las medidas cautelares que autoriza la ley, pues no existe norma que faculte a los herederos para exigir del cónyuge sobreviviente la entrega de los bienes sociales que tiene en su poder.

III

La acusación

Dos cargos se han formulado contra la sentencia del Tribunal, ambos con apoyo en la causal primera de casación.

Primer cargo. Es por infracción directa de los artículos 1115, 1502, 1618, 1759, 1766, 1783 numeral 1º y 1789 inciso 1º del Código Civil, por no haber sido aplicados al caso de autos.

El recurrente acepta que el raciocinio del Tribunal fue acertado en cuanto consideró que no era nulo el acto contenido en la Escritura Pública número 4848 de 20 de septiembre de 1946, de la Notaría Cuarta de Bogotá, otorgada entre los cónyuges Moreno y Hurtado; que también lo fue cuando denegó la restitución de la finca "El Porvenir" y sus frutos a la sociedad conyugal ilíquida; pero que desacertó al considerar que dicho inmueble pertenecía a la sociedad conyugal Moreno-Hurtado, por no haber aplicado en el sub lite los textos legales citados.

En desarrollo de este cargo dice el autor del recurso que la demandante María Rita Moreno de Rincón, quien es heredera universal de Agustín Moreno, carece de legitimación en causa para demandar la declaración de que la finca "El Porvenir" pertenece a la sociedad conyugal formada por el segundo matrimonio de su padre con la demandada, porque siendo hija legítima del nombrado Agustín en sus primeras nupcias, lo representa, como heredera suya, en todos los derechos y obligaciones transmisibles, y, por consiguiente, lo que obligaba al causante la obliga también a ella. Luego si en el acto recogido por la Escritura Pública número 4848 citada, los otorgantes Moreno y Hurtado se obligaron a admitir entre ellos que los bienes permutados por la cónyuge demandada habían quedado subrogados por el inmueble "El Porvenir" que ella recibió; y si la heredera a título universal de Agustín, María Rita Moreno de Rincón, quedó obligada a aceptar las declaraciones hechas por su padre en la mencionada Escritura número 4848, por hacer plena fe contra ella, quedó obligada igualmente a aceptar que la intención que tuvieron su padre y la cónyuge del mismo, señora Hurtado de Moreno, fue la de que la finca "El Porvenir" subrogó en la permuta a los bienes propios de la demandada, que ésta transfirió a Wilhem Tell Pietersz; y si quedó obligada a ello, carece de legitimación en causa para establecer la acción que ha incoado y al despacharla favorablemente el Tribunal, éste quebran-

tó los artículos citados, por darle a la demandante una personería o "capacidad" que no tenía.

Dice también la censura que se violaron directamente los artículos 1766, 1783 numeral 1º y 1789 inciso 1º, del Código Civil, porque en la citada Escritura número 4848, que forma sustancialmente una sola con la de permuta, los cónyuges Moreno y Hurtado expresaron el ánimo de subrogar y de ello se tomó nota al margen de la escritura matriz. "Cuando un acto escriturario público se aclara por otro acto igualmente solemne, observando en la aclaración las prescripciones legales para que tenga efecto, bien y lógicamente debe entenderse que el segundo acto queda sustancialmente incorporado al primero, de manera que para los efectos legales constituyen uno solo. Materialmente considerado hay dos instrumentos públicos. Pero sustancialmente, respecto del contenido, las declaraciones, descargos y aclaraciones constituyen uno solo. La aclaración queda completamente integrada e incorporada al instrumento aclarado formando una unidad con éste".

Para el recurrente si la Escritura Pública número 4600 de 17 de noviembre de 1943, de la Notaría Cuarta de Bogotá, suscrita por Wilhem Tell Pietersz y Buenaventura Nasaria Hurtado de Moreno, fue aclarada por los cónyuges Moreno y Hurtado, mediante la Escritura número 4848 de 20 de septiembre de 1946, de la misma Notaría, en el sentido de que el inmueble "El Porvenir" había quedado subrogado a los bienes propios de la otorgante Hurtado de Moreno; y si esa aclaración se hizo con las formalidades legales y tomando nota de ella al margen de la escritura matriz, tal como lo dispone el artículo 1766 del Código Civil, no puede negarse que el mencionado bien jamás entró al haber de la sociedad conyugal. "La subrogación del inmueble 'El Porvenir' quedó válidamente hecha, tal y como si en la escritura de permuta se hubiera manifestado el ánimo de subrogarlo al bien propio de la permutante Hurtado, en virtud del mandato legal que se está analizando, por considerarse sustancialmente una sola escritura y un solo acto, la de permuta y la aclaratoria de ella".

Concluye este cargo con la afirmación de que al despachar favorablemente el Tribunal el pedimento consistente en aceptar que el inmueble "El Porvenir" pertenece a la masa de bienes de la sociedad conyugal ilíquida de Agustín Crispiniano Moreno y Buenaventura Nasaria Hurtado, se infringieron directamente las disposiciones citadas por el recurrente.

La Corte considera:

1. María Rita Moreno de Rincón demanda la declaración de que pertenece a la sociedad conyugal Moreno-Hurtado la finca "El Porvenir" adquirida por la demandada a título de permuta, durante la existencia de la sociedad conyugal, por Escritura Pública número 4600 de 17 de noviembre de 1943 de la Notaría Cuarta de Bogotá.

Al obrar en esta forma lo ha hecho en su calidad de heredera de Agustín Crispiniano Moreno Ospina, como hija legítima habida por éste en su primer matrimonio, en ejercicio de un derecho propio como tal heredera, pues es evidente que si la finca "El Porvenir" materia de la demanda ingresó al patrimonio de la sociedad conyugal Moreno-Hurtado, habrá de tomarse en cuenta en la liquidación de tal sociedad, en la cual tienen interés el cónyuge sobreviviente y los herederos del causante.

La actora está, pues, legitimada en la causa para solicitar la declaración que impetra, invocando que la finca permutada por la demandada durante su matrimonio con el causante, no es un bien propio de la cónyuge supérstite porque ingresó a la sociedad conyugal.

2. *La subrogación suele definirse como la sustitución de una persona o cosa por otra, que pasa a ocupar jurídicamente el lugar de la anterior. Es de dos clases: real y personal. La subrogación personal está tratada en el capítulo 8º del título XIV del libro cuarto del Código Civil, referente al pago con subrogación. El artículo 1666 con que se inicia dicho capítulo, dice que la subrogación es la trasmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga.*

La subrogación real no está reglamentada de una manera general en el Código, pero de ella se hacen aplicaciones en varios casos, el más importante de los cuales es, sin duda, el que se presenta en la sociedad conyugal, relativo a los inmuebles que durante la existencia de dicha sociedad se subrogan a otros bienes, propios del marido o de la mujer.

Este caso de subrogación está particularmente considerado en el artículo 1789 del Código Civil, que expresa:

"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 de compra se exprese el ánimo de subrogar.

"Puede también subrogarse un inmueble a valores propios de uno de los cónyuges, y que no consistan en bienes raíces; mas para que valga la subrogación, será necesario que los valores hayan sido destinados a ello, en conformidad al número 2º del artículo 1783, y que en la escritura de compra del inmueble aparezca la inversión de dichos valores y el ánimo de subrogar".

La subrogación real dentro de la sociedad conyugal tiene por objeto evitar que a su patrimonio ingresen los inmuebles adquiridos por los cónyuges a título oneroso durante el matrimonio, o el precio de los bienes raíces propios de los consortes, y reviste dos formas: de inmueble a inmueble (artículo 1789 Código Civil) y de inmueble a valores (artículo 1783 ibídem); a su vez la primera de estas formas puede ser por permuta o por compra.

La subrogación por permuta, que es la que interesa en el caso de este pleito, ocurre cuando la mujer o el marido permutan un bien raíz propio por otro inmueble, y para que produzca efectos deben concurrir ciertos requisitos, a saber:

a) *Que el bien permutado pertenezca al patrimonio propio de uno de los cónyuges; por consiguiente, debe tratarse de un inmueble que el cónyuge permutante tenía al momento de casarse, o que adquirió durante el matrimonio por cualquier título que le diera la propiedad exclusiva;*

b) *Que los bienes permutados sean inmuebles;*

c) *Que en la Escritura Pública de Permuta se exprese claramente el ánimo de subrogar, es decir, que se haga constar en forma inequívoca, que un inmueble sustituye al otro, y*

d) *Que exista cierta proporcionalidad entre el valor de los bienes que se permutan, en los términos del artículo 1790 del Código Civil.*

Según la reglamentación legal de nuestro Código, en la subrogación real por permuta, es indispensable que el ánimo de subrogar se exprese en la misma escritura de permuta; no podría, por tanto, manifestarse en una escritura posterior, ni deducirse de antecedentes, por explícitos que fuesen. El texto del artículo 1789 del Código Civil es claro en el particular y no admite que se le dé una interpretación distinta, porque cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, según las voces del artículo 27 del mismo estatuto.

En sentencia de 29 de agosto de 1949 (*Gaceta Judicial,* Tomo LXVI, páginas 378 y siguientes) dijo la Corte: "En tratándose del contrato de compraventa o de permuta de bienes raíces, para que se verifique el fenómeno de la subrogación (artículo 1789), es necesario que con el precio de la venta de un inmueble propio de uno de los cónyuges, se haya comprado otro bien raíz, o que se permute el bien de uno de ellos por otro, y que tanto en la escritura de venta como en la de compra o de permuta, se exprese el ánimo de subrogar. Es evidente que lo importante es la expresión de tal ánimo, sin que sea necesario el empleo de términos especiales".

En el sub lite la demandada permutó, durante el matrimonio, unos bienes raíces de su exclusiva propiedad, adquiridos por herencia de su padre, por la finca de "El Porvenir", tal como consta en la Escritura Pública número 4600 de 17 de noviembre de 1943, de la Notaría Cuarta de Bogotá. Pero en dicho título no se hizo constar el ánimo de subrogar y, por consiguiente, no puede entenderse que el bien raíz recibido de Wilhem Tell Pietersz hubiese quedado subrogado a los bienes propios de la cónyuge permutante; y por no haberse cumplido con ese requisito de la subrogación por permuta, la finca "El Porvenir", ingresó al haber de la sociedad conyugal entonces existente, según lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 1781 del Código Civil, que preceptúa que a la sociedad pertenecen los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso.

Como en el caso de que se trata aquí no hubo subrogación porque, como ya se expresó, faltó un requisito esencial, el de hacer constar expresamente la intención de subrogar en la escritura de permuta, requisito que tiene por objeto que los terceros sepan la naturaleza jurídica del negocio realizado al entrar en relaciones con los cónyuges, se deduce que la finca de "El Porvenir" no subrogó a los bienes propios de la cónyuge permutante sino que ingresó al haber de la sociedad, como ya se dijo.

Con posterioridad a la permuta celebrada entre la demandada y Wilhem Tell Pietersz, los cónyuges Agustín Crispiniano Moreno y Buenaventura Nasaria Hurtado, otorgaron la Escritura número 4848 de 20 de septiembre de 1946, en la cual ellos, no los permutantes, hicieron la declaración de que los bienes dados en permuta por la señora de Moreno eran de su propiedad exclusiva y que quedaban subrogados por el inmueble que ésta adquirió de Tell Pietersz.

Esa declaración de los cónyuges en nada modifica la situación jurídica del bien adquirido en permuta, conforme a lo prescrito por el artículo 1795 del Código Civil.

Síguese de lo expuesto que la decisión del Tribunal fue acertada cuando concluyó que el inmueble "El Porvenir" pertenece a la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Agustín Crispiniano Moreno y de Buenaventura Hurtado, hoy disuelta, a pesar de la declaración hecha por ellos posteriormente, en la Escritura número 4848 anteriormente relacionada.

En consecuencia, no se infringieron las normas citadas por el recurrente, sino que, por el contrario, se aplicaron correctamente en el caso de estos autos.

Así, pues, el cargo por violación directa de ley sustancial resulta ineficaz y debe rechazarse.

Segundo cargo. Se hace por error de derecho en la estimación de la Escritura Pública número 4848 de 20 de septiembre de 1946, de la Notaría Cuarta de Bogotá.

Dice la censura que el Tribunal estimó esta escritura como plena prueba, en cuanto consideró que ella no contenía una liquidación provisional de la sociedad conyugal Moreno-Hurtado; que acertó en esta apreciación, pero que dejó de valorarla respecto a las demás declaraciones que en ella hicieron los cónyuges, en donde éstos expresaron el ánimo de subrogar los bienes propios de la cónyuge Hurtado por la finca "El Porvenir" de que trata la permuta contenida en la Escritura número 4600.

Agrega el recurrente que en la Escritura número 4848 citada, se ordenó tomar nota al margen de la Escritura número 4600 de la aclaración que se hacía, por lo cual las dos escrituras vienen a ser sustancialmente una sola; y que al no darle el valor de plena prueba, violó el Tribunal el artículo 1759 del Código Civil y el 630 del Código Judicial; y que por las violaciones de estos textos probatorios el sentenciador aplicó indebidamente el numeral 5º del artículo 1781 del Código Civil, y dejó de aplicar el numeral 1º del artículo 1783 y el inciso 1º del artículo 1789 ibídem, "puesto que la subrogación del referido bien sí se hizo debidamente, por haberse manifestado válidamente el ánimo de subrogarlo".

Se considera:

Se incurre en error de derecho cuando al estimar una prueba se yerra en su valoración, no concediéndole el mérito que la ley le otorga o negándole el que le asigna.

En el caso en estudio no se trata de que el Tribunal le hubiese negado a la Escritura número 4848 de 20 de septiembre de 1946, de la Notaría Cuarta de Bogotá, otorgada entre los cónyuges Agustín Crispiniano Moreno y Buenaventura Nasaria Hurtado, su valor legal como para configurar, por este aspecto, un error de derecho. Para el sentenciador se trata, simplemente, no de que la escritura no pruebe el acto en ella contenido sino de que la declaración allí hecha es ineficaz en orden a demostrar la subrogación de los inmuebles permutados por la señora de Moreno a cambio de la finca "El Porvenir" de Wilhem Tell Pietersz, porque el ánimo de subrogar en ella expresado, con posterioridad al negocio jurídico, no suple la falta del requisito exigido por la ley para la subrogación por permuta, de que tal ánimo se exprese en la misma escritura en que consta el contrato.

Dijo por eso el Tribunal que "la aclaración que posteriormente hicieron los cónyuges en la Escritura 4848 de 20 de septiembre de 1946 es ineficaz para obtener el fin perseguido, pues el artículo 1789 del Código Civil es terminante al exigir que la declaración sobre subrogación se haga precisamente en la escritura de permuta". Lo cual no es negarle a la prueba su valor legal, ni darle otro que la ley no le asigna, como para que se hubiese incurrido en error de derecho en el presente caso.

Tal error no ha existido, por tanto, pues ni se ha quebrantado el artículo 1759 del Código Civil, ni se aplicó indebidamente el 1781 numeral 5º del mismo Código, comoquiera que el inmueble "El Porvenir" sí ingresó al haber de la sociedad conyugal Moreno-Hurtado, por no haberse hecho en debida forma la subrogación; lo cual indica que el fallador interpretó correctamente el artículo 1789 del citado Código, y que si no aplicó el numeral 1º del artículo 1783 ibídem en la hipótesis de este pleito, se debe a que tal disposición no era aplicable, por no haberse verificado la subrogación.

Se rechaza el cargo.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintidós (22) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS

Cuándo puede el superior, excepcionalmente, modificar la parte no apelada de una decisión jurisdiccional. El artículo 494 del Código Judicial es una norma de carácter sustancial.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, octubre 20 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

Contra la sentencia de 11 de febrero de 1966, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yarumal en el juicio de Guillermo Bermúdez contra Manuel Joaquín Espinosa y otra, interpuso casación la parte demandante. Concedido el recurso y tramitado ante la Corte en legal forma, se decide ahora sobre su mérito.

I

El litigio

1. Da cuenta la demanda inicial del juicio, que el 9 de diciembre de 1950 Mercedes e Isabel Cardona dieron en arrendamiento a Manuel Joaquín Espinosa, quien la ha venido ocupando con su esposa Rosa Narváez, una casa de habitación, situada en la población de Caucasia, delimitada así: "Por el frente, con la calle principal; por la parte de arriba, con casa del señor Juan Clímaco Zapata; por la parte de atrás, con solar de Pablo Velásquez; y por la parte de abajo con solar de Aníbal Correa";

2. Como canon de arrendamiento se estipuló la suma de $ 15.00 mensuales, y en vista de que la casa necesitaba reparaciones para que quedase en condiciones habitables, se autorizó al arrendatario para que hiciera las mejoras correspondientes, cuyo valor debía deducirse de los cánones que se causasen hasta que se amortizara la inversión;

3. Mediante la Escritura Pública número 882 de 13 de noviembre de 1951, de la Notaría Segunda de Yarumal, registrada el 20 de los mismos, Francisco Garcerá Z. aparece vendiendo a Guillermo Bermúdez la casa de que se trata. En el mismo título se dice que el inmueble en referencia había sido comprado por Garcerá a Ana Rosa y Luis Cardona, por documento privado fechado en Caucasia el 1º de septiembre de 1951, debidamente reconocido;

4. Con copia de la escritura anteriormente relacionada, Bermúdez demandó al arrendatario Espinosa y a su mujer, en acción reivindicatoria, para la entrega del inmueble, y habiéndole fracasado esta acción, los demandó luego en juicio de tenencia, que terminó con sentencia de lanzamiento proferida en segundo grado por el Juzgado Civil del Circuito de Yarumal, reconociendo en ella el derecho de retención para los demandados mientras no se les pagasen las mejoras a que hubiese lugar;

5. Como en el juicio de lanzamiento no se debatió lo relativo al pago de cánones debidos, y como Guillermo Bermúdez cree tener derecho a ellos desde la fecha de la escritura de compra del inmueble a Francisco Garcerá Z., demandó en juicio ordinario a Manuel Joaquín Espinosa y Rosa Narváez de Espinosa para su pago, haciendo las siguientes peticiones:

"Primera. Que los demandados Manuel Joaquín Espinosa y Rosa Narváez, cónyuges entre sí, están en la obligación de reconocer y pagar a mi mandante, Guillermo Bermúdez, seis días después de ejecutoriada la sentencia o dentro del plazo prudencial que el fallo señale, el valor de los cánones de arrendamiento debidos por la ocupación del inmueble singularizado atrás, desde el 13 de noviembre de 1951, hasta que desocupen la casa, y de acuerdo con el justiprecio del canon de arrendamiento que se haga por peritos.

"Segunda. Que esa responsabilidad del pago es solidaria entre los demandados.

"Tercera. Subsidiariamente, y para el caso de que la condenación no se haga sobre la base del avalúo del canon de arrendamiento por peritos, que los demandados Espinosa y Narváez están en la obligación de reconocer y pagar a mi mandante, solidariamente y dentro de los términos indicados, el canon de arrendamiento por la ocupación de la casa, a partir del 13 de noviembre de 1951, hasta cuando desocupen el inmueble, a razón de quince pesos ($ 15.00) mensuales, cuantía que fue acordada por el señor Espinosa con Isabel y Mercedes Cardona en el contrato de arrendamiento suscrito el 9 de diciembre de 1950, en Caucasia.

"Cuarta. Que si los demandados se oponen, sean condenados en costas".

Los demandados se opusieron e invocaron como excepciones las de inepta demanda e ilegitimidad de la personería de la parte demandante "por cuanto desconocemos en Guillermo Bermúdez toda pretensión a la posesión del inmueble".

El Juez Civil del Circuito de Yarumal decidió la primera instancia del juicio por sentencia de 12 de julio de 1965, mediante la cual declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a los demandados a pagar al actor el valor de los cánones de arrendamiento a razón de $ 15.00 mensuales, desde el 20 de noviembre de 1951, hasta cuando se haga la desocupación del inmueble.

La parte demandante apeló y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yarumal, al decidir el recurso, revocó, con un salvamento de voto, la sentencia del Juzgado; en su lugar declaró probadas las excepciones de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante y de petición antes de tiempo y de modo indebido, condenando en costas de la primera instancia al actor, según su fallo de 11 de febrero de 1966, materia del presente recurso de casación.

II

Consideraciones de la sentencia acusada

El Tribunal parte de la base de que la fuente de la obligación demandada es el contrato de arrendamiento celebrado por Mercedes e Isabel Cardona con Manuel Joaquín Espinosa, y admite que el actor podría beneficiarse de las consecuencias de tal contrato en cuanto fuese causahabiente a título universal o singular de las arrendadoras.

Recuerda la definición que del arrendamiento trae el artículo 1973 del Código Civil, y respecto de las obligaciones que de él emanan advierte que si el arrendador queda obligado a la entrega de la cosa arrendada al arrendatario, éste se obliga a su vez, con motivo de la celebración del contrato, a pagar el precio, renta o canon de arrendamiento. Luego agrega el sentenciador:

"Pero es obvio que si al arrendatario le incumbe la obligación de pagar el canon, el derecho correlativo para exigir dicho pago, está radicado exclusivamente en cabeza del arrendador o de aquel a quien por cualquier título se transfiera o ceda dicho derecho. Esto, porque los contratos o convenciones sólo producen efectos entre las partes contratantes y sus causahabientes y no respecto de terceros que para nada hayan intervenido en su concreción y celebración".

El Tribunal anota además que por ninguna parte aparece el vínculo jurídico que por tal concepto debería unir al demandante con los demandados, "para que el primero pudiera reclamar de éstos el pago de cánones de arrendamiento", pues ni los demandados celebraron contrato de arrendamiento alguno con Bermúdez, ni éste es causahabiente de las arrendadoras.

Expresa también que el contrato de arrendamiento celebrado por Manuel Joaquín Espinosa con Isabel y Mercedes Cardona, es *res inter alios acta* respecto de Guillermo Bermúdez y de aquéllos de quienes éste pretende derivar su derecho de dominio en el inmueble; "por lo cual ningún perjuicio o beneficio se puede deducir para Bermúdez de tal convenio y ninguna acción puede él ejercitar en favor suyo con base en dicha convención".

Concluye que en tales condiciones "resulta evidente que del contrato de arrendamiento celebrado por Joaquín Espinosa con Isabel y Mercedes Cardona (folios 16 y vuelto, cuaderno número 2) ninguna obligación de carácter civil podría deducirse a favor del demandante Bermúdez, con lo cual se configura en autos en forma clara la excepción perentoria temporal denominada 'ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante' que debe ser declarada aún de manera oficiosa".

Y falló en la forma antes expresada, a pesar de que sólo el demandante apeló del fallo de primer grado, porque estimó que era necesario hacer las modificaciones correspondientes en la parte no recurrida, sobre puntos íntimamente relacionados con la que sí fue objeto de la alzada, según el artículo 494 del Código Judicial.

III

La impugnación

El escrito de casación configura un cargo con fundamento en la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, por infracción directa de ley sustancial.

Dice el recurrente que el Tribunal quebrantó el artículo 494 del Código Judicial, que es una disposición sustantiva aunque se halle en un Código de Procedimiento.

Tal disposición, expresa el autor del recurso, consagra la figura procesal de la *"reformatio in pejus"*, que le impide al Tribunal enmendar la providencia objeto del recurso en el sentido de agravar la situación procesal adquirida por la parte apelante; y apunta que el sentenciador violó infundadamente dicha disposición, por lo cual se impone la casación de la sentencia para que la Corte profiera el fallo de instancia a que haya lugar.

La Corte considera:

La administración de justicia es obra humana y los hombres suelen equivocarse porque humano es errar. De ahí la necesidad de consagrar para las partes el derecho de impugnación de las resoluciones jurisdiccionales mediante los recursos que la ley otorga contra ellas, según su naturaleza.

El de apelación, que solo se concede respecto de los autos interlocutorios y de las sentencias de primer grado, es el medio ordinario para hacer operante el principio de las dos instancias, y tiene por objeto llevar al conocimiento de un juez superior la resolución de uno inferior, a fin de que se revise y se corrijan los errores que éste hubiese podido cometer.

Pero la apelación se entiende interpuesta únicamente en lo perjudicial para el recurrente, razón por la cual el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso, a menos que en la parte no apelada sea preciso hacer modificaciones sobre puntos relacionados íntimamente con la parte apelada.

Así lo dispone el artículo 494 del Código Judicial, que dice: "La apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, y, por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso, salvo que, a virtud de la reposición, sea preciso hacer modificaciones a esta parte sobre puntos íntimamente relacionados con la otra".

Dicho texto, que es de carácter sustancial como lo ha repetido la Jurisprudencia de la Corte, porque consagra para el apelante el derecho de que la providencia recurrida sólo se revise en lo que le perjudica, limita la competencia del superior en cuanto al contenido de su decisión, que no puede versar sino sobre lo desfavorable al recurrente, careciendo, en consecuencia, de facultad para modificar lo resuelto por el inferior en lo que beneficia o aprovecha al apelante.

Está, pues, prohibida en el procedimiento civil la reformatio in pejus, *o sea la reforma de la decisión apelada con menoscabo de los derechos reconocidos en ella a la parte recurrente.*

Es que entre nosotros se consagra el sistema de la personalidad del recurso, porque el objeto de la apelación lo determinan las partes y, en consecuencia, el asunto es visto por el superior únicamente en la extensión en que ellas lo soliciten. El juez ad quem solo puede tener en cuenta lo gravoso de la decisión para el apelante, motivo por el cual si la contraparte no apela a su vez, no le es dado reformarla en lo que favorece al único recurrente.

Sólo excepcionalmente puede el superior modificar la parte no apelada de una decisión jurisdiccional, cuando por la conexidad íntima de esa parte con la apelada, se hace indispensable introducir modificaciones en la primera, hipótesis distinta de la que se contempla en el caso en estudio, en donde el recurrente se alzó contra la decisión del a quo *para ver si obtenía una condena superior a la alcanzada en el Juzgado.*

En efecto, el demandante solicitó de manera principal el pago de los cánones de arrendamiento a que creía tener derecho, de acuerdo con el justiprecio que se hiciese mediante peritos; y subsidiariamente, para el caso de que la condena no se hiciese sobre esa base, pidió que se condenase a los demandados a pagar los arrendamientos a razón de quince pesos ($ 15.00) mensuales, que fue el canon estipulado en el contrato de arrendamiento celebrado entre Manuel Joaquín Espinosa e Isabel y Mercedes Cardona.

El Juez de primer grado condenó al pago de lo subsidiariamente pedido, es decir, al pago de los arrendamientos causados o que se causen hasta la entrega del inmueble, a $ 15.00 mensuales.

El actor fue el único apelante, lo cual significa que no se conformó con la resolución del Juez de primera instancia y que aspiraba a que los demandados fuesen condenados al pago de los arrendamientos según avalúo pericial. Apeló,

pues, no para que el superior le desconociese lo que el Juez de primer grado le había reconocido, sino para tratar de mejorar su situación con el reconocimiento de la pretensión principalmente ejercida en la demanda; y como el Tribunal, al decidir la apelación, revocó la sentencia del Juzgado y en su lugar declaró ilegítima la personería sustantiva de la parte demandante, agravando así la situación alcanzada por el recurrente con el fallo del Juzgado, quebrantó el artículo 494 del Código Judicial, por aplicación indebida de su texto en la parte final del mismo.

En consecuencia, prospera el cargo por infracción directa de dicho artículo, que es norma de carácter sustancial, como ya se dijo.

Al entrar la Corte a dictar la resolución que corresponda como tribunal de instancia, encuentra que por las razones expuestas al despachar el cargo, no le es posible reformar el fallo de primer grado pues la parte demandada se conformó con la decisión de primera instancia al no apelar, a su vez, de la misma.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de once (11) de febrero de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yarumal, y como Tribunal de instancia CONFIRMA el fallo de doce (12) de julio de mil novecientos sesenta y cinco (1965), dictado por el Juez Civil del Circuito de Yarumal.

Sin costas en el recurso.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

RESPONSABILIDAD POR DENUNCIOS PENALES

Diferencia cualitativa entre el apoderado ordinario de otro y el representante legal o estatutario de una personal moral. Las personas jurídicas son directamente responsables ante terceros de los perjuicios que se les hayan causado por las denuncias de carácter penal culposamente interpuestas contra éstos por los legítimos representantes de tales entidades. No puede presumirse culpa del autor de una denuncia penal por el solo hecho de terminar el proceso con sobreseimiento o sentencia absolutoria.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, 20 de octubre de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, con fecha 17 de abril de 1963, en el juicio ordinario seguido por Emilio Caamaño Castro frente a Ujueta & Compañía Limitada.

I

El litigio

Ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, Emilio Caamaño Castro promovió demanda contra "Ujueta & Compañía Limitada", en impetración de las siguientes declaraciones:

1ª Que "Ujueta & Cía. Limitada", a virtud de culpa cometida por el gerente Enrique Ujueta, es civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales causados con el denuncio criminal que presentó éste, por el delito de abuso de confianza perentoriamente imputado a Emilio Caamaño Castro;

2ª Que, en consecuencia, la entidad demandada está en la obligación de pagar al actor la cantidad de quince mil pesos moneda legal colombiana en que éste estima los perjuicios morales y materiales causados, o en subsidio la que se fije por peritos, y

3ª Que los demandados, si se oponen, deben correr con las expensas de la litis.

La relación de los hechos en que se funda el libelo, puede concretarse así:

Que "Ujueta & Compañía Limitada" había conferido a Emilio Caamaño Castro mandato suficiente para la gestión judicial y extrajudicial de los negocios que la sociedad tenía pendientes con ocupantes de los terrenos de la urbanización "Las Ceibas", en jurisdicción de Barranquilla, mandato entre cuyas facultades se comprendían las de celebrar convenciones o arreglos con tales ocupantes y cobrar y percibir cualesquiera cantidades que éstos adeudaran a la sociedad;

Que Caamaño Castro celebró varios negocios con manifiesto beneficio para la compañía;

Que el mismo Caamaño celebró un convenio con la señora Elena Reyes viuda de Jassim, en virtud del cual ésta entregaría al primero determinada suma de dinero por concepto de unos intereses moratorios, y él, una vez efectuada al mismo tal entrega, quedaba obligado a rehacer el contrato con aplicación de plazo y cuotas mensuales de menor valor de las señaladas en el primitivo;

Que la viuda de Jassim no cumplió tal arreglo y Caamaño Castro hubo de promoverle una demanda ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Barranquilla;

Que Caamaño Castro fue requerido por el apoderado de "Ujueta & Cía.", para que rindiera cuenta de los negocios que le habían sido

encomendados, lo que aquel hizo en extensa carta dirigida a tal apoderado, acompañándole una cuenta-liquidación de todos y cada uno de tales negocios, que arrojaba un saldo de tres mil cuatrocientos veintiocho pesos y noventa centavos en favor del cuentadante, por razón de servicios profesionales insolutos;

Que esta cuenta obró en el proceso penal seguido a Caamaño Castro, con conocimiento del gerente Enrique Ujueta y de su apoderado, sin que hubiera sido objetada ni redargüida de falsa;

Que por diferencias que surgieron entre el gerente Enrique Ujueta y Caamaño Castro por procedimientos de éste, aquél denunció criminalmente al último, ante el Juzgado 5º Penal Municipal, en memorial de fecha 9 de mayo de 1960, imputándole perentoriamente el ilícito penal de abuso de confianza;

Que Enrique Ujueta, para formar su presupuesto procesal acusatorio, personalmente fue al Juzgado Segundo Civil Municipal y desistió de la demanda que Caamaño había promovido contra la viuda de Jassim, y desglosa (sic) el documento materia de la acción, para luego "catequizar" a la misma viuda, quitarle los recibos que Caamaño le había expedido en virtud del arreglo prenombrado, y presentarlos como cuerpo del delito;

Que el propio Ujueta estuvo recogiendo todos los recibos que Caamaño hubiera podido expedir, por diversos conceptos, durante los tres años en que ejercitó el mandato, para presentarlos con imputaciones inexactas, pidiendo se tuvieran como cuerpo del delito;

Que Enrique Ujueta presentó con la misma intención un recibo por doscientos sesenta pesos expedido por Caamaño Castro a favor de Guillermo Movilla, suma ésta que Enrique Ujueta ya había recibido de las propias manos de Caamaño Castro, como se demostró en su oportunidad;

Que en el denuncio presentado por el gerente Enrique Ujueta, no sólo hubo error de técnica, sino que sus objetivos fueron satisfacer intereses y pasiones personales: *animus nocendi,* como también trató de aprovecharse de las ventajas del delito (sic) que hacía evasivo el pago de lo que adeudaba a Caamaño Castro por servicios profesionales: *animus lucrandi;*

Que, como consecuencia, del denuncio presentado por el gerente Enrique Ujueta, Caamaño Castro sufrió prisión preventiva en la Cárcel Nacional de Barranquilla, desde el 14 de julio de 1960 hasta el 26 de los mismos mes y año, en que logró su libertad provisional, mediante fuerte caución monetaria que hubo de consignar en el Banco de la República de la misma ciudad;

Que la causa eficiente y formal de encarcelamiento de Caamaño Castro fue el denuncio, que ocasionó a su vez el sumario; y así el daño es efecto del mismo denuncio, sin el cual no hubiera habido sumario;

Que Caamaño Castro sufrió, con las correspondientes diligencias e investigaciones, graves quebrantos, al ver afectada su honorabilidad de profesional, y se vio constreñido a dedicar todo su tiempo a las exigencias de la investigación y de su defensa, lo que le ocasionó ingentes gastos y obligaciones de orden económico que hubo de contraer, para atender a la subsistencia de su numerosa familia;

Que Caamaño Castro fue condenado por el Juez Quinto Penal Municipal en sentencia de 15 de octubre de 1960, a sufrir la pena corporal de un año de prisión y a las demás penas accesorias; pero, interpuesto el recurso de apelación, el Juez Segundo Penal del Circuito, en sentencia de 12 de diciembre del mismo año, revocó en todas sus partes la del inferior y absolvió a Caamaño Castro de todos y cada uno de los cargos que rezaba la providencia revocada.

En DERECHO fundóse la demanda en el artículo 2341 del Código Civil.

En su contestación al libelo, el apoderado de la sociedad demandada hace aclaraciones en relación con algunos de los hechos de la demanda; sostiene que contestar una carta como lo hizo Caamaño no es rendir cuentas; que precisamente por haberse apropiado Caamaño sumas que no le pertenecían, se le denunció criminalmente por abuso de confianza; que Elena Reyes de Jassim le había entregado trescientos treinta y cinco pesos a Caamaño, quien se los apropió; que se hizo comparecer a las oficinas de "Ujueta & Compañía" a las personas que habían entregado dineros a Caamaño y se llegó a la conclusión de que éste había recibido de varias personas distintas de la señora de Jassim; que está establecido que Caamaño se apropió la suma de ciento setenta pesos que recibió de Guillermo Movilla, lo cual se puede probar; que la sentencia de segunda instancia no ha dicho que Caamaño no ha cometido delito, sino que, refiriéndose al trámite dado al proceso, considera que debió de iniciarse primero un juicio de rendición de cuentas; que la causa de la detención fueron las pruebas que obraron dentro del proceso, no el simple denuncio; que Caamaño fue el único responsable de lo sucedido por haberse apropiado sumas que no le pertenecían; y que el hecho de

que el proceso hubiera sido tramitado por el Juez Quinto Penal Municipal en la forma como lo hizo en nada responsabiliza a la sociedad demandada.

La primera instancia del presente juicio culminó con fallo por el cual se condenó a "Ujueta & Compañía Limitada" a pagar al demandante perjuicios ilíquidos, estimables pecuniariamente de conformidad con el artículo 553 del Código Judicial.

Por apelación de la sociedad demandada, tramitóse el segundo grado del juicio, a que recayó la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de fecha 17 de abril de 1963, por la cual se revocó la del inferior, y en su lugar se absuelve a "Ujueta & Cía. Limitada" de los cargos de la demanda.

Aunque ambas partes interpusieron el recurso de casación, procede la Corte a ocuparse solamente del de la actora, por haberse declarado la sentencia del Tribunal ejecutoriada respecto de la demandada, por falta de suministro de papel sellado de su resorte para el repartimiento.

II

El fallo recurrido

Son consideraciones fundamentales del mismo, las siguientes:

Que la sociedad responde de los actos que el mandatario puede legalmente realizar en ejecución del mandato, pero no de aquellos que tengan carácter estrictamente personal del agente;

Que para que un acto que dice relación exclusiva a la persona del mandatario tenga repercusión en el mandante, se requiere que, dentro de las atribuciones que expresamente contenga el mandato, exista la facultad de comprometer a éste por el hecho personal de aquél;

Que la denuncia que se eleva a un funcionario público sobre la perpetración de un ilícito penal, para que se investigue y castigue, es función que emerge del derecho, que es al propio tiempo obligación, que al efecto tiene todo ciudadano por sí mismo, en guarda del orden social y, como tal, es consustancial del denunciante, lo que imprime carácter personal al ejercicio de ese derecho;

Que "no se encuentra documento o medio de prueba de ninguna clase que establezca que la sociedad Ujueta & Cía. Limitada le hubiese otorgado a su gerente, principal o suplente, facultad expresa para presentar denuncios a nombre de ella", y a este efecto observa que en la certificación de la Cámara de Comercio, enumerativa de los actos comprendidos en la representación de la sociedad, "no aparece facultad alguna al gerente para promover acciones de carácter penal";

Que de acuerdo con doctrina de la Corte Suprema de Justicia, la querella de un ilícito penal no está incluida entre los actos que el representante de una sociedad puede ejecutar ordinariamente a nombre de ella, sin previa autorización expresa, por ser de aquellos estrictamente personales del mandatario; y por lo expuesto, en el caso *sub judice* la sociedad demandada "carece de titularidad en la relación jurídico-procesal para responder como reo; es decir, no es la persona que la ley identifica como el demandado a quien le es concedida la acción (legitimación pasiva). Esa persona no sería otra que el señor Enrique Ujueta, en su propio nombre".

III

La demanda de casación

Refiriéndose a la causal 1ª propone el recurrente tres cargos cuyo contenido cabe exponer así:

Primero. El Tribunal, en cuanto concluyó que Ujueta & Cía. Limitada no es responsable de la denuncia de ilícito penal dada contra Emilio Caamaño Castro por Enrique Ujueta en su carácter de suplente del gerente, por no tener autorización de la sociedad para formular denuncias criminales, "violó directamente los artículos 62, 633, 2079 y 2085 del Código Civil, en consonancia con los artículos 11 de la Ley 124 de 1937 y 482, 489, 512, 518 del Código de Comercio Terrestre, al considerar que el gerente de Ujueta & Compañía Limitada, no obró en su condición de órgano de la persona jurídica, sino que actuó como simple mandatario de ella, con lo cual también aplicó indebidamente el artículo 2142 del Código Civil.

Porque es indudable que el administrador de una sociedad de responsabilidad limitada es órgano de voluntad de la misma, la que responde de los actos de dirección culposos de aquél, como si fueran propios de ella.

Por lo tanto, estando, según las normas referidas, dotadas las personas jurídicas de voluntad inteligente y libre, al desconocer que esa voluntad y libertad se confunden con las del administrador delegado y afirmar que el acto ilícito de Enrique Ujueta no era previsible y evitable respecto de la entidad que él administra, "el tribunal infringió directamente los artículos 512, 519 y 520 del Código de Comercio Terrestre y 2341 del Código Civil".

Segundo. Este cargo lo plantea el recurrente así: "Incurrió el Tribunal en el manifiesto error de hecho consistente en pretender que en los actos que enumera la certificación de la Cámara de Comercio de Barranquilla como 'comprendidos en la representación de la sociedad Ujueta & Compañía Limitada', apareciera la 'facultad al gerente para promover acciones de carácter penal' debido a que tales acciones requieren por su naturaleza representación expresa. A consecuencia de ese error de hecho manifiesto interpretó erróneamente el Tribunal los artículos 12, 14 y 275 del Código de Procedimiento Penal".

Si la denuncia penal es una obligación impuesta por el legislador a todos los habitantes del país, mayores de edad, y puede presentarse por medio de apoderado especial, quiere decir que el administrador delegado de Ujueta & Compañía, como órgano o representante estatutario de esa persona jurídica, está obligado a denunciar las infracciones penales que afecten el patrimonio social y de que tenga conocimiento. "Así lo dispone expresamente el artículo 286, también violado por el Tribunal".

Refiriéndose luego a una doctrina de la Corte en que dice apoyarse el Tribunal, alega el impugnante que ella "se refiere al mandatario y no al órgano representante de una sociedad, que necesariamente es una persona física"; y que por esa confusión entre mandatario y órgano, el sentenciador aplicó indebidamente el artículo 2142 del Código Civil, con "la consiguiente violación directa de los artículos 62, 639, 640 del Código Civil y 482, 489 del Código de Comercio Terrestre en relación con el 11 de la Ley 124 de 1937".

Agrega que nuestro derecho procesal penal consagra en el artículo 12 la "denuncia-obligación", la que, por eso mismo, no requiere por parte del administrador delegado de Ujueta & Compañía Limitada, la autorización específica que echa menos el Tribunal, "con lo cual aplicó indebidamente el artículo 519 del Código de Comercio Terrestre, infringiendo directamente, al mismo tiempo, el artículo 520 siguiente, porque en la certificación de la Cámara de Comercio consta la autorización estatutaria genérica de Ujueta & Compañía Limitada para que la represente judicialmente, quebrantamiento que implica el de los artículos 482 anterior, 1º y 11 de la Ley 124 de 1937, 250 del Código Judicial y 2079 del Código Civil".

Tercero. Este capítulo de la acusación se ofrece así:

"Incurrió el Tribunal en manifiesto error de hecho consistente en no haber tenido en cuenta el contrato de mandato celebrado por Ujueta & Compañía Limitada con Emilio Caamaño, y que consta en la carta dirigida por aquélla a éste el 8 de septiembre de 1958, lo mismo que las copias de la denuncia penal y su ampliación formuladas por Enrique Ujueta y la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, el 12 de diciembre de 1960".

En esta sentencia, que tiene la autoridad de la cosa juzgada, "aparece la sociedad ofendida como legitimada particularmente en la causa penal, legitimación que proviene de su directa relación con el delito que la ofendió y que por tal motivo la convierte en parte querellante al asumir el rol de denunciante, artículo 286 del Código de Procedimiento Penal, violado por el Tribunal".

Y luego de traer a cuento los artículos 288 y 289 ibídem, afirma que la acción de Enrique Ujueta, como órgano de Ujueta & Compañía Limitada, tiene legitimación en la causa, "porque la diferencia entre querellante y denunciante reside, para las infracciones en que debe procederse de oficio, en que el primero sea el ofendido o perjudicado con el delito, mientras que el segundo no tiene esa característica".

Sostiene luego que el Tribunal violó los artículos 17 del Código Civil y 473 del Código Judicial sobre fuerza de las sentencias ejecutoriadas, y los artículos 8, 11, 21, 22, 24, 25, 27, 28 y 29 del Código de Procedimiento Penal, sobre preponderancia jurisdiccional de lo penal en relación con la esfera civil, esfera ésta en que no es posible desconocer lo que fue juzgado penalmente, "sea en cuanto a la existencia del hecho que constituya la base común de la acción pública y de la acción civil; sea en cuanto a la calificación legal de ese hecho; sea en cuanto a la participación de las personas en esos mismos hechos". Y observa que la parte resolutiva del fallo penal no se sustenta exclusivamente en sí misma, "sino que se extiende a los motivos o fundamentos de la decisión en cuanto se vinculen con lo que haya sido necesaria y ciertamente juzgado".

Y concluye alegando que la legitimidad en la causa ha sido originaria, no solo por provenir del contrato de mandato en lo civil, sino porque el juez penal en su sentencia reconoce la legitimación de la querellante, no obstante lo cual el Tribunal consideró que esa legitimación en la causa penal que motivó la culpa de la querellante por haber ejercitado la acción penal en vez de la civil de rendición de cuentas, carece de eficacia en el proceso civil, colocando así a la sociedad perjudicada como absolutamente extraña a su

propio proceder, constitutivo de un abuso del derecho.

IV

Consideraciones de la Corte:

1. Menester ha sido hacer la minuciosa recensión de los cargos que informan el libelo sustentador del recurso, por cuanto a pesar de hallarse en parte fundados, no van a tener trascendencia para la casación del fallo, en cuanto que, si la Corte tuviese que proceder como juzgador de instancia a la decisión del litigio, habría de llegar a la misma conclusión del juzgador de segundo grado, por motivo diferente al en que éste se basó. Lo que no empece a que se le haga a la doctrina del Tribunal la rectificación oportuna.

2. *Ciertamente desacertó el sentenciador cuando aplicó a la especie del pleito una doctrina de la Corte sentada con ocasión de un caso distinto, consistente en la denuncia hecha a nombre del demandante, por un mandatario que solo estaba investido de poder general para negocios civiles. Entonces, la Corte, considerando que "salvo estipulación clara y expresa entre mandante y mandatario, o de poder claramente otorgado para determinado caso, la presentación de un denuncio criminal contra terceros es asunto de índole estrictamente personal del denunciante, que compromete exclusivamente su responsabilidad", y que "un poder general conferido para negocios no puede por sí sólo autorizar al mandatario para mover la justicia penal a nombre de su mandante", dejó en pie la sentencia que absolvía a éste de la demanda de indemnización de perjuicios propuesta por las personas contra quienes el mandatario formuló tal denuncia. (Casación de 17 de abril de 1941, LI, páginas 194 y siguientes).*

Porque es evidente la diferencia cualitativa entre el apoderado ordinario de otro y el representante legal o estatutario de una persona moral —en el caso del presente pleito, el gerente de una sociedad limitada—.

3. *Tratándose del simple apoderado, éste se ofrece cual sujeto distinto del mandante, no necesario como instrumento de relación en su vida civil, cuyo encargo es revocable a voluntad del mismo mandante, quien impone sus instrucciones, teniendo el mandatario circunscrito su radio de acción a las facultades que por aquél le hayan sido conferidas (artículos 2157, 2158 y siguientes del Código Civil). Así se explica que en la sentencia de casación antes referida hubiera expresado la Corte que el poder general para negocios no autorizaba por sí sólo al mandatario para interponer una denuncia en vía penal a nombre del mandante, "ya que éste no pudo tener la voluntad ni la intención de facultarlo para realizar un acto de esa índole, sino por medio de una manifestación expresa y clara contenida en el mandato".*

4. *Otra es la condición del representante de una persona moral. Esa condición es la de ser él, un instrumento necesario en las actividades jurídicas de la entidad, sin el cual no podría ella manifestar su voluntad en la vida de relación. Como lo ha dicho la Corte, se advierte una vinculación necesaria entre la estructura orgánica de la persona jurídica y sus agentes, cuya presencia en ella es esencial para su existencia efectiva, funcionamiento y consecución de sus fines. La persona natural obra por sí y en razón de sí misma, valiéndose de sus propios medios para ejecutar sus decisiones. "La persona moral, no: su personalidad no decide ni actúa por sí misma, sino a través del vehículo forzoso de sus agentes, sin los cuales no pasaría de ser una abstracción. Por eso se ha dicho que su voluntad es la voluntad de sus agentes" (sentencia de casación de junio 30 de 1962, en juicio de Reinaldo Tinjacá y otro contra el municipio de Bogotá, no publicada aún en la* Gaceta Judicial).

5. *Si, pues, las personas morales no pueden actuar en el campo de los actos jurídicos sino por medio de sus representantes o agentes, como depositarios de su voluntad y órganos obligados de manifestación de la misma, la que ponen en movimiento cuando quiera que, dentro de la órbita de sus intereses, y mientras sus estatutos no se lo prohíban, esos agentes actúan en su calidad dicha por razón de tales intereses o en relación con éstos, quiere decir que, descartándose la dualidad personal entre una entidad dada y su representante legal, que se confunden en la actividad de la gestión, la culpa que éste cometa en el ejercicio de sus funciones es culpa propia de aquélla, que será entonces responsable a terceros de los perjuicios que el ilícito les haya causado. Se requerirá, desde luego, que en el agente se haya configurado la culpa en todos los elementos indispensables para estructurarla y establecídose la relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y el hecho culposo imputable al agente como órgano de la persona moral y de que ésta haya de responder.*

Como bien lo enseñó la Corte en la sobredicha sentencia de 30 de junio de 1962, al consagrar respecto de las personas jurídicas privadas, *en punto de culpa extracontractual, el criterio de la*

"responsabilidad directa *de la persona jurídica, por el quebranto patrimonial y moral que a terceros ocasionaren culposamente sus agentes, en ejercicio de sus atribuciones, con ocasión o a pretexto de éstas", "la culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualesquiera que éstos sean, es su propia culpa; subsiste, por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado".*

Y sin que sea ocioso el añadir, cual lo predica la doctrina acogida en el mismo pronunciamiento, que "responden del daño, solidariamente, la persona jurídica y el autor, y aquélla puede exigir de éste el valor de la reparación satisfecha a la víctima".

6. *Ahora bien: en lo tocante con la vinculación de la responsabilidad de una persona jurídica dada, por la denuncia que su representante haga en vía criminal culpablemente contra un tercero, no podrá argüirse que el gestor no tiene facultad para actuar por aquella en ese campo, porque sería como sostener que está al descubierto uno de los flancos de protección de los intereses de la entidad, al no poderse mover de inmediato por su representante los resortes que pongan en acción la función punitiva del Estado. Para que se diera la solución contraria, se requeriría que al dicho representante, por las reglas de su procuración le estuviera ciertamente vedado el comprometerse en gestiones de carácter semejante.*

7. *Que la protección de los intereses de una persona, frente a los ilícitos penales que los lesionen, pueda hacerse aun por el medio extremo de mover la acción represiva del Estado, es cuestión que no se remite a duda. No ya por el carácter ejemplarizante que de la intervención penal se derive y que sirva para que otros se abstengan de incurrir en las mismas faltas contra el bien de la persona ofendida, sino porque la iniciativa penal o la acción de esta índole puede conducir a que por el sindicado se le reintegre lo que le fue sustraído o se la indemnice de los perjuicios que con el ilícito se le hayan causado (artículos 90 y 429 del Código Penal; y 24, 112 y siguientes del Código de Procedimiento Penal). Y es la propia ley, la que otorga expresamente a los representantes legales de las personas jurídicas la facultad de adelantar por éstas las iniciativas de carácter penal contra los hechos delictuosos de terceros que las perjudiquen, cuando en el artículo 286 del Código de Procedimiento Penal dispone que "pueden presentar querella la persona ofendida o perjudicada con el delito ... y, en general, los representantes legales de los incapaces y de las personas jurídicas por sus respectivos representados".*

8. *La conclusión de todo lo hasta aquí expuesto, contra lo afirmado por el fallador en la sentencia recurrida, tiene que ser la de que las personas jurídicas son directamente responsables ante terceros de los perjuicios que se les hayan causado por las denuncias de carácter penal culposamente interpuestas contra éstos por los legítimos representantes de tales entidades. En este sentido y en conformidad a las precisiones atrás consignadas, queda rectificada la tesis del Tribunal.*

9. El caso de la litis muestra lo siguiente:

Que Enrique Ujueta, como primer suplente del gerente de la sociedad "Ujueta & Compañía Limitada", con competencia para desempeñar el cargo en ausencia temporal o absoluta del principal, estaba, en el ejercicio de su investidura, dotado de la "potestad de representar a la compañía, de administrarla y de hacer uso de la razón social", en juicio y fuera de juicio, con las más amplias facultades administrativas y dispositivas (certificado de Cámara de Comercio de Barranquilla, cuaderno 1, folio 9);

Que, obrando en tal condición, Enrique Ujueta, mediante carta de 8 de septiembre de 1958, otorgó mandato especial a Emilio Caamaño para que celebrase arreglos y convenciones con los colonos ocupantes de terrenos pertenecientes a la urbanización "Las Ceibas", de propiedad de Ujueta & Compañía Limitada; y para que, como resultante de dichos arreglos o convenciones, cobrase y percibiese cualesquiera cantidades de dinero que se adeudaran a la sociedad, amén de otras facultades relacionadas con la materia de tal encargo (cuaderno 4, folio 18; demanda, hechos A y B, y su contestación, números 1 y 2, cuaderno 1, folios 13 y 18 respectivamente);

Que el mismo señor Ujueta, obrando en su dicho carácter de gerente de la sociedad "Ujueta & Compañía Limitada", presentó, el día 9 de mayo de 1960, denuncia criminal, ratificada bajo juramento, el 12 del mismo mes, ante el Juez Quinto Penal Municipal de Barranquilla, contra Emilio Caamaño, por el delito de abuso de confianza, que afirmó haber sido cometido por éste, en el desempeño del sobredicho mandato, el que dijo había sido conferido verbalmente, para que el mandatario intentase algunos juicios contra clientes de la urbanización, morosos en el pago de sus cuentas. Como hecho básico de la denuncia inicial, alegó que "Caamaño, valiéndose de esas

facultades y de ese contrato verbal, se dio a la tarea de hacer cobros de sumas de dinero a muchas de las personas que se encontraban atrasadas en sus pagos. Recibía las sumas que le eran entregadas y disponía de ellas abusivamente sin darme cuenta alguna de su acto''. En la diligencia de ratificación de la denuncia, Ujueta hizo reseña de varias demandas, comprendidas en el encargo a Caamaño; de las cantidades percibidas por éste y de los correspondientes recibos expedidos por el mismo, recibos que presentó el denunciante así como los relativos a los abonos hechos por éste a Caamaño por cuenta de sus honorarios. Concluyó la ratificación, haciendo constar el denunciante que las cantidades dadas por éste a Caamaño en razón del encargo montan la suma de $ 3.545.00 y que, además, ''Caamaño ha cobrado a los distintos clientes de la compañía Ujueta Limitada la suma de ochocientos cuarenta pesos ($ 840.00), dando un total del delito que ha cometido el señor Caamaño la suma de cuatro mil trescientos ochenta y cinco pesos ($ 4.385.00)''. Por último agregó: a Caamaño ''lo he citado varias veces para que rinda cuenta de lo anterior y no he podido conseguir que cumpla la cita'' (cuaderno 1, folios 1 vuelto a 4), y

Que el proceso penal a que diera origen la susodicha denuncia del gerente suplente de Ujueta & Compañía Limitada, finalizó con sentencia del Juez Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, por la cual, absolviendo de todo cargo al sindicado, se revocó la del Juez Quinto Penal Municipal de la misma ciudad, que había sido condenatoria de aquél.

10. A la luz de los principios expuestos, frente al caso que se contempla, la pretensión del demandante no podría, pues, desestimarse, cual lo hizo el sentenciador, con el mero argumento de que Enrique Ujueta, como gerente suplente de Ujueta & Compañía Limitada, carecía de aptitud jurídica para comprometer extracontractualmente la responsabilidad de esta sociedad con la denuncia que formuló contra Emilio Caamaño, en la hipótesis de que hubiera sido hecha culpablemente. Porque, según se vio, Enrique Ujueta en su carácter de gerente de la sociedad estaba estatutariamente investido de las más amplias atribuciones dispositivas y administrativas, sin restricción alguna en lo concerniente a la posibilidad de intentar los recursos de orden penal que exigiese la defensa de los intereses de la compañía; y por ese concepto, obrando como tal gerente, en nombre de la misma, y en guarda de su interés, introdujo contra Emilio Caamaño la denuncia por abuso de confianza, a que se ha hecho referencia. Entonces, la denuncia tenía que considerarse como deducida por la sociedad misma, de manera que cualquiera culpa que su órgano de gestión hubiera cometido en la formulación de aquélla, comprometería en forma directa la responsabilidad de la persona moral o compañía.

11. Pero, la falla que por el aspecto elucidado ofrece la doctrina del Tribunal y sobre que cabalga la demanda de casación, no sería suficiente por sí sóla para determinar la infirmación de la sentencia impugnada y el consiguiente acogimiento de la acción propuesta, si no se ha demostrado, además del perjuicio cuya reparación se pretende y de la relación de causalidad entre éste y el hecho de la denuncia, la culpa cometida en su formulación por el representante de la compañía.

Y es ésta una razón primordial en cuya virtud hubo de anticipar la Corte que, si al casar el pronunciamiento recurrido tuviese que resolver sobre el pleito como juzgador de instancia, tendría que llegar a la misma decisión del Tribunal, vale decir por no encontrar establecida ciertamente la culpa de que se trata.

12. Porque no basta que la actuación o proceso a que dio origen una denuncia de carácter penal haya concluido con sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria del sindicado, para que por este solo motivo tenga que presumirse culpa del autor de la denuncia en su interposición. A este respecto, la Corte, confirmando doctrinas acogidas por ella en sentencias anteriores, dijo en la de casación de 30 de abril de 1962 (XCVIII, páginas 375 y 376):

''El artículo 12 del Código de Procedimiento Penal al estatuir una especie de cooperación pública en la fiscalización de la delincuencia, disponiendo que todo habitante del territorio, mayor de edad, está obligado, salvo las excepciones legales, a denunciar a la autoridad las infracciones penales de que tenga conocimiento, en cuanto sean de aquellas cuya investigación deba iniciarse oficiosamente, fía al buen juicio de los denunciantes el cumplimiento de tan delicado deber. El que, en orden a su ejecución, importa desde luego un derecho, primordialmente inspirado en el interés general, con el que concurre el interés privado en cabeza de la víctima del delito o de sus herederos.

''Pero, si la ley impone a quien tenga conocimiento de una infracción penal investigable de oficio, el deber de denunciarla a la autoridad, mal podría someterse a quien, sin torcida inten-

ción, se allana al cumplimiento de tal imperativo a responsabilidades que excedan de las inherentes a la falta de cuidado o diligencia necesario para no intentar una denunciación desprovista de suficiente fundamento. Lo que vale decir que para que la facultad de que se trata pueda ejercerse, sin comprometer la responsabilidad del denunciante, precisa que las circunstancias en que éste se encuentre sean tales que por un hombre prudente haya podido entenderse que el ilícito se ha cometido.

"Como lo anotó la Sala en sentencia de 30 de agosto de 1960 (XCIII, 2228-2229, páginas 139 y siguientes), 'desde el año de 1935, sostenida ha sido la doctrina de la Corte en el sentido de que, cuando en ejercicio del derecho-deber consagrado hoy en el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, una persona denuncia ante la autoridad una infracción penal, con intención de perjudicar al presunto procesado, o sin la diligencia, cuidado, cautela o previsión con que suele obrar una persona prudente, y de tal acto resulta un daño, incurre en la responsabilidad civil estatuida por el artículo 2341 del Código Civil por razón de la cual está obligada a la indemnización del daño causado con su delito, en el primer supuesto, o con su culpa, en el segundo (Tomo 45, página 420, Tomo 46, páginas 58 y 411, Tomo 63, página 290, Tomo 79, páginas 477 y 778)'.

"Mas no porque una investigación o proceso penal originado en una denuncia particular terminen con auto de sobreseimiento definitivo, tiene por solo ello que reputarse como establecida la culpabilidad del denunciante, puesto que el sobreseimiento ha podido producirse a virtud de incidencias o factores sin repercusión sobre las circunstancias ante las cuales el agente estuvo colocado y que permitirían configurar de su parte una conducta juiciosa, arreglada a la mente de la ley.

"En este orden de ideas, pudo decir la Corte en fallo de casación civil de fecha 7 de marzo de 1944, lo siguiente: '... la Sala se ha guardado de reputar comprobación de culpa del denunciante el mero hecho de que a favor del denunciado haya habido un sobreseimiento... No pudiendo el solo sobreseimiento determinar el concepto de si la denuncia ha sido o no dolosa o culposa, la decisión al respecto ha de buscarse en todos los hechos pertinentes, en las circunstancias y peculiaridades de cada caso, en lo que constituye la situación de las cosas, su estado ambiental por decirlo así, en la época en que la denuncia se formuló, a fin de establecer si para entonces hubo o no un error de conducta en formularla' (LVII, 2006-2009, páginas 74 y siguientes)".

13. En el presente caso, de los elementos probatorios que ofrece el juicio, y que en lo general consisten en traslados del proceso penal que se siguió contra Emilio Caamaño con base en la denuncia del gerente suplente de Ujueta & Compañía Limitada, resultan como relevantes los aspectos que se notan en seguida:

Que Emilio Caamaño recibió de distintas personas, por cuenta de los negocios que éstas tenían sobre solares de la urbanización "Las Ceibas", de Ujueta & Compañía Limitada, varias cantidades de dinero, al par que recibió de ésta otras sumas para gastos de sus gestiones y por concepto de honorarios (diligencia de inspección ocular, cuaderno 4, folios 10 vuelto y siguientes);

Que el mismo Caamaño no rindió privadamente a la compañía la cuenta del desempeño de su gestión. Falta de que son vehemente indicio, así las cartas de fechas 8 y 17 de febrero de 1960 que en copias al carbón forman los folios 11 y 10 del cuaderno número 2, en la primera de las cuales Ujueta invita a Caamaño, a hacer un examen de los negocios que por aquél le fueron confiados y le reclama "una relación del estado en que se hallan tales negocios y de los juzgados en que se hubieren instaurado las correspondientes acciones", como la respuesta que Caamaño dio en su indagatoria —según la transcripción que de ésta hace la sentencia del Juez 5º Penal Municipal—, a la pregunta de si el indagado fue citado por Ujueta. En esa contestación Caamaño se limitó a decir que recibió de aquél una carta, para que se acercase a su oficina y le informara de los negocios y arreglarse, y que "esta carta fue contestada omitiendo en la contestación manifestarle mi contrariedad por los términos de la carta porque era algo como una extorsión cuando me decía si usted que ha recibido unos dineros porque aquí llegó (sic) unos clientes y me mostraron recibos por la suma de cincuenta pesos, lo que realmente era cierto. En la misma carta le decía que para aplacarle los nervios le informaba que esos recibos figuraban en los diferentes juicios". Como se ve, el indagatoriado no afirmó haber dado cuenta de los asuntos a su cargo (cuaderno número 4, folio 27 vuelto). Y esta falta de rendición privada de cuentas la confirma la carta de Caamaño dirigida al abogado de Ujueta, a que se refiere la misma sentencia del juez municipal, que la transcribe así: "Después de mi carta fechada el veintiuno de marzo último y posteriormente

en su entrevista en su oficina a la que me llevó precisamente el deseo de saber qué había resuelto a la petición que le hice en la carta que aludo, sobre la concesión de un plazo para rendir el informe definitivo de todos y cada uno de los negocios judiciales a mi cargo y observaciones del caso, y que si bien usted no me lo concedió en ese momento en forma expresa lo consideré totalmente concedido al decirme (sic) entonces dejamos así a ver qué dicen esos señores y no haber tenido posterior notificación al respecto" (cuaderno ibídem, folio 29);

Que en su referida indagatoria, Caamaño, en relación con el negocio de Héctor Ayarza Soto, confesó lo siguiente:

"... Recibí la suma de mil pesos y retengo hasta cuando se verifique arreglo de honorarios en general la suma de un mil pesos" (cuaderno ibídem, folio 25 vuelto); y más adelante explica tal hecho así: "Recibí cuatro cheques por la suma de quinientos pesos cada uno, estos cheque los recibió el doctor Gnecco Rangel Paba quien hizo directamente el arreglo con el referido Ayarza, en su calidad de apoderado de dicho juicio, y el señor Gnecco Rangel Paba me los entregó a mí, de estos cuatro cheques entregué dos al señor Enrique Ujueta y retuve dos por valor de mil pesos, lo que hice para gastos de los negocios que aún tengo del señor Enrique Ujueta y por haberse negado éste a suministrar dinero para gastos" (cuaderno ibídem, folio 26);

Que, según la sentencia del Juez Penal Municipal, en aquel proceso figura un escrito de Florentino Soto "en el cual manifiesta que como tiene conocimiento que en despacho cursan unas diligencias contra el señor Emilio Caamaño y encontrándose lesionado, pide al señor Juez que se le haga justicia", y que luego en la declaración que se le tomó "también manifiesta el declarante que le entregó la suma de doscientos pesos como promesa de un solar ubicado en la calle 61 con carreras 13 y 14, este solar pertenencia a la firma Ujueta & Cía. (sic). Posteriormente le manifestó qué había del solar y le dijo que le tuviera la suma de quinientos pesos, para poder dar el solar porque él como apoderado de Ujueta podía hacer y deshacer. Fue a casa del señor Caamaño donde le entregó el dinero, también me mostró terreno que estaba ubicado en la dirección antes mencionada, también manifiesta el declarante que al reclamarle por el dinero ya que no le daba el terreno me dijo que hiciera lo que me diera la gana. También manifestó el declarante que en vista de lo anterior fue donde los señores Ujueta a manifestarle lo que había pasado y le dijeron que él no pertenecía a la compañía y que lo podía demandar" (cuaderno ibídem, folio 29);

Que la relación de cuentas elaborada por Caamaño con balance a su favor, acerca de los negocios con los clientes de Ujueta & Compañía Limitada en que aquél intervino y que obra en el proceso penal, fue presentada con posterioridad a la denuncia de Ujueta, el 30 de junio de 1960 (cuaderno ibídem, folios 33 a 35), y

Que el Juez Quinto Penal Municipal de Barranquilla, en su tantas veces aludida sentencia de 15 de octubre de mil novecientos sesenta, estima que por lo que él transcribe de la causa, "lo mismo que por la indagatoria de Emilio Caamaño, igualmente la diligencia de careo entre el sindicado y la víctima, declaraciones éstas que han sido precisas y concretas sobre los hechos que se investigan, y que el sindicado Emilio Caamaño no ha podido desvirtuar puesto que sí acepta que recibió los dineros de los clientes de la urbanización Las Ceibas de propiedad de la firma Ujueta & Cía."; que "en el caso que se viene analizando y en el que se sindica a Emilio Caamaño se encuentran estructurados los elementos que configuran el abuso de confianza"; y que "los hechos antes analizados constituyen plena prueba de la responsabilidad penal en el proceso", resolvió condenar a Emilio Caamaño "como responsable del delito de abuso de confianza en cuantía de ochocientos cuarenta pesos moneda legal, a la razón social de Ujueta & Cía. Limitada a la pena principal de un año de prisión..." (cuaderno ibídem, folio 32).

14. Es verdad que esta sentencia del juez de primer grado fue revocada por la del Juez Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, de fecha 12 de diciembre de 1960, absolutoria del sindicado, aspecto que contemplará adelante la Corte, al ocuparse del cargo tocante con la fuerza de la cosa juzgada. Pero, tal ocurrencia no le impedirá, como Tribunal de instancia, entrar a decidir acerca de la inculpabilidad de la denuncia propuesta por parte de Ujueta & Compañía Limitada contra Emilio Caamaño.

15. Ahora bien, la sentencia de segunda instancia está basada en la consideración, que reitera en varios pasos de su sección motiva, de que, tratándose del desempeño de un mandato, no era posible concretar la comisión del delito de abuso de confianza por parte del gestor, mientras previamente no se decidiera por la justicia civil, en un juicio de cuentas surtido entre mandante y mandatario, que éste es deudor de aquél; y que luego el responsable se ne-

gase a restituir el saldo resultante a su cargo. Por donde conceptuó el *ad quem* que, en el caso, "dicha denuncia fue propuesta prematuramente".

16. Como se ve, el Juez Penal del Circuito, apoyado en ese argumento de índole inhibitoria, no entró a valorar la esencia misma del complejo de hechos y circunstancias en que se fundamentó la denuncia, para averiguar si en ellos se generaba la razón de ser de un procesamiento penal. Por lo tanto, de lo discurrido y consecuencialmente resuelto en ese fallo, no podría sacarse la conclusión de que la denuncia fue hecha culposamente y compromete así la responsabilidad civil de la compañía demandada, en el campo extracontractual.

17. Por el contrario, colocado Enrique Ujueta frente al deber general consagrado en el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, de denunciar a la autoridad las infracciones penales de que se tenga conocimiento, investigables de oficio, y frente al interés de la compañía en él apersonada, como presunta víctima de los procederes de su mandatario Caamaño; dados los hechos a que atrás se hizo referencia y a que prolijamente se refiere el Juez Penal Municipal en la sentencia que le fue revocada por el superior, en consideración a la falta de un juicio previo de cuentas, para la Corte es claro que la absolución de Caamaño por el Juez Penal del Circuito no quita el que Ujueta se hubiera encontrado, como se encontró, en circunstancias tales en que puesta una persona prudente habría podido entender que el ilícito se cometió y que era su obligación denunciarlo. De donde resulta que la denuncia formulada por Ujueta aparece obedeciendo a un interés serio y legítimo, no debida a negligencia, ni a malicia o ánimo de perjudicar al denunciado, y exenta, por lo mismo, de error culpable, que sería el que podría comprometer la responsabilidad de la sociedad y la suya propia.

18. Carece de pertinencia el cargo de que, por haber pasado en autoridad de cosa juzgada la sentencia de segunda instancia en el proceso penal, absolutoria de Caamaño, el fallo del Tribunal en este juicio civil, en cuanto desechó su demanda de indemnización de perjuicios contra la compañía, es violatoria de los preceptos legales que consagran la fuerza de la cosa juzgada. Porque no se da el supuesto fundamental de la identidad de causa jurídica, comoquiera que lo que aquí se ventila no es la materia del procesamiento sobre que recayó la sentencia del Juez Penal del Circuito de Barranquilla, o sea si Caamaño era, sí o no, responsable del delito de abuso de confianza que se le incriminó mediante la denuncia del representante de Ujueta & Compañía Limitada, sino que el objeto del presente litigio ha sido el de determinar si el denunciante incurrió en delito o culpa al interponer esa denuncia, y, en caso afirmativo, deducirle a la compañía la responsabilidad civil consiguiente.

Entre estos dos procesos, el penal y el civil, existe, pues, innegable diferencia, dada la distinción de sus fines, por lo cual la absolución de responsabilidad de la demandada en el juicio civil mal puede envolver quebranto de la cosa juzgada penal. Es que la sentencia del Tribunal en esta litis no desconoce su fuerza al fallo absolutorio de Caamaño impartido en el segundo grado de la vía criminal; simplemente se limita a asentar que la compañía no es civilmente responsable de esa denuncia. Conclusión que la Corte encuentra acertada, no por el motivo a que se acogió el Tribunal, sino en virtud de las razones al respecto consignadas en el decurso de esta providencia.

No opera, pues, el recurso.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y siete (17) de abril de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al Tribunal de origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

ERROR COMUN

Aplicación de la máxima error communis facit jus.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, noviembre 7 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 22 de junio de 1966, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

— I —

El litigio

Dora Escamilla viuda de Uribe demandó al Instituto de Crédito Territorial, representado por su Gerente, para que mediante los trámites de un juicio ordinario, se hiciesen las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la señora Dora Escamilla viuda de Uribe es propietaria del derecho proindiviso que le fue adjudicado en la partición de los bienes de la sucesión de su esposo ingeniero José Ramón Uribe, en la finca rural denominada 'Yuldaima', en jurisdicción del Municipio de Ibagué, especificada por los linderos que a dicho inmueble da el hecho 1º de esta demanda.

"Segunda. Que, por ser ineficaz y carecer de valor la donación de que habla el instrumento número 109 de 1960 de la Notaría 9ª de Bogotá, el derecho proindiviso de que habla la anterior declaración no ha salido del patrimonio de la señora Escamilla viuda de Uribe ni ha entrado a formar parte del patrimonio del Instituto de Crédito Territorial, en ningún tiempo.

"Tercera. Que, al tenor de la cláusula octava o punto octavo del documento de fecha 15 de junio de 1959, suscrito por el Instituto de Crédito Territorial y por mi representada, la señora Dora Escamilla viuda de Uribe, ha quedado exonerada de las obligaciones que pactó con el Instituto demandado, especialmente en lo que respecta a la donación que ofreció hacer a éste.

"Cuarta. Que es nula, por carecer de la firma del Notario, la escritura número 109 de 1960, de la Notaría 9ª de Bogotá y nulo consecuencialmente, el registro de ese instrumento efectuado en la Oficina de Registro de Ibagué el día 12 de marzo de 1960, en el Libro 1º, impar, Tomo 2º, folio 38, partida 34. Ambas nulidades deben comunicarse a los citados funcionarios para lo de su cargo.

"Quinta. Que la donación de la totalidad del derecho proindiviso que la actora posee en la finca 'Yuldaima' no fue aceptada por el funcionario judicial ante el cual fue propuesta la insinuación de ella y hubiera sido nula, por esa misma causa, en el caso de que hubiera sido firmado por el Notario 9º de Bogotá, el instrumento público en que trató de realizarse.

"Sexta. Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, el Instituto de Crédito Territorial debe pagar a mi representada, por el precio en que lo tasen los peritos, el derecho de aquélla en la finca 'Yuldaima' o, en defecto de ese precio, la mitad del valor de cada una de las ventas de porciones de 'Yuldaima' hechas por el Instituto, al tenor del certificado expedido por la Oficina de Registro de Ibagué que he acompañado a la demanda, de acuerdo con lo prevenido por el artículo 955 del Código Civil.

"Séptima. Que se condene al Instituto a pagar a mi representada los frutos naturales y civiles que corresponden al derecho de ella en el inmueble de 'Yuldaima', desde el año de 1960 hasta el día en que se haga dicho pago, en la cuantía en que sean apreciados por peritos.

"Octava. Que se condene al Instituto a pagar a mi mandante los perjuicios que le ha ocasionado con los hechos que invoca esta demanda.

"Novena. Que el Instituto demandado pague a mi poderdante las costas de este juicio".

La demanda se funda en los siguientes hechos, que la Corte resume así en lo pertinente:

En la partición de los bienes de la sucesión de José Ramón Uribe U. fue adjudicada a la demandante en su calidad de cónyuge supérstite y a sus hijos menores Jairo, Marta Luz y José R. Uribe Escamilla, la finca "Yuldaima", en jurisdicción del Municipio de Ibagué, en esta proporción: la mitad para la cónyuge y la otra mitad para los tres hijos menores; en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, Dora Escamilla viuda de Uribe solicitó y obtuvo licencia para vender, en pública subasta, los derechos de sus menores hijos en el inmueble, los cuales fueron rematados por el Instituto de Crédito Territorial el 10 de septiembre de 1959, por la cantidad de $ 532.000.00, según consta en la respectiva diligencia de remate; por documento privado de 15 de junio de 1959 la demandante "accedió a manifestar que donaría" al Instituto de Crédito Territorial sus derechos en "Yuldaima", equivalentes, como ya se dijo, a la mitad de la finca, y se pactó que "las obligaciones derivadas de este contrato deberán cumplirse dentro de los tres meses siguientes a su fecha. Si durante el dicho lapso y empleando, tanto por la señora Escamilla viuda de Uribe como por el Instituto, la debida diligencia en la consecución de la licencia de venta y en la gestión de la insinuación para donar, no tuviere cumplido efecto el convenio de que se trata, las partes quedarán exoneradas de cumplir las obligaciones que respectivamente contraen. Empero, si durante el mismo lapso de tres meses ya hubiere el Instituto adquirido en la subasta pública los derechos radicados en cabeza de los menores hijos de la señora Escamilla viuda de Uribe y no se hubiere obtenido aún la licencia para donar, queda obligada la señora Escamilla viuda de Uribe a comprarle al Instituto los derechos adquiridos en remate en los términos del punto sexto, a menos que el Instituto voluntariamente acceda a prorrogarle el plazo de que se trata, esto es, el de tres meses, hasta que la insinuación se dé"; en la cláusula sexta del contrato se dijo que "si por alguna circunstancia el juez ante quien se pidiere la donación la denegare, la señora Escamilla viuda de Uribe quedará obligada a readquirir del Instituto, a título de compraventa y por el mismo precio del remate, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la providencia denegatoria, el derecho obtenido por adjudicación en la subasta"; hechas las gestiones para la insinuación de los derechos de la demandante en "Yuldaima", el Juez 9º Civil del Circuito de Bogotá "no autorizó, a pesar de ello, la donación tal como se solicitaba, únicamente autorizó una parte de ella"; no obstante lo cual se otorgó en la Notaría 9ª de esta ciudad la correspondiente escritura de donación por todo el derecho de la demandante en el inmueble, y no solamente por la mitad de ese derecho, mitad a la cual se contrajo la autorización judicial para donar; tal escritura, que es la número 109 de 27 de enero de 1960, Notaría Novena de Bogotá, fue firmada por las partes, pero quedó sin la firma del Notario; inexplicablemente su copia fue registrada en Ibagué con fecha 12 de marzo de 1960 en el Libro número 1 impar, Tomo II, folio 38 partida número 34; el Instituto procedió a vender como cuerpo cierto, por lotes, la totalidad del inmueble "Yuldaima", a distintos y numerosos adquirentes, relacionados en el hecho 13 de la demanda; la demandante ha sufrido perjuicios en razón de los actos de disposición realizados por el Instituto.

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la actora. Expresó que ésta se obligó a hacer donación gratuita de sus derechos en "Yuldaima", según contrato celebrado el 15 de junio de 1959, y que el Instituto ha cumplido a cabalidad y con entera buena fe sus compromisos.

El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá denegó las súplicas de la demanda y absolvió a la entidad demandada de los cargos formulados, en sentencia de 16 de julio de 1964 que, apelada por la parte actora, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, según fallo de 22 de junio de 1966, materia del presente recurso de casación.

— II —

Consideraciones del Tribunal

Después de recordar las disposiciones de los artículos 1457, 1458, 1740, 1741, 1758 y 1760 del Código Civil, analiza el sentenciador el artículo 2595 del mismo estatuto referente a las formalidades en las escrituras públicas, y comenta luego:

"La ley distingue claramente las causas de invalidez del instrumento en sí, que son únicamente aquellas que señala el artículo 2595, y las de nulidad del acto o contrato, que son las consagradas en los artículos 1740 y 1741.

"Entre los actos jurídicos solemnes está la donación entre vivos de cualquier especie de bie-

nes raíces, que requiere escritura pública y registro; y la de cualquier especie de bienes muebles o inmuebles mayor de dos mil pesos, que debe ser autorizada por el juez.

"Un instrumento, para que sea público, es necesario que esté autorizado; que lo esté con las formalidades legales, y por funcionario competente. La autorización es la firma del funcionario. Los instrumentos que se otorgan ante Notario y que éste custodia en el respectivo protocolo, son escrituras públicas.

"Una escritura que no tiene la firma del funcionario ante quien se otorga, no es una escritura pública.

"A pesar de esto, la jurisprudencia tiene establecido que cuando los contratantes firman una escritura pública, dejan cumplidas sus obligaciones en cuanto a las formalidades legales, y pueden razonablemente confiar en que el funcionario, en quien deposita la ley la fe pública, dará cumplimiento a los deberes que le incumben; que si es cierto que los otorgantes deben cuidar de que la escritura quede firmada por el Notario, es lo cierto también que ninguna duda puede quedarles respecto de esta circunstancia cuando el mismo Notario entrega copia debidamente autenticada de la respectiva escritura, ya que en tal copia, firmada por el funcionario, da éste fe de que el original está firmado por él; que al registrarse la copia autenticada expedida por el Notario, se cumple uno de los objetos de la inscripción de los instrumentos públicos, o sea el de 'dar mayores garantías de autenticidad y seguridad a los títulos, actos o documentos que deben registrarse' ".

Anota además el fallador:

Que de la copia de la escritura número 3235 de 11 de septiembre de 1956, de la Notaría Primera de Bogotá, por medio de la cual se protocolizó el juicio de sucesión de José Ramón Uribe, aparece que a la demandante se le adjudicó la mitad de la finca "Yuldaima"; que de la copia del fallo recaído en las diligencias tendientes a obtener autorización para que Dora Escamilla viuda de Uribe pudiera hacer donación al Instituto de Crédito Territorial, se viene en conocimiento de que se solicitó autorización para donar gratuitamente "los derechos y acciones que a ésta corresponden sobre el globo de tierra denominado 'Yuldaima' "; que la señora de Uribe manifestó tener "vivo interés en hacer transmisión gratuita del dominio al Instituto" de sus derechos en el inmueble, y consideró que existían circunstancias de diversa índole que generaban para ella la "obligación ineludible de donarle al Instituto la *mitad* de la finca que a ella pertenece"; que el juez que autorizó la donación estimó que "el inmueble que se pretende donar *en su mitad*, la finca 'Yuldaima', no está exceptuado por la ley para ser objeto de la donación"; que estimó igualmente que "se han llenado todas las formalidades establecidas por nuestro derecho civil para la viabilidad y prosperidad de la acción de insinuación para donar, *razón por la cual el juzgado debe dar despacho favorable a los pedimentos solicitados, tal como se declara en la parte resolutiva de este proveído*"; que en la parte resolutiva de su fallo el juez que autorizó la donación dijo que la concedía a la viuda de Uribe para donar al Instituto "la mitad del derecho de propiedad que a ella pertenece sobre la finca 'Yuldaima' ", queriendo significar, según los razonamientos consignados en la parte motiva, que el objeto de la insinuación "fueron los derechos en la mitad de la finca", no lo mitad de los derechos de la donante en el inmueble; que en tales circunstancias no resulta en contradicción la parte resolutiva del fallo de insinuación con la motiva, porque era la mitad de la propiedad lo que a ella correspondía. "La frase explicativa 'que a ella pertenece' —dice el Tribunal— se refiere a la mitad del derecho de propiedad sobre toda la finca, que fue precisamente lo que se le adjudicó a la señora viuda de Uribe en la sucesión de su esposo. Como queda visto, todo conduce a esta conclusión a pesar de la deficiente redacción de la frase en referencia".

Deduce el sentenciador que ha quedado descartada la nulidad que pretende fundarse en que la donación de la mitad de la finca "Yuldaima", efectuada por medio de la escritura 109 de 27 de enero de 1960, de la Notaría Novena de este Circuito, no está de acuerdo con la autorización dada por el juez, y agrega:

"En las actas de inspección ocular extrajuicio, y de la practicada dentro del término probatorio el 26 de julio de 1963 al protocolo de la Notaría 9ª de este Circuito, consta que la escritura 109 del 27 de enero de 1960 'en realidad no se encuentra firmada por el respectivo Notario'.

"Pero como también obra en autos la prueba de que se han expedido cinco copias de esa escritura (folio 28, cuaderno 2), y de que ésta fue registrada según aparece del punto II del certificado número 1576 expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ibagué, no cabe duda alguna respecto a que se

han expedido copias de ese instrumento autenticadas por el Notario, o por lo menos una copia en tales condiciones para que hubiera podido ser posible su registro

"Y siendo esto así, resulta conforme la jurisprudencia atrás citada que desarrolla la aplicación del principio de que el error común genera derecho para un caso como el de autos, en que están presentes:

a) El error colectivo nacido de la publicidad que da el registro;

b) El motivo que lo excusa y que no es otro que la confianza que los otorgantes ponen en que el funcionario en quien la ley deposita la fe pública, cumpla con sus obligaciones;

c) Ausencia de toda culpa y buena fe, desde luego que se presume que la escritura está firmada por el Notario cuando éste expide copias auténticas de ella.

"De manera que tampoco puede recibir despacho favorable la petición encaminada a que se declare la nulidad de la Escritura número 109 de 27 de enero de 1960 de la Notaría 9ª de Bogotá.

"Las demás súplicas de la demanda, como consecuenciales que son de las dos que se niegan, tampoco pueden prosperar, en cuya virtud el fallo que se revisa debe ser confirmado".

— III —

El recurso

Con fundamento en la causal primera de casación se impugna la sentencia por quebranto indirecto de ley sustancial y se formulan dos cargos contra ella, uno por error de hecho en la apreciación del fallo de insinuación, y otro por error de derecho en la valoración de la Escritura pública número 109 de 27 del enero de 1960, de la Notaría Novena de Bogotá.

Primer cargo. (Segundo de la demanda). Para fundar este cargo transcribe el recurrente la parte resolutiva de la decisión judicial que autorizó la donación, y expresa que tal autorización fue únicamente para donar "la mitad del derecho de propiedad" de la demandante sobre la finca "Yuldaima", no obstante lo cual la donación aparece haciéndose en la escritura respectiva "por el doble de lo autorizado por la sentencia del juez, o sea, no por la mitad de la propiedad de la señora Escamilla viuda de Uribe, a que fue autorizada por la insinuación, sino sobre la totalidad de su propiedad sobre la nombrada hacienda".

De aquí deduce el recurrente que la sentencia impugnada incurrió "en un típico error de hecho que la hace casable en forma inevitable", y que en razón de ese error el Tribunal quebrantó el artículo 1458 del Código Civil y demás disposiciones sustanciales sobre insinuación y donación. Al final del cargo el impugnante cita como violados indirectamente los siguientes artículos del Código Civil: 669, 673, 740, 745, 756, 759, 1443, 1450, 1457, 1458, 1464, 1469, 1482, 1740, 1746, 1748, 2577, 2586, 2595, 2610, 2611, 2612, 2652 y 2676.

La Corte considera:

Con fecha 13 de enero de 1960 el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, concedió licencia a Dora Escamilla viuda de Uribe para hacer la donación de sus derechos en "Yuldaima", al Instituto de Crédito Territorial, en los términos siguientes:

"Habidas las anteriores consideraciones y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, este juzgado,

Resuelve:

"1º CONCEDERSE autorización a la señora Dora Escamilla viuda de Uribe, quien tiene las condiciones civiles preanotadas, para donar en forma gratuita e irrevocable en favor del Instituto de Crédito Territorial, entidad legalmente constituida, la mitad del derecho de propiedad que a ella pertenece sobre la finca 'Yuldaima', ubicada en jurisdicción del Municipio de Ibagué, Departamento del Tolima, por los linderos y especificaciones que quedaron consignados en la primera parte de este fallo;

"2º Extiéndase la correspondiente escritura pública".

En los hechos de la demanda con que se inició el presente juicio, se afirma que a la demandante se le adjudicó en la sucesión de su esposo, la mitad del inmueble "Yuldaima", en jurisdicción del Municipio de Ibagué; y que por medio del documento privado de fecha 15 de junio de 1959, la señora de Uribe "accedió a manifestar" que donaría al Instituto "el derecho que posee en la finca 'Yuldaima' ".

Para llevar a término dicha donación, era indispensable obtener la licencia judicial correspondiente, la cual fue solicitada ante el Juzga-

do Noveno Civil del Circuito de Bogotá, quien la concedió en providencia de 13 de enero de 1960, como ya quedó anotado.

El Tribunal dedujo de los propios términos de la decisión, que aun cuando había una impropiedad en el lenguaje usado por el juez, la licencia se refería, en realidad, a todos los derechos que la señora de Uribe tenía en la finca "Yuldaima", equivalentes a la mitad de dicha finca, y no solamente a la mitad de los derechos a ella pertenecientes en el inmueble.

A esta conclusión llegó el Tribunal interpretando en su conjunto la decisión judicial sobre autorización para donar, esto es, poniendo en armonía lo resolutivo del fallo con motivo del mismo, y teniendo en cuenta que la solicitud de licencia, para hacer la donación, se refería a todos los derechos de la señora de Uribe en el inmueble, equivalentes, como ya se dijo, a la mitad del mismo.

Así, pues, el Tribunal apreció la prueba consistente en el fallo de insinuación viéndolo tal como obra en el proceso y sin hacerle decir cosa distinta de lo que en realidad expresa, habida cuenta de la decisión judicial en todas sus partes, y armonizando lo motivo con lo resolutivo de la misma, sin tomarla fragmentariamente, como el acusador lo pretende.

Esa decisión resolvió la solicitud de la señora de Uribe para que se le otorgase licencia para donar al Instituto de Crédito Territorial *todos sus derechos* en "Yuldaima", y el juez despachó la petición sin negar nada, de donde se deduce que hay perfecta consonancia entre lo pedido por la demandante y lo resuelto por el juzgado. La misma señora de Uribe entendió que la licencia había sido concedida para hacer donación de todos sus derechos en la finca, porque se presentó ante Notario a otorgarle al Instituto la correspondiente escritura pública de todos ellos.

Por consiguiente, la Corte no encuentra que el sentenciador hubiese incurrido en el error de hecho manifiesto que el recurrente le imputa, al apreciar la prueba consistente en la licencia dada por el Juez Noveno Civil del Circuito de Bogotá, con fecha 13 de enero de 1960, para que Dora Escamilla viuda de Uribe hiciese donación de sus derechos en la finca "Yuldaima" al Instituto de Crédito Territorial.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo. (Primero de la demanda). El cargo por error de derecho en la apreciación del instrumento número 109 de 27 de enero de 1960 de la Notaría Novena de Bogotá, se hace consistir en que el Tribunal le asignó "valor de escritura pública apta para la donación de propiedad inmueble" a pesar de carecer el citado instrumento "de un requisito esencial cual es la firma del señor Notario".

Dice el recurrente que por medio de este documento "carente por disposición expresa de la ley de servir como instrumento público, la señora Dora Escamilla viuda de Uribe aparece donando al Instituto de Crédito Territorial la mitad de los terrenos de la finca 'Yuldaima', sita en Ibagué"; que al darle valor de escritura pública a dicho documento, el Tribunal incurrió en la violación medio del artículo 2595 del Código Civil, referente a las formalidades sustanciales de las escrituras públicas, violación que lo llevó a infringir los artículos 6º, 1740 y 1741 de dicho Código y el 2º de la Ley 50 de 1936.

Expresa además que la sentencia recurrida "pasó por alto el error de derecho cometido en relación con la Escritura número 109 de 1960 ... escudándose en el aforismo latino: *error communis facit jus*"; y que se equivocó el sentenciador al aplicar la doctrina del error común para darle valor de instrumento público, plenamente válido, a dicha escritura, carente de la firma del Notario.

Se considera:

No ignoró el Tribunal lo dispuesto en el artículo 2595 del Código Civil, referente a las formalidades sustanciales en las escrituras públicas cuya falta invalida el instrumento, formalidades entre las cuales se cuenta la firma del Notario que lo autoriza. Pero se abstuvo de decretar la nulidad del título porque encontró que se daban las condiciones que la jurisprudencia admite para hacer aplicable la máxima error communis facit jus.

Aplicar esta máxima es, como lo ha dicho la Corte, atribuirle validez a una situación de hecho establecida al margen de la ley, que sólo puede mantenerse en aras del interés público, cuando se hace necesario dar protección a la seguridad social.

Es claro que la aplicación de tal máxima ha de hacerse con extremada prudencia, toda vez que implica dejar sin efecto en un caso concreto, determinada norma legal; en manera alguna esa aplicación puede conducir a la derogatoria misma de la ley, y como con la aplicación de tal máxima se trata de legitimar una situación aparentemente contraria a un texto expreso de la misma ley, sólo es posible tomar en consideración

el error común, o sea el error en el cual han incurrido, a pesar de la debida diligencia, no solamente los contratantes, sino, en el caso de esta litis, también el mismo funcionario que intervino en la celebración del acto, y terceras personas.

En varios fallos ha expresado la Corte la teoría del error común, como puede verse en los de casación de 20 de mayo de 1936 (Tomo XLIII, página 44), 27 de julio de 1945 (Tomo LIX, página 392), 18 de mayo de 1955 (Tomo LXXX, página 338), 23 de junio de 1958 (Tomo LXXXVIII, página 230) y 25 de abril de 1960 (Tomo XCII, página 452), entre otros. A través de ellos esta Corporación ha ido precisando el alcance de la doctrina y ha explicado que "la máxima error communis facit jus *requiere indispensablemente y con exigente calificación probatoria, que se demuestre la existencia de un error común o colectivo, que sea excusable e invencible y limpio de toda culpa y en el cual se haya incurrido con perfecta buena fe. Faltando alguno de estos elementos jurídicamente esenciales, el error no puede ser fuente de derecho contra la ley y la buena fe no puede ser simplemente alegada como motivo suficiente para justificar su contravención" (Tomos LIX, página 392 y LXXX, página 344).*

En el caso de este pleito si bien la escritura de donación quedó en el protocolo sin la firma del Notario, éste expidió copia de ella para el registro, la cual se inscribió efectivamente y con base en esa copia, así registrada, el Instituto procedió a vender los respectivos lotes en que parceló el predio a diversos adquirentes, quienes creyeron de buena fe y razonablemente que compraban una propiedad con titulación saneada.

De esta suerte, los otorgantes de la Escritura pública Nº 109 citada, incurrieron en un error excusable al creer que la escritura había sido firmada por el Notario; éste incurrió igualmente en ese error al expedir copia de tal escritura para el registro; el Registrador también incurrió en el mismo error al inscribir dicha copia; y los numerosos adquirentes de los lotes vendidos por el Instituto, una vez urbanizado y parcelado el fundo, incurrieron igualmente en error al creer que adquirían una propiedad libre de todo vicio en el título de su antecesor en él dominio. Lo cual acredita el carácter común o colectivo del error y autoriza en el *sub lite* su aplicación como fuente de derecho.

Con relación a un caso semejante al de estos autos, resuelto el 18 de mayo de 1955, publicado en el Tomo LXXX, páginas 338 y siguientes de la *Gaceta Judicial,* la Corte anotó:

"1. Que cuando los contratantes firman una escritura pública dejan cumplidas las obligaciones que les corresponden en lo concerniente a la observancia de las formalidades exigidas por la ley; pueden ellas razonablemente confiar en que el funcionario a quien la ley le deposite la fe pública dará cumplimiento, por su parte, a los deberes que le incumben;

"2. Que las partes deben presumir que el depositario de la fe pública ejerce su cargo con arreglo a la ley; cuando acuden a él no tienen por qué indagar previamente si reúne las condiciones legales y las cualidades intelectuales y morales que se requieren para el cabal desempeño de las funciones que le están encomendadas;

"3. Que no es esencial para la validez de una escritura que el Notario firme el original inmediatamente que esté firmado por los otorgantes y en presencia de ellos; ya ha dicho esta Corporación que la tardanza del Notario en firmar no constituye causal de nulidad (Código Judicial, Tomo LXI, página 55).

"4. Que una vez firmada la escritura por las partes interesadas no puede el Notario abstenerse de firmar, excepto el caso de que exista algún obstáculo de orden legal o de que las propias partes así lo soliciten;

"Que si es cierto que los otorgantes deben cuidar de que la escritura quede firmada por el Notario, es lo cierto también que ninguna duda puede quedarles respecto de esta circunstancia cuando el mismo Notario les entrega copia debidamente autenticada de la respectiva escritura, ya que en tal copia, firmada por el funcionario, da éste fe de que el original está firmado por él" (Tomo LXXX, página 345).

Así, pues, para la Corte, el Tribunal hizo recta aplicación de la máxima *error communis facit jus* en el *sub lite,* porque está demostrado que se incurrió en un error colectivo, generalizado, excusable e invencible, limpio de toda culpa y con perfecta buena fe, que justifica el que se le atribuya validez a una situación de hecho no conforme a la ley.

En consecuencia, no hubo quebranto de las disposiciones a que se refiere la censura, porque prevalece en este caso la doctrina del error común fundada en una regla general de derecho, cuya aplicación autoriza el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

Resolución

En atención a las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintidós (22) de junio de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

RESOLUCION DE CONTRATO DE PROMESA DE PERMUTA

La acción respectiva es improcedente cuando ambos contratantes han faltado al cumplimiento de sus respectivas obligaciones. Exceptio non adimpleti contractus. Presupuesto procesal de demanda en forma. Su definición. Requisitos de la demanda de reconvención. La norma del artículo 1524 del Código Civil no es concretamente atributiva de derechos subjetivos. Para que la censura en casación sea cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama "proposición jurídica completa". Naturaleza de ésta.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, 16 de noviembre de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, con fecha 1º de agosto de 1963, en el juicio ordinario seguido por Humberto Jaramillo Botero y Alfonso Vélez Bernal frente a José Manuel Toro Echeverri.

I

El litigio.

Humberto Jaramillo Botero y Alfonso Vélez Bernal trajeron a juicio ordinario a José Manuel Toro Echeverri, en solicitud de que se declarase resuelto, por incumplimiento de éste, el contrato de promesa de permuta celebrado entre los actores, de una parte, y el reo, de la otra, en documento privado de fecha 20 de julio de 1960, mediante el cual los demandantes se comprometieron a transferir al demandado la finca denominada Campoalegre, ubicada en el Municipio de Cunday, y éste a transferir a aquéllos, en cambio, la finca denominada Balsora, sita en el Municipio de Sevilla; y se condenase al demandado a pagarles los siguientes valores: la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) estipulados como perjuicios en la promesa de contrato; la de dos mil cuatrocientos ochenta y siete pesos ($ 2.487.00) que los demandantes dicen haber pagado a varios trabajadores y contratistas en la finca Balsora, por cuenta de Toro; el valor de los muebles y semovientes que éste tomó de la finca Campoalegre y que debía devolver con ella, al no dar cumplimiento al contrato; el de los perjuicios causados a Jaramillo y a Vélez con la movilización de ganados que tenían en Campoalegre, la compra y traslado de otros para surtir a Balsora y con la consiguiente pérdida de cuatro reses grandes; y las costas del juicio.

En la exposición de los *hechos* invocados como constitutivos de la *causa petendi*, el libelo, luego de referirse a la celebración de la promesa de contrato, de la que transcribe varias cláusulas, expresa: que, aunque en la quinta se fijó como término para el otorgamiento de la escritura pública correspondiente el que expiraba el día 20 de octubre de 1960, "por tarde a las seis pasado meridiano", sin embargo, Toro no se presentó en ese día a la Notaría Primera de Armenia, señalada al efecto, "y por lo tanto, incumplió la promesa"; que Toro, a sabiendas de que no podía cumplirla, tomó posesión de la finca Campoalegre que Jaramillo y Vélez le habían entregado y retiró de ella varios enseres domésticos, aperos, aves de corral y dos vacas; que el 5 de noviembre de 1960 Jaramillo, en vista de que Toro no cumplió la promesa, tomó posesión de la finca Campoalegre para evitarse mayores perjuicios; que durante el poco tiempo en que Jaramillo tuvo en su poder la finca Balsora hizo en ésta los trabajos que la demanda menciona, y pagó $ 2.487.00 a varios trabajadores de la misma finca, con autorización de Toro; que tan pronto como Jaramillo recobró la posesión de Campoalegre, hizo entrega de Balsora a Toro,

por conducto del mayordomo Manuel Londoño; y que Toro no estaba en condiciones de dar cumplimiento a la promesa de permuta, porque Balsora no es de su propiedad, sino de la sucesión de Ramón Aristizábal, porque cuando Toro entregó esta finca a Jaramillo y Vélez estaba embargada y secuestrada en juicio especial hipotecario de Libardo Jaramillo contra la dicha sucesión; y porque, además de la hipoteca, a favor de Libardo Jaramillo por la suma de $ 15.000.00, sobre Balsora pesaba otra hipoteca a favor de Miguel Angel Echeverri, por $ 30.000.

En su *contestación* el demandado aceptó el hecho de la celebración de la promesa, pero afirmando que Toro acordó el negocio con Jaramillo, no con Vélez, pues éste "delegó en su cuñado la representación de sus intereses", y que así lo acordado con Jaramillo fue que la escritura de permuta se haría cuando, mediante la liquidación por efectuarse de la mortuoria de Ramón Aristizábal Gómez —para lograr la cual Toro puso luego todo su empeño—, los herederos del causante le otorgasen al mismo la escritura de propiedad de la finca Balsora por éste prometida en permuta a los demandantes; también aceptó haber él retirado de Campoalegre dos vacas y unos "chiribijos", por ser suyos, así: "Las vacas, por compra que en lote mayor hiciera a los demandantes para que la entrega de Campoalegre se pudiese verificar y las cuales pagó con letra de cambio, hoy en poder de Jaramillo", y "los 'chiribijos', porque ellos fueron enajenados expresamente en la cláusula cuarta del contrato de promesa"; manifestó que "hasta el presente el señor Humberto Jaramillo no le ha hecho entrega formal" de Balsora; que Jaramillo, una vez en posesión de ésta, obtuvo de ella 87 cargas de panela y recolectó 12 cargas de café y algunas hanegas de maíz, y tuvo allí engordando 75 reses que dejaron exhaustos los potreros; que es cierto que Balsora estaba embargada, mas no secuestrada; que sobre ella pesa una hipoteca a favor de Libardo Jaramillo, no a favor de Miguel Angel Echeverri, y otra hipoteca a favor de Manuel Jaramillo, cedida a la firma Caldas Motor, ésta por valor de $ 15.000.00, gravámenes que los demandantes debían pagar, pues "¿acaso no se comprometieron los promitentes Jaramillo y Vélez a cancelar las deudas de Balsora en un monto de $ 35.000.00, para equilibrar el precio de las propiedades objeto de la permuta prometida?"; y que fueron los actores quienes incumplieron. Finalmente, dice oponerse a que se hagan las condenas solicitadas en contra suya; anuncia interponer demanda de reconvención para que se decrete la resolución del contrato de promesa, por culpable inejecución de los demandantes; y propone las excepciones de petición de modo indebido, de contrato no cumplido, de compensación y las que llama de carencia de acción y genérica.

Simultáneamente con la contestación que se acaba de relacionar, Toro introdujo demanda de mutua petición contra Jaramillo y Vélez en impetración de las siguientes determinaciones:

1ª Que se declare resuelto el sobredicho contrato de promesa de permuta, por incumplimiento de los reconvenidos.

2ª Que se les condene a pagar al reconviniente la cantidad de $ 50.000.00 estipulada como pena por el incumplimiento.

3ª Que, además, se les condene a pagar a Toro "el valor de las cuarenta y cinco reses de propiedad de éste y de las cuales aquéllos se apropiaron y vendieron sin consentimiento del dueño".

4ª Que se les impongan las costas del juicio.

En subsidio de la tercera súplica, dejando vigentes las demás, formuló ésta: "Que se condene a los demandados Humberto Jaramillo Botero y Alfonso Vélez Bernal a devolver al señor José Manuel Toro Echeverri la letra de cambio que para pagar las cuarenta y siete reses había firmado a favor de Jaramillo Botero y a pagar el valor de la utilidad que había obtenido dicho ganado y que mi mandante habría conseguido con su venta...".

El libelo de reconvención dice fundarse en *hechos* cuya relación cabe compendiar así:

Que, aunque en el documento de promesa se dijo que la escritura del contrato prometido debería hacerse en la Notaría Primera de Armenia, el día 20 de octubre de 1960, a más tardar a las 6:00 p. m., la verdadera fecha para su otorgamiento se hizo depender de la terminación de la mortuoria de Ramón Aristizábal Gómez, a fin de que sus herederos le extendieran la escritura de Balsora a Toro y éste a su vez la otorgase en favor de Jaramillo y Vélez.

Que según el punto tercero del mismo documento, era obligación de Jaramillo y Vélez el cancelar las deudas que gravaban a Balsora, "con los plazos y en las condiciones correspondientes"; y como al celebrarse la promesa, ya el acreedor Libardo Jaramillo había instaurado su acción hipotecaria, "era obligación de los promitentes Vélez y Jaramillo el cancelar tal juicio inmediatamente", para con ello evitar perjuicios a Toro, conservar aquellos la posesión que del inmueble les había sido transmitida y "por sobre todo, para dar cumplimiento al contrato de promesa celebrado"; pero como ni ese crédito, ni

los demás contra Balsora fueron pagados por Jaramillo y Vélez, quiere decir que éstos incumplieron su compromiso.

Que Toro hizo todas las gestiones posibles para colocarse en condición de cumplir, aceleró la liquidación de la sucesión de Ramón Aristizábal Gómez, invirtió dineros en el mejoramiento de Campoalegre en orden a su mayor productividad y prometió esta finca en venta para cuando le fuera escriturada por los reconvenidos.

Que en razón del aludido contrato de promesa de permuta, y "para que la entrega de 'Campoalegre' se pudiese verificar realmente, don José Manuel Toro celebró con Jaramillo Botero (éste en su nombre y en el de su cuñado Vélez Bernal) el siguiente negocio: la compra de cuarenta y siete reses que se encontraban en el inmueble referido, la mayor parte grande, y de raza cebú; el precio fue la suma de $ 28.500.00 moneda corriente, el cual pagó el comprador con una letra de cambio a favor del vendedor", y

Que cuando tres meses y medio después de celebrado el contrato de promesa, Jaramillo abandonó a Balsora y se posesionó de Campoalegre, sin consentimiento de Toro, aquél se apropió de cuarenta y cinco de las cuarenta y siete reses de propiedad del reconviniente, de que dispuso, sin que a éste le haya sido devuelta la referida letra, ni siquiera la utilidad en caso de una unilateral compensación.

Los reconvenidos contradijeron la mutua petición, y al efecto expresaron: no ser cierto que el término para el cumplimiento de la promesa fuese el pretendido por el reconviniente, sino atenerse a lo que sobre el particular expresa el contrato; no ser cierto que Jaramillo y Vélez se hubieran obligado a cancelar hasta $ 35.000.00 las deudas que gravaban a Balsora, inmediatamente después de firmado el documento de promesa; ocurrir que ellos se allanaron a cumplir lo pactado, pero que por el contrario Toro no hizo gestión alguna para que el juicio de sucesión de Ramón Aristizábal Gómez terminara dentro del plazo convenido, y negaron los demás hechos de la reconvención.

La primera instancia concluyó con fallo del Juez Segundo Civil del Circuito de Armenia, por el cual se declara: probada la excepción de contrato no cumplido, en lo tocante con la demanda principal; aprobada la excepción del artículo 329 del Código Judicial, en lo relacionado con la demanda de reconvención, y resuelto el contrato de promesa de permuta; se condena a Humberto Jaramillo Botero a "devolver, debidamente cancelada y sin erogaciones por parte del señor José Manuel Toro Echeverri, tres días después de la ejecutoria de este fallo, la letra de cambio que por la suma de veintiocho mil pesos ($ 28.000.00) le firmó Toro Echeverri a Jaramillo Botero para garantía del pago del precio de un lote de ganado" y se deniegan las demás peticiones, así de la demanda principal como de la de reconvención.

Por apelación de ambas partes, cumplióse la segunda instancia, que concluyó con la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de fecha 1º de agosto de 1963, por la cual se revocó la del inferior y en su lugar se dispuso:

Declarar resuelto, por incumplimiento de Toro, el referido contrato de promesa de permuta; consecuencialmente, condenar a Toro a pagar a Jaramillo y Vélez la suma de cincuenta mil pesos, estipulados como perjuicios en la aludida promesa; no haber lugar a hacer las otras imposiciones solicitadas en la demanda principal; condenar a Toro al pago del cincuenta por ciento de las costas causadas; negar las declaraciones impetradas en los numerales 1º, 2º y 4º de la demanda de reconvención, absolviendo en tales puntos a los reconvenidos; declararse "inhibido el Tribunal para resolver sobre la petición tercera y subsidiaria de la demanda de reconvención, por falta del presupuesto procesal de demanda en forma"; y no haber lugar a condena en costas en la segunda instancia.

Contra este pronunciamiento interpuso el litigante Toro el recurso de casación, a cuyo estudio y definición procede la Corte en este acto.

II

Consideraciones de la sentencia impugnada.

Luego de advertir que la promesa de contrato de permuta de que se trata reúne todos los requisitos de ley para su validez, procede el Tribunal a estudiar el punto de si Toro incumplió la referida promesa. Observa que por su cláusula quinta se estipuló que la escritura pública perfectiva de la promesa debía correrse en la Notaría Primera del Circuito de Armenia, a más tardar a las seis pasado meridiano del día 20 de octubre de 1960, debiendo la parte que no cumpla pagar a la otra, por vía de perjuicios, la suma de cincuenta mil pesos; y que está demostrado, no con el certificado notarial producido al efecto, que no reputa como medio adecuado, sino con la afirmación de la parte actora consignada en el hecho segundo de la demanda, no controvertida por el demandado en su contestación, "que el señor Humberto Jaramillo en su propio nombre y en el de su compañero, sí estuvo pre-

sente ante el Notario Primero del Circuito de Armenia el 20 de octubre de 1960, y que el señor José Manuel Toro no se hizo presente''.

En cuanto a los elementos aportados por Toro para acreditar, como liberatoria de su responsabilidad la circunstancia de haber convenido que la escritura pública de la permuta prometida se otorgaría una vez que se liquidase la sucesión de Ramón Aristizábal Gómez y que por sus herederos se le hiciera a Toro la tradición de Balsora, no encuentra el Tribunal que se haya logrado ese objetivo con tales medios. Así, luego de ponderar con resultado desfavorable los testimonios de Antonio J. Cardona y Rafael Castaño, que estima en una y otra forma desvirtuados, y cada uno solitario en cuanto a lo que afirma, considera que existe una razón principal que los deja sin valor, como es la de que conciernen a una negociación que por su cuantía no admite la prueba de testigos, dirigida a adicionar o alterar lo que expresa el contrato (artículo 91, Ley 153 de 1887); y que los dichos de Bernardo Zuluaga y Jaime Aristizábal sobre las actividades cumplidas por Toro en orden a acelerar la terminación de la sucesión de Ramón Aristizábal Gómez no bastan para exonerarlo de responsabilidad, por cuanto esa modalidad sobre espera de la terminación de tal mortuoria no fue acordada por los contratantes en la promesa. En consecuencia, como en ésta se fijó el 20 de octubre de 1960 para el otorgamiento de la escritura, esa estipulación es la que siguió rigiendo las relaciones entre las partes, por lo cual ''la excepción de carencia de acción propuesta por el demandado queda sin fundamento jurídico''.

En lo atinente a la alegación de Toro, de no haber éste incurrido en mora, dado que Jaramillo y Vélez no cumplieron por su parte con la obligación de pagar a los acreedores de Balsora ''con los plazos y en las condiciones correspondientes'', observa el sentenciador que esta obligación se limitó en la promesa a la cantidad de $ 35.000.00 para equilibrar los valores de los bienes en permuta, pues que del excedente de tales acreencias respondería Toro; y que, aunque la locución ''acreedores de la finca'' es en principio indicativa de obligaciones reales, no excluía la posibilidad de otras deudas no cognoscibles por el registro, como las laborales, de aparcería, etc. Aunque si bien se mira, el certificado del Registrador de Instrumentos Público relaciona dos obligaciones hipotecarias por $ 45.000.00 en total. Y si Toro ''no gestionó la determinación de esos créditos, no puede creerse esa obligación de parte de quienes tenían un vínculo que se concretaba en forma simultánea, cual era el otorgamiento de las respectivas escrituras''. Y agrega: ''El más recto entendimiento de la obligación adquirida por Jaramillo y Vélez sobre pago de acreencias, indica que ella dimanaba de una fecha que se contaba a partir del otorgamiento de las escrituras. Si se quería que tal deber fuera anterior, debió decirse en forma expresa. Que esto es así lo insinúa la lógica, pues no es presumible el pago de obligaciones que gravitan sobre un bien, antes de legalizarse su transferencia... Así lo entendió el señor Toro Echeverri, si nos atenemos a lo expresado por Libardo Jaramillo y el doctor Alberto Muñoz García... Y si nos atenemos a la certificación del Registrador de Sevilla, sí había una deuda por valor superior a los $ 35.000.00 y hasta de plazo vencido para la fecha de la celebración de la promesa. De allí que la interpretación del Tribunal sobre la época en que surgía para los actores el pago de lo adeudado hasta $ 35.000.00, es la que cabe a la cláusula para que pueda producir algún efecto, la que mejor cuadra con la naturaleza del contrato y la que más liga con su intención''. Con lo que concluyó que no hay lugar para declarar probada la excepción *non adimpleti contractus*.

Pasa luego a observar que, si en el punto quinto del contrato de promesa se estipuló que la parte que no cumpla pagará a la otra la suma de $ 50.000.00 por vía de perjuicios, ello constituye una pena, cuyo pago no se puede pedir conjuntamente con el de otros perjuicios, según el artículo 1600 del Código Civil. Fuera de que ''tampoco se estableció por los actores: ni sustracción de bienes o enseres de la finca 'Campoalegre' por parte de Toro, ni pago a varios trabajadores y contratistas de la finca 'Balsora', por cuenta del mismo Toro y de que éste deba responder, ni traslado de un número determinado de semovientes de 'Campoalegre' a 'Balsora' y después de ésta a aquélla, ni por último pérdida alguna''.

Refiriéndose en seguida a la excepción de compensación propuesta por Toro para la hipótesis de que se le llegara a condenar al tenor de la demanda, excepción derivada de la posesión que tuvo Jaramillo de la finca Balsora, de donde se afirma hubo pingües ganancias, anota el juzgador que el excepcionante ''olvidó que de acuerdo con el punto *cuarto* de la promesa, hubo una entrega material recíproca —disfrute éste que sí se compensa— y que, además, no se aportó la prueba 'con testigos y peritos' de 'cuál fue el beneficio recibido por Jaramillo y su socio con la tenencia de 'Balsora' ''.

Ocúpase después el Tribunal del estudio de la *reconvención*, en relación con la cual considera:

Que si la resolución por incumplimiento de Toro tiene completo respaldo probatorio y legal, ello excluye la posibilidad de decretar esa resolución por incumplimiento de Jaramillo y Vélez, y la de hacer efectiva contra éstos la cláusula penal, y

Que respecto tanto de la súplica tercera, de condena a Jaramillo y Vélez a pagar a Toro el valor de cuarenta y cinco reses de propiedad de éste, como de la tercera subsidiaria, de que se les condene a devolver al reconviniente "la letra de cambio que para pagar las cuarenta y siete reses había firmado a favor de Jaramillo Botero" y a pagarle el valor de la utilidad que habría obtenido de la venta de dicho ganado, apareciendo que el negocio del ganado es independiente del contenido en la promesa de permuta de las fincas y que ese negocio fue celebrado solamente entre Jaramillo de una parte y Toro de la otra, resulta que "en esas condiciones, tal aspecto no es susceptible de elucidarse en este litigio", porque si Jaramillo y Vélez "se encuentran unidos en el compromiso contenido en la promesa, no aparecen de similar modo en la negociación relativa al ganado y a la consecuencial letra de cambio firmada por Toro a favor de Jaramillo, cosa en la que éstos no discuerdan", así que "aquí la reconvención no fue dirigida contra la misma parte que era demandante, sino contra una de las personas que constituían aquella parte y que por lo mismo no es la misma, aunque sí lo es el allá demandado y aquí actor". De donde concluye que "esa falta de identidad —y aun de título— quita toda posibilidad a la demanda en el aspecto relacionado con la súplica 3ª de la contrademanda, sobre la cual no ha de pronunciarse el Tribunal, absteniéndose en este punto por el defecto procesal nominado de demanda en forma", y siéndole aplicable esta determinación a la súplica subsidiaria "nacida de la misma situación jurídica".

III

El recurso extraordinario.

El libelo de casación, oportunamente contestado por el opositor, contiene tres cargos, cuya estructuración los sitúa en el campo de la causal primera, de los cuales, dos tocan con la decisión de fondo sobre el tema de la promesa del contrato de permuta, su resolución y la condena de una de las partes a pagar en favor de la otra la suma estipulada por perjuicios, y el último se refiere a la declaratoria de inhibición en que se colocó el Tribunal para fallar sobre las peticiones tercera principal y tercera subsidiaria de la demanda de reconvención, relativas al negocio de un ganado.

Primer cargo. Está formulado por "*Quebrantamiento de los artículos 1546 y 1594, Código Civil, por aplicación indebida, y del artículo 1609 ibídem, por falta de aplicación resultante de interpretación errónea del contrato de promesa de permuta y de errada apreciación de hecho de las pruebas*", y se desenvuelve con base en los siguientes argumentos:

Que el Tribunal, para desechar la excepción de contrato no cumplido propuesta por el demandado Toro, negar la súplica del mismo en reconvención, inversa a la de la demanda principal, cargar sobre éste la frustración del negocio prospectado y condenarlo a la indemnización establecida convencionalmente, "consideró que los señores Jaramillo y Vélez estuvieron prestos a cumplir su compromiso, en tanto que Toro Echeverri incumplió el suyo".

Ambas partes debían suscribir la escritura de la permuta; mas "una de ellas se componía de dos personas, Jaramillo y Vélez, de las cuales sólo el primero compareció a la Notaría diciendo que acudía en su nombre y en el de Alfonso Vélez Bernal, dispuestos ambos a otorgar el instrumento correspondiente a la promesa de julio 20 de 1960 (cuaderno 1º, folio 4). Jaramillo no exhibió ni la autorización o poder de Vélez, ni los títulos y documentos adicionales exigidos para una operación de este orden en general y específicamente para el caso en la cláusula sexta de la promesa (cuaderno 1º, folio 6 vuelto). Al responder en posiciones, pregunta primera (cuaderno 2, folio 23), sostiene que para firmar la escritura y pedir el certificado notarial de su presencia, él, Jaramillo, no representó a su cuñado Vélez Bernal, pues para ello éste estuvo presente. Media una contradicción total entre las dos versiones, con el consiguiente deterioro del valor probatorio de los medios empleados y acogidos para acreditar el cumplimiento de los actores principales...".

"El Tribunal, considerando que la certificación notarial no es prueba de la presencia de Jaramillo en los términos que el documento expresa, da por acreditado el hecho por no haber sido controvertido durante la actuación y le atribuye el valor de demostración cabal de cumplimiento de aquél y de Vélez de lo que para el sentenciador era el único deber de ellos".

"Debían estar presentes tanto Jaramillo como Vélez. Y aparece en claro que no compareció más que el primero. El cumplimiento de la obligación de actividad conjunta, que tal fue la asumida

por los dos promitentes demandantes principales, no se realiza sino con el actuar debido de cada cual (Código Civil 1591), regla olvidada por el Tribunal. Si la actividad es calificada, la obligación no se entiende satisfecha sino con la reunión del pleno de los requisitos fijados en la ley o en el título. Y, debiendo tanto Jaramillo como Vélez firmar la escritura y presentar al momento la documentación indicada para el caso, ni Jaramillo mostró el poder de Vélez necesario para que su actividad lo comprendiera a él y para que el contrato de enajenación fuera válido (Código Civil 766, 2º), ni uno ni otro presentaron los títulos del inmueble ofrecido, ni los certificados de paz y salvo por impuesto predial y de renta y patrimonio, indispensables para la plenitud del instrumento notarial...''.

''Y el olvido de estos factores significa un error evidente de hecho en la apreciación de la prueba:

''Se dio por acreditada actuación de Alfonso Vélez por la afirmación de Humberto Jaramillo, por este mismo desvirtuada luego, de haber comparecido a nombre de aquél a la Notaría, cuando en el expediente no obra constancia alguna del acto de apoderamiento y cuando la ley exige para la validez de título otorgado a nombre de otro que quien actúa sea verdadero representante de éste. Error evidente al dar por demostrado un hecho sin respaldo en pieza alguna del proceso.

''Se dio por satisfecha una obligación compleja, no sólo en el número de los deudores, sino en la actividad de ellos, con la sola comparecencia de uno, desprovisto de la documentación complementaria y necesaria. Error en la consideración del contrato de promesa, maltratamiento u olvido, mejor, de su cláusula 6ª que prescribe la presentación oportuna del aderezo correspondiente. El Tribunal no reparó en ella; consideró cumplido el deber con el actuar de uno solo de los sujetos, dando por probado un pago que no se hizo al tenor de la obligación (Código Civil 1627). Yerro evidente y doble, en la consideración del título y en la de la actividad realizada''.

La Corte considera.

La transcripción que de los pasajes estructurales del cargo en examen acaba de hacerse, muestra con significación inequívoca que en él se acusa al sentenciador por una conjunción de errores de hecho en la apreciación de los medios, que lo llevó a concluir que del lado de los señores Jaramillo y Vélez, integrantes de una de las partes prometientes, se cumplió, en conformidad a lo debido, su presentación al otorgamiento de la escritura pública por la cual habría de perfeccionarse la permuta prometida.

Esos errores, al tenor de la censura, no son otros que los siguientes:

a) Haber tenido el Tribunal por demostrado, sin prueba alguna del hecho y antes bien existiendo una en contrario, que por lo tocante con Vélez, Jaramillo compareció a la Notaría Primera de Armenia en nombre de aquél, como mandatario del mismo, a otorgar en la fecha y hora convenidas la escritura de la permuta y que, por lo tanto, la concurrencia de Jaramillo implicaba la de Vélez;

b) No haber visto el Tribunal la cláusula sexta del contrato de promesa, según la cual ''cada una de las partes presentará, para el otorgamiento de la escritura de permuta dicha, las escrituras y títulos correspondientes saneados a satisfacción de la otra parte'', y estimar, consecuencialmente, que la sola presencia de Jaramillo en la Notaría, en la ocasión indicada, bastaba para dar por sentado que éste y Vélez cumplieron por su parte con lo de su cargo para tener derecho a exigir en el mismo acto la presencia del prometiente Toro a suscribir la escritura de la permuta, y

c) Haber supuesto, igualmente, el Tribunal como acto de comparecencia bastante por parte de Jaramillo y Vélez, la del primero únicamente, sin que haya prueba alguna de que por parte de los mismos se hubieran producido los comprobantes cuya necesidad para el otorgamiento de escrituras públicas es de público y notorio conocimiento, como eran en su caso los certificados de paz y salvo en materia de impuestos de renta y patrimonio de aquéllos, y de paz y salvo por impuesto predial de la finca ''Campoalegre'' que debían transferir a Toro.

Ciertamente, como lo alega el acusante, el sentenciador dedujo que Jaramillo era mandatario de Vélez para otorgar el acto jurídico culminante de la permutación prometida o sea la escritura pública correspondiente a las enajenaciones recíprocas, de la mera circunstancia de que tal supuesto no hubiera sido expresamente controvertido en la actuación, pero sin que de ello haya medio comprobatorio alguno, como lo muestra la inconsistente inferencia a que hubo de recurrir el juzgador, a tiempo que obra en contra del mismo supuesto la confesión del propio Jaramillo en posiciones dentro del juicio, no vista por aquél, cuando contestando a la primera pregunta, en que se le interrogaba sobre si, en el concierto de la promesa de contrato, el absolvente ''representó para todo a su cuñado don Alfonso Vélez

Bernal, quien, por lo mismo, no tuvo ninguna intervención en las conversaciones y desarrollo del negocio", contestó: "Es cierto en parte, y explico el asunto así: En cuanto para hacer el negocio representé a mi cuñado Alfonso Vélez Bernal, como estoy acostumbrado a representarlo en sus negocios y como lo dirá él si es verdad; pero para firmar la escritura, para estar presente el día de firmar tal escritura y pedir certificado de que él había estado presente ese día, no es cierto, es decir, no lo representé, pues para esto último él estuvo presente". Y en este paso, cabe notar que no se da tampoco ningún medio que demuestre que Vélez hubiera estado en persona en la Notaría para la solemnización del negocio prometido.

Si, pues, no hay prueba alguna de que Vélez hubiera estado presente, ni personalmente, ni apoderado por Jaramillo, en la Notaría Primera de Armenia para el otorgamiento de la escritura de permuta; ni tampoco hay prueba alguna de que por parte de Jaramillo y Vélez se hubieran aducido, para ese otorgamiento, respecto de la finca "Campoalegre", los "títulos correspondientes saneados a satisfacción de la otra parte", como lo exige la cláusula sexta de la promesa, que el juzgador no contempló, ni el comprobante de paz y salvo de esta finca por concepto de impuesto predial, ni los de paz y salvo personales de aquéllos por razón de impuestos de patrimonio y renta, es preciso concluir que, a causa de estos errores de hecho en la apreciación probatoria, el fallador tuvo por acreditado, sin estarlo, el cumplimiento de todas las obligaciones del resorte de Jaramillo y Vélez, ya convencionales, ya legales, indispensables para la celebración formal del contrato de permuta prometido, y, en consecuencia, al no encontrar que Toro hubiera satisfecho las correspondientes de su parte, declaró la resolución del contrato de promesa por culpa del último, aplicando indebidamente el artículo 1546 del Código Civil, estatuyente de tal acción, y dejando de aplicar el 1609 ibídem, que consagra la excepción de contrato no cumplido.

Si en todo contrato sinalagmático —especie a que pertenece la promesa bilateral de permuta—, las contrapuestas obligaciones se sirven mutuamente de causa, en el sentido de que la causa de la obligación de cada parte se hace concreta en el cumplimiento de la obligación de la otra, existiendo así entre las recíprocas obligaciones una interdependencia en que se asegura el equilibrio del contrato, es apenas lógico, como lo preceptúa el artículo 1609 del Código Civil, que en un contrato de esta índole ninguno de los contratantes pueda considerarse en mora de satisfacer su compromiso, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Y esto, que el derecho establece como medio de defensa: exceptio non adimpleti contractus, *encuentra por activa su paralelo en la condición resolutoria ínsita por ministerio del artículo 1546 ibídem, en los contratos bilaterales, para el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, y que tiene como supuesto indefectible el de que el otro contratante, que pretende prevalerse de esa condición resolutoria tácita, haya cumplido por su parte su compromiso o esté allanado a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.*

Es así relevante la infracción por el Tribunal, de los susodichos artículos 1609 y 1546 del Código Civil:

Del 1609, al considerar en mora al prometiente Toro, no obstante el incumplimiento de los prometientes Jaramillo y Vélez; y del 1546, al decretar la resolución del contrato de promesa de permuta por culpa de Toro y condenar a éste al pago de la suma estipulada como perjuicios. Siendo así que ambas partes se encontraban en falta de cumplimiento de su compromiso, no cabría el que la resolución fuese decretada en favor de ninguna de ellas por mora de la otra. En este sentido, es doctrina firme de la Corte la de "que la acción resolutoria es improcedente cuando ambos contratantes han faltado al cumplimiento de sus respectivas obligaciones, pues en tal caso a ninguno de ellos se le puede considerar en mora... así, en fallo de 25 de marzo de 1950, se lee: 'en el caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, caso no especialmente previsto por la ley y contemplado en este pleito, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia, para todos, de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2º del artículo 1546 del Código Civil, situación ésta de involuntaria y estéril anormalidad contractual, que se prolongará hasta cuando alguno de los contratantes, cumpliendo con lo suyo, se habilite para demandar contra el otro la resolución o el cumplimiento contractual, o hasta cuando la prescripción ponga término a las respectivas acciones' ". (Casación 17 de septiembre de 1954, LXXVIII, página 628).

Prosperando, pues, este primer cargo, que dará lugar a la casación de la sentencia, en cuanto versa sobre las súplicas de la demanda principal y de la de reconvención tocantes con el contrato

de promesa de permuta, no tiene la Corte para qué ocuparse del segundo, relativo a la misma materia. Pasará, entonces, a entender en el último de los reparos, atinente a la inhibición en que se declaró el Tribunal para decidir sobre las peticiones tercera principal y tercera subsidiaria de la demanda de reconvención.

Cargo final. Está propuesto por "quebranto por falta de aplicación del artículo 1524, Código Civil, así como del 2312 ibídem, y del 121 del Código de Comercio, inaplicación indebida del artículo 1546 del Código Civil, a consecuencia todo de error de hecho en la consideración de la demanda de reconvención y en la estimación de las pruebas".

Con el intento de desarrollar este enunciado, el acusante despliega la siguiente argumentación:

Que "como entre las mismas partes, en igual posición, y por causa del mismo contrato de promesa de permuta y su inicial ejecución en la entrega de los inmuebles, se llegó a compraventa de ganados, que también dio origen a conflicto entre ellas, Toro Echeverri, en reconvención, pide subsidiariamente la súplica que igualmente fue rechazada en fallo inhibitorio, que se condene a Jaramillo y a Vélez a devolverle letra de cambio que giró a la orden del primero, para el pago de las reses que compró a los dos.

"Cuarenta y cinco semovientes que Vélez y Jaramillo habían comprado a crédito a Ferdinando Quintero (interrogatorio y declaración, cuaderno 3º, folios 9 vuelto y 37 a 38), le fueron vendidas por aquellos a José Manuel Toro por $ 28.500.00 a cuyo pago proveyó él con letra de cambio girada a la orden de Humberto Jaramillo. Surgida la disputa, uno de los vendedores, el propio Jaramillo, vendió el ganado, no ha dado su valor a Toro (posición, respuestas 3ª a 5ª), sin embargo, de lo cual conserva el instrumento que carece de razón suficiente (ibídem, 5ª).

"El Tribunal sostiene que en este negocio nada tuvo ni tiene que ver Vélez Bernal, dizque fundado en las posiciones, en testimonios y en el propio dicho de Toro, y con base en ese supuesto, considera que el juicio no anda correctamente trabado, pues no se trata de las mismas partes, ya que en tanto que la actora es dual, la demandada en este aparte de la reconvención es individual".

Que "demandado Toro por Jaramillo y Vélez, contrademandó a sus dos actores. La aptitud o ineptitud de la demanda es una cuestión formal, aquí plena y satisfactoriamente definida para que sean admisibles las sutilezas de la sentencia. Si Vélez es o no es deudor de la obligación restitutoria de la letra o de la de entregar el ganado o su equivalente pecuniario, es algo que constituye el fondo de la cuestión, que no puede ser definido artificiosamente como cosa prejudicial... Hay todo un contrasentido en el razonar de la sentencia: Se demanda en acción restitutoria a los mismos dos demandantes del juicio principal y se despacha la demanda de reconvención con fallo inhibitorio derivado de la ineptitud de ésta, fincada en que uno de los dos demandados no está llamado a responder, como si este último punto no fuera uno de los extremos de la acción y pudiera manejarse para hacerlo funcionar procedimental y sustantivamente al cómodo criterio del sentenciador, ya como presupuesto del juicio, ya como presupuesto de la condena o de la absolución.

"..... .....

"Además, si Alfonso Vélez no está llamado a responder, que se le absuelva, pero no se diga que su liberación ha de conllevar forzosamente la de su compañero, beneficiario de la letra que perdió su valor. ¿O es que la aptitud de la demanda de reconvención en caso de pluralidad de sujetos dentro de una misma parte exige que todos sean absueltos o condenados indivisiblemente, por efecto de una extraña solidaridad en los beneficios?

"..... .....

"Si la letra fue girada por una compraventa que no se realizó o que no se cumplió por parte de los vendedores, no habiendo sido cubierto su valor, va de suyo el decretar la restitución del instrumento a cargo de quien lo retiene sin motivo: ya como secuela del desistimiento de las partes, apreciable en su conducta concluyente, ya por efecto de la resolución por incumplimiento, que ambos asideros ofrece la demanda de reconvención, sin exigir mayor esfuerzo interpretativo".

La Corte considera.

El presupuesto procesal de "demanda" en forma, como lo reza su propia denominación, es un predicamento que consiste en que la demanda, como petición que es con la cual se inicia un juicio, reúna ciertos requisitos formales exigidos principalmente en los artículos 205, 209, 217, 222 y 737 del Código Judicial. De donde resulta que el juez debe ordenar de oficio la corrección de toda demanda que adolezca de vicios formales; que la parte demandada puede proponer oportunamente, in limine litis, *la excepción dilatoria de inepta demanda; y que, si no se ha hecho uso de estos remedios y el juez, en el momen-*

to de ir a fallar el litigio, encuentra que la demanda adolece de defectos tales de forma que le impiden proferir un pronunciamiento de fondo, debe declarar su inhibición al efecto, por causa de semejante obstáculo procesal. (Casación, 19 de agosto de 1954, LXXVIII, página 349).

Lo dicho quiere decir que la calificación acerca de si una demanda satisface, sí o no, este presupuesto procesal ha de hacerse frente a los elementos estructurales de la demanda misma, sin recurrir al mérito de la cuestión controvertida, cuyos elementos y condiciones, atinentes sólo a la decisión de fondo, no pueden tomarse para hacerlos revertir sobre la demanda en orden a descalificarla en su forma y declarar por ello, el sentenciador, una inhibitoria de conocimiento, que podría acusar pecado de arbitrariedad.

Tratándose de una demanda de reconvención, es evidente que ésta, fuera de que "debe contener los mismos requisitos que toda demanda ordinaria" (743 ibídem), ha de ser instaurada por el propio demandado de la demanda principal contra el mismo demandante en ésta, a fin de que ambas demandas y las acciones en ellas originadas queden trabadas entre unas mismas partes. Tal el pensamiento del artículo 742 del Código. Por lo cual, no sería admisible que en esta contraposición de acciones que la reconvención ocasiona, los sujetos intervinientes en la una fuesen distintos total o parcialmente de los que figuran en la otra.

En el caso de este pleito, la demanda de reconvención, interpuesta por Toro contra Jaramillo y Vélez, acumula al pedimiento de resolución del contrato de promesa de permuta de las fincas "Campoalegre" y "Balsora", por incumplimiento de los reconvenidos, la solicitud de que se les condene a pagar al reconviniente "el valor de las cuarenta y cinco reses de propiedad de éste y de las cuales aquéllos se apropiaron y vendieron sin consentimiento del dueño" (súplica 3ª), o en subsidio que se les condene a devolverle "la letra de cambio que para pagar las cuarenta y siete reses había firmado a favor de Jaramillo Botero y a pagar el valor de la utilidad que había obtenido dicho ganado y que mi mandante habría conseguido con su venta" (3ª sustitutiva).

Como se ve, la mutua petición está dirigida contra las mismas y únicas personas que como actores habían incoado contra el reconviniente la demanda principal. Vale decir, que por este aspecto y desde el punto de vista formal, la reconvención estuvo adecuadamente propuesta desde luego que una y otra demanda quedaron ajustadas entre unas mismas partes, en posiciones de contención recíprocamente contrapuestas.

Desacertó, pues, el Tribunal, cuando sacando del fondo del litigio la consideración de que el negocio del ganado había sido celebrado por Toro, únicamente con Jaramillo y no con Vélez, se valió de ella para dictaminar que no debiendo haberse reconvenido a Vélez por el asunto del ganado, la mutua petición en el punto carecía de forma. Con lo cual el sentenciador transformó erróneamente una cuestión de *legitimatio ad causam* en la de falta de demanda en forma, para inhibirse de decidir en el mérito. Como bien lo observa la censura, si el Tribunal encontró que Vélez era un extraño en ese asunto del ganado, debió entonces absolverlo del cargo en el particular y definir el punto en lo tocante con Jaramillo.

Mas, a pesar de concederle la razón al recurrente en este aspecto de la censura, que ha llevado a la Corte a rectificarle al Tribunal su doctrina, tendrá la Corte que limitarse a dejar en pie la sentencia en este punto, por no ser el cargo suficiente a determinar otra solución, como pasa a explicarse:

En el ámbito del cargo que se ventila, el recurso, por sus propios términos, reproducidos atrás, está contraído a atacar la sentencia en cuanto se abstuvo de otorgar al reconviniente Toro su pedimento sobre restitución de la letra de cambio que por $ 28.500.00 suscribiera a favor de Jaramillo en pago de las cuarenta y siete reses a que alude la reconvención. Con este propósito, el impugnante cita como quebrantados, por falta de aplicación, los artículos 1524 del Código Civil; 2312 ibídem, 121 del Código de Comercio y 1546 del Código Civil; y argumenta que los semovientes que Jaramillo y Vélez vendieron a Toro por $ 28.500.00 y a cuyo pago proveyó éste con una letra de cambio girada a la orden de Jaramillo, fueron más tarde vendidos por Jaramillo, quien no ha dado su valor a Toro, "sin embargo, de lo cual conserva el instrumento que carece de razón suficiente", y que "cuando de instrumentos negociables se trata, advertida la falta de causa y en ventilándose el asunto entre las partes iniciales, el descargo es forzoso y la devolución un hecho indetenible". A lo que finalmente agrega que "si la letra fue girada por una compraventa que no se realizó o que no se cumplió por parte de los vendedores, no habiendo sido cubierto su valor, va de suyo decretar la restitución del instrumento a cargo de quien lo retiene sin motivo: ya como secuela del desistimiento de las partes, apreciable en su con-

ducta concluyente, ya por efecto de la resolución por incumplimiento...''.

Ante la alternativa que así plantea el acusante, es de notar que la *causa petendi* de la mutua petición, en lo relativo a la cuestión del ganado, está íntegramente consignada en el punto 7º de los hechos de la contrademanda, punto según el cual Jaramillo se apropió de cuarenta y cinco de las cuarenta y siete reses que eran de propiedad de Toro, quien las había comprado a aquél, recibiéndolas en ''Campoalegre'', en donde se encontraban, al serle entregada esta finca; y luego Jaramillo, al apoderarse de nuevo de la misma, vendió dicho ganado, sin que Toro haya recibido el precio de esta negociación, ni tampoco le haya sido devuelta la letra de cambio con que había pagado ese mayor número de semovientes.

Así que la demanda de reconvención no plantea acción resolutoria alguna en lo pertinente al negocio del ganado, sino una de dos: la de pago a Toro de un ganado suyo de que Jaramillo y Vélez dispusieron, según la súplica 3ª principal, dejada de lado en el recurso; o la de restitución del instrumento de cambio correspondiente a un negocio deshecho por destrate implícitamente consentido, dado el comportamiento de las partes, o sea, cual lo dice el libelo de casación en pasaje arriba transcrito, ''como secuela del desistimiento de las partes, apreciable en su conducta concluyente''.

Y si bien en la súplica 3ª subsidiaria de la reconvención, en uno a modo de embolismo, se agregó el pedido de condena al valor de la utilidad que Toro habría conseguido con la venta del ganado, según tasación pericial, este punto que tampoco es específicamente informativo de pretensión resolutoria, quedó también descartado en el ámbito del recurso extraordinario, cuyo libelo, como ya se observó, está reducido, en el cargo de que se trata, a atacar la sentencia en cuanto se abstuvo de decretar en favor de Toro la restitución de la referida letra de cambio.

Ahora bien: los preceptos que el recurrente cita en este capítulo de la censura como violados no sirven a fundamentarla:

No el artículo 1546 del Código Civil, porque este ordenamiento, como estatuyente del sistema de la condición resolutoria tácita por incumplimiento de una de las partes en los contratos bilaterales, resulta ser ajeno a la pretensión del reconviniente relacionada con el asunto del ganado, la que, según ya se vio, no informa acción resolutoria alguna.

No el artículo 2312 ibídem, porque esta disposición es ciertamente exótica a la materia litigada, como que trata de un determinado aspecto de las relaciones entre el agente oficioso y el interesado servido por aquél. Todo indica que se trata aquí de un yerro caligráfico que la Corte no puede oficiosamente enmendar, tanto por el carácter formalista y estricto del recurso extraordinario, como porque el recurrente se redujo a citar el número de ese texto escuetamente, sin referirse al contenido del que hubiera pretendido señalar como quebrantado.

No el artículo 121 del Código de Comercio, porque si este texto, que definía el estado de quiebra de un comerciante, no hubiera sido derogado como lo está, también sería absolutamente extraño al litigio. Cabe, pues, igual observación a la precedente, o sea que se trata de otro yerro caligráfico que la Corte no puede subsanar, por idénticas razones a las que se acaban de exponer, y

No el artículo 1524 del Código Civil, porque la referencia a este texto —el que se limita a enseñar que ''no puede haber obligación sin una causa real y lícita'', pero sin que sea necesario expresarla, y que la pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente, y a definir lo que se entiende por causa y por causa ilícita, poniendo ejemplos al efecto, texto que por sí solo no es concretamente atributivo de derechos subjetivos—, *no bastaría en casación a integrar un cargo por quebrantamiento del derecho sustancial, sin estar acompañada de la referencia de aquel o aquellos otros preceptos atribuyentes de los derechos subjetivos que hubieran sido vulnerados como consecuencia de la violación del primero.*

Es que cuando la sentencia del Tribunal ad quem *decide sobre una situación dependiente, no de una sola norma, sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama ''proposición jurídica completa''. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano. Conclusión natural y potísima del precepto (antes artículo 520, ordinal 1º del Código Judicial; hoy artículo 52, ordinal 1º, del Decreto 528 de 1964) que, al hablar de violación de ley sustantiva o sustancial, como motivo de casación, no ha podido entender nada distinto de quebrantamiento de la normación suficiente a sustentar un derecho de aquella especie, normación que si en unas hipótesis puede estribar en un solo texto, en otras se forma indispensablemente de varios.* Y es precisamente, tra-

tándose de este último evento, como se predica la necesidad de que, en el recurso extraordinario, la impugnación se haga sobre la base de la llamada "proposición jurídica completa", presupuesto que se echa menos en el presente caso.

IV

El pronunciamiento de reemplazo.

Las consideraciones de la Corte arriba consignadas y que sirven de motivación a la sentencia que ha de pronunciar como juzgador de instancia, al ser infirmada la del Tribunal, determinan, en el fallo de reemplazo, el declarar la excepción de contrato no cumplido en cuanto al de promesa de permuta de las fincas "Campoalegre" y "Balsora", en relación así con la demanda principal, como son la de reconvención; el no hacer, por lo tanto, las declaraciones y condenas pedidas en la demanda principal, ni las impetradas en las súplicas primera y segunda de la demanda de reconvención, y mantener la inhibitoria para decidir sobre las súplicas tercera principal y tercera subsidiaria de esta última demanda.

Y a fin de que la decisión del litigio tenga la conveniente unidad instrumental, la sentencia del Tribunal será casada en todas sus partes formalmente, para consignar, bajo un texto mismo, en la de reemplazo, todas las determinaciones que se dejan anunciadas.

Resolución.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de segunda instancia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, con fecha primero (1º) de agosto de mil novecientos sesenta y tres (1963), y, como juzgador de instancia, en su lugar,

Resuelve:

Primero. Revócase la sentencia de once (11) de julio de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida por el Juzgado Segundo (2º) Civil del Circuito de Armenia.

Segundo. Declárase probada la excepción de contrato no cumplido en cuanto al de promesa de permuta de las fincas de "Campoalegre" y de "Balsora" que las partes de este juicio celebraron mediante documento privado de veinte (20) de julio de mil novecientos sesenta (1960), en relación así con la demanda principal, como con la de reconvención.

Tercero. En consecuencia, no es el caso de hacer las declaraciones pedidas en la demanda principal, ni las impetradas en las súplicas primera (1ª) y segunda (2ª) de la demanda de reconvención.

Cuarto. Declárase inhibido el sentenciador para resolver sobre las peticiones tercera (3ª) principal y tercera (3ª) subsidiaria de la demanda de reconvención.

Sin costas a cargo de ninguna de las partes, ni en las instancias, ni en el recurso extraordinario.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al tribunal de origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández, Enrique J. González, Conjuez.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

ENAJENACION DE COSAS EMBARGADAS

Medios excepcionales de evitar que quede afectada del vicio de nulidad por objeto ilícito.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., noviembre 21 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava.*

Por la Escritura número 2713, otorgada en la Notaría Sexta de Bogotá el 2 de octubre de 1957, el señor Salvador Trinidad Bautista le transfirio, a título de venta, al señor Emilio Gómez Soler el derecho de dominio que tenía sobre una porción de terreno de una extensión aproximada de veinte fanegadas con siete mil quinientas (7.500) varas cuadradas, mejorada con casa de habitación, ubicada en la vereda de San José, jurisdicción del Municipio de Samacá y alindada como se indica en el citado instrumento público. En la cláusula tercera de la escritura se expresó que "el precio total de esta venta es la cantidad de setenta y cinco mil pesos ($ 75.000) moneda corriente, que el vendedor declara tener recibidos de manos del comprador en la siguiente forma: cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda corriente colombiana, que el vendedor deja en poder del comprador para cancelar un crédito hipotecario constituido a favor del señor Miguel A. Angarita; la cantidad de ocho mil pesos ($ 8.000.00) moneda corriente colombiana, que el vendedor deja en poder del comprador para cancelar en su oportunidad la deuda constituida en favor del señor José del Carmen Celis; la cantidad de trece mil pesos ($ 13.000.00) moneda corriente colombiana, que el vendedor deja en poder del comprador para cancelar una hipoteca que en la actualidad está reducida a la suma de trece mil pesos ($ 13.000.00) moneda corriente colombiana, en favor de la Caja Agraria; y el saldo, o sea la suma de cuarenta y nueve mil pesos ($ 49.000.00) moneda corriente, que el vendedor declara tener recibidos de manos del comprador en dinero efectivo y a su satisfacción. Los tres primeros gravámenes se subroga (sic) el comprador para cancelarlos en su debida oportunidad". En la cláusula cuarta se dijo que, con excepción de las hipotecas antes mencionadas, el inmueble vendido se hallaba libre de embargos, pleitos pendientes, condiciones resolutorias de su dominio, de arrendamientos constituidos por escritura pública y en general de todo gravamen, y en la cláusula quinta se estipuló que desde hoy hace el vendedor entrega real y material del inmueble vendido al comprador. Por su parte, el mismo comprador Gómez Soler manifestó aceptar la escritura de venta y se obligó a pagar oportunamente las deudas señaladas en la escritura.

A mediados de abril de 1959 el vendedor Salvador Trinidad demandó al comprador Emilio Gómez Soler ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Tunja para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran varias declaraciones, así:

"Primera. Que carece de mérito legal, no ha producido ni produce efecto alguno la compraventa de que trata la Escritura número 2713, de fecha 2 de octubre de 1957, de la Notaría Sexta del Circuito de Bogotá, por la cual Salvador Trinidad aparece vendiéndole y transfiriéndole a don Emilio Gómez Soler" el derecho de dominio sobre la porción de terreno ubicada en jurisdicción del Municipio de Samacá.

"Segunda. Que el demandado está obligado a indemnizar al demandante de todos los perjuicios que le ha causado usando de dicho aparente contrato e inverídica escritura, según se desprende de los hechos de esta demanda y pruebas que se aduzcan al respecto o en incidente de cumplimiento del fallo, y a restituir el inmueble ya especificado junto con sus accesorios y frutos naturales y civiles desde la fecha de dicha escritura hasta el día de la entrega y solución de las obligaciones a su cargo".

En subsidio de las súplicas anteriores pidió el actor que se "declare resuelto el contrato de compraventa a que se refiere la parte antecedente de este memorial y condene al demandado a resarcirle al demandante todos los perjuicios que le ha causado y le resulten por culpa del demandado mismo a términos de los fundamentales (sic) de esta demanda, y a restituir al demandante el inmueble especificado junto con sus frutos naturales y civiles que haya producido y produzca hasta el día de la entrega y solución completa de las obligaciones a cargo del mismo demandado".

Los hechos de la demanda expresan, en resumen, que cuando se extendió la Escritura número 2713, del 2 de octubre de 1957, el inmueble que fue objeto de la compraventa allí consignada se hallaba embargado desde hacía algún tiempo, estaba, por tanto, fuera del comercio y no podía ser vendido sin licencia de la autoridad competente; esa compraventa carece, por consiguiente, de valor legal. Además, es contrario a la verdad que tal inmueble estuviera libre de embargos y que el comprador hubiera pagado al vendedor, en dinero efectivo, la suma de $ 49.000.00, pues que no le hizo entrega de un cheque que le giró por esta cantidad, alegando dicho comprador que existía otro gravamen hipotecario a favor de la "Fundación Adolfo Jiménez". Fuera de esto, no han sido aún cubiertas las deudas que el mismo comprador se obligó a pagar, por todo lo cual "el contrato carece de valor legal y verdadero y constituye un gravísimo fraude a la ley y al patrimonio del vendedor demandante, imputables al demandado". Por otra parte, como el comprador, en lugar de cubrir las deudas mencionadas, se ha hecho subrogar como acreedor de Trinidad y ha puesto al frente de la explotación del inmueble a un tercero y dispuesto de sus productos, es claro que el citado comprador debe repararle al vendedor todos los perjuicios que le ha causado. La misma falta de pago de los $ 49.000.00 y de las deudas que el comprador se obligó a cubrir, determinan la acción subsidiaria de resolución del contrato.

El demandado se opuso a las pretensiones del actor y negó la mayoría de los hechos.

El primer grado del negocio se clausuró con el fallo de 8 de febrero de 1962, por el cual se denegaron las súplicas de la demanda y se condenó en costas al demandante.

La sentencia acusada.

Apelado por el propio actor el fallo de primera instancia y surtido el segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja profirió la sentencia de 27 de abril de 1963, por la cual se revocó la decisión apelada y en su lugar se dispuso:

"2º Declarar nulo el contrato de compraventa contenido en la Escritura pública número 2713 de fecha octubre 2 de 1957, otorgada en la Notaría Sexta de Bogotá, D. E., por medio de la cual el señor Salvador Trinidad vendió al señor Emilio Gómez Soler el derecho de dominio y posesión que tiene sobre un lote de terreno que forma parte de la finca denominada 'San José', ubicada en la vereda del mismo nombre de la jurisdicción de Samacá y determinado por los linderos especificados en la misma escritura, junto con la casa a que allí se hace alusión.

"3º Condenar al demandado, señor Emilio Gómez Soler, a la restitución, a favor del demandante, señor Salvador Trinidad, de todos los bienes vendidos por medio de la Escritura número 2713 de fecha ya indicada, lo cual se hará una vez que sea determinado el precio recibido por razón de la misma venta.

"4º Condénase al demandante a devolver al demandado el precio recibido por concepto del contrato de compraventa contenido en la referida escritura, tan pronto sea determinado en forma legal.

"5º Se entiende que los frutos civiles y naturales, a partir de la fecha de la escritura, se compensarán, en todo o en parte, según el caso, con los intereses devengados por el dinero entregado como precio y según lo que se demuestre.

"6º No se condena en perjuicios por no haberse demostrado legalmente.

"7º Ordénase la cancelación de la Escritura número 2713 de 2 de octubre de 1957 y su registro, ordenación ésta que debe comprender también el que se hizo a la tercera copia que aparece de autos y a que se refiere el señor apoderado de la parte demandante en el folio 9º vuelto del cuaderno número 4.

"8º Ordénase el registro de esta sentencia y la cancelación de la demanda, si la hubiere. El señor Juez *a quo* librará los despachos a que haya lugar.

"9º Condenar al demandado al pago de las costas de ambas instancias. Liquídense".

La motivación de esta sentencia recuerda que, según la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos que fue acompañada a la demanda, Salvador Trinidad le compró en agosto

de 1952 a José H. Ruiz el inmueble que es materia de esta litis; que posteriormente el mismo Trinidad constituyó sobre ese bien tres gravámenes hipotecarios, así: uno a favor del Banco Agrícola Hipotecario; otro a favor del doctor Miguel Angarita Garzón y el tercero en favor de la "Fundación Adolfo Jiménez", y que tales tres gravámenes se hallaban vigentes el seis de abril de 1959, fecha en que se expidió el certificado sobredicho. También anota que sobre el mismo inmueble se habían decretado tres embargos, uno el 15 de octubre de 1955, otro el 16 de diciembre del propio año y otro el 3 de septiembre de 1956, y que esos embargos estaban vigentes o sin cancelar el citado 6 de abril de 1959.

La Escritura número 2713, por la cual Trinidad le vendió el inmueble en referencia a Emilio Gómez Soler, fue otorgada el dos de octubre de 1957, pero la copia que de tal instrumento se adujo con la demanda carecía de la nota de registro. El fallo agrega en seguida:

"Al folio 5º del cuaderno número 5 se ve la Escritura número 2713, antes citada, con la nota de registro reproducido de acuerdo con lo ordenado en la segunda instancia.

"Observando las fechas correspondientes se concluye que la escritura fue registrada mucho después de la presentación de la demanda correspondiente a este juicio sin que aparezca orden de autoridad competente.

"Al folio 10 y siguiente del cuaderno número 5 se encuentran las copias de las providencias dictadas por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tunja y el honorable Tribunal, respectivamente, y por medio de las cuales se le negó al señor apoderado de la parte demandada el permiso que solicitaba al Juzgado para que se registraran unas escrituras, entre ellas la suscrita por el señor Salvador Trinidad a favor de Emilio Soler (sic).

"Del examen de estas fechas también se concluye que el registro de la citada escritura se verificó a los pocos meses de esta negativa y sin que aparezca la orden de la correspondiente autoridad. Tampoco aparece en autos la prueba que acredite el desembargo de los bienes".

La sentencia acomete luego el estudio de la primera súplica de la demanda, transcribe a este propósito los artículos 6º, 1502, 1521, 1740, 1741, 1742 y 1746 del Código Civil, reproduce también varios conceptos de doctrina y de jurisprudencia, cita algunas de las pruebas allegadas al juicio y concluye este examen sosteniendo que, cuando Trinidad vendió el inmueble a Gómez Soler, tal bien se hallaba embargado, que los embargos se encontraban vigentes y que, en consecuencia, ese contrato quedó afectado de nulidad absoluta por objeto ilícito, ya que ningún funcionario competente autorizó la inscripción del mismo contrato.

Analiza la segunda petición principal de la demanda y expresa que el actor no demostró los perjuicios cuyo resarcimiento solicita, pero que sí debe ordenarse la restitución de lo vendido como consecuencia de la declaración de nulidad de la compraventa.

Se refiere también al pedimento subsidiario sobre resolución del contrato por falta del pago del precio y dice que el demandante, Trinidad, reconoció en la escritura haber recibido $ 49.000 en dinero efectivo y que no ha demostrado lo contrario. Fuera de lo cual admitió en posiciones que varias de las deudas que el demandado se obligó a pagar fueron "recogidas" por el señor Jorge Espitia, o sea que éste se subrogó en los créditos respectivos. Con base en estas reflexiones sostiene el fallo que no puede acogerse la súplica sobre resolución de la compraventa por no aparecer comprobada la falta de pago del precio.

El recurso de casación.

La parte demandada recurrió en casación y con respaldo en la causal primera, formula contra la sentencia de segundo grado tres cargos, de los cuales la Corte se limita a exponer y examinar uno de ellos por encontrarlo justificado y susceptible de prosperar. Se advierte, además, que la parte opositora replicó la demanda respectiva.

El cargo se hace consistir en la violación indirecta, por falta de aplicación, de varios preceptos del Código Civil, entre ellos los artículos 1521, 1523, 1740, 1741 y 1746, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Como normas probatorias quebrantadas se señalan los artículos 1757, 1758, 1759 y 2640 del Código Civil, 593, 632 y 635 del Código Judicial.

En sustentación de este motivo dice el recurso que la sentencia infringió el ordinal tercero del artículo 1521 del Código Civil, a causa de no haber tenido en cuenta la prueba que demuestra que el acreedor en los juicios contra Salvador Trinidad consintió en la enajenación del inmueble vendido por el mismo Trinidad al señor Emilio Gómez Soler.

"En la primera instancia del juicio —afirma el recurso— no se produjo prueba alguna sobre

el registro de la Escritura número 2713 de 2 de octubre de 1957, de la Notaría Sexta de Bogotá, que contiene la venta materia de este juicio.

"Aparece sí que los créditos a cargo de Salvador Trinidad habían sido pagados por el señor don Jorge Espitia, quien se subrogó en calidad de acreedor. Sobre dichos pagos, hecho por el señor Espitia y la subrogación consiguiente, aparece la plena prueba consistente en las posiciones absueltas por el demandante, señor Salvador Trinidad, y que obran a los folios 2º vuelto a 6 del cuaderno número 6".

Continúa el recurso anotando que, en efecto, el actor Trinidad reconoció en posiciones que los créditos de la Caja Agraria y del doctor Miguel Angarita, fueron recogidos por el señor Jorge Espitia, y que, además, en la sentencia de primer grado se dice que es de lamentar que, no obstante haber sido pedida y decretada, no se hubiera traído la prueba de que el mismo Espitia se había subrogado en todos los créditos contra Trinidad, pero que el juez así lo podía certificar.

Hace alusión al hecho de que tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal denegaron el pedimento del acreedor Espitia de que se autorizara la inscripción de la Escritura número 2713 y agrega: "Tanto el Juzgado del conocimiento y el honorable Tribunal de Tunja, cuando conocieron de la petición de permiso para registrar la escritura de venta, como el mismo Tribunal en la sentencia demandada, confunden los dos eventos que, según el artículo 1521, ordinal 3º del Código Civil, permiten que se efectúe la enajenación de los bienes embargados, a saber: el permiso del juez y el consentimiento del acreedor. Estos son dos requisitos distintos, cualquiera de los cuales deja perfecta la operación. En el párrafo transcrito el Tribunal se limita a expresar que no hubo licencia de la autoridad, ni desembargo; pero pasa por alto la prueba que obra en el expediente de que el registro se hizo con el consentimiento del acreedor. Fue, precisamente, por ese consentimiento, que el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Tunja inscribió en el registro la escritura de venta cuya nulidad se pide en este juicio".

El recurso transcribe a continuación las notas de registro que figuran al pie de la primera y de la tercera copia de la Escritura número 2713 y la constancia en que el Registrador expresa que este instrumento se inscribió a solicitud del acreedor, señor Jorge Espitia Vargas, dice que tales notas y constancia son documentos públicos que constituyen plena prueba y añade: "Esta prueba es fundamental en el proceso, porque demuestra que el acreedor consintió en la enajenación del inmueble embargado. Dicha prueba no fue tenida en cuenta por el honorable Tribunal Superior del Distrito de Tunja al proferir la sentencia acusada. Al desconocer el valor de dicho instrumento público, violó las normas que regulan la prueba y cometió un claro error de derecho. Igualmente, incurrió en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, pues es evidente que no tuvo para nada en cuenta la autorización concedida por el acreedor para el registro de la escritura. Ni siquiera se refiere a él la sentencia, la cual se limitó a expresar que no aparece autorización del juez ni levantamiento del embargo.

"Resulta inexplicable la actitud del Juzgado del conocimiento y del Tribunal de Tunja, en las diligencias que obran a folios 11 a 16 del cuaderno número 5, pues el registro de una venta autorizada por el acreedor no podía denegarse por las autoridades. El vendedor no podía oponerse a ese registro, porque con él cumplía la obligación contractual que había asumido de hacer tradición del inmueble al comprador. Y las autoridades judiciales no podían tampoco negar la autorización, a pretexto de que el demandante se oponía a ella. El consentimiento del demandante se encontraba dado en la escritura de venta, otorgada por él, y no podía retractarse de tal consentimiento. Menos podía hacerlo cuando había vendido a sabiendas de que el inmueble estaba embargado.

"Lo que ocurría, pero ello no lo dijeron el Juzgado ni el Tribunal, es que la autorización del Juez no era necesaria en ese caso. El artículo 1521, para validar la enajenación, exige uno de dos requisitos, a saber: o que el Juez la autorice, como ocurre por ejemplo cuando se rematan los bienes embargados, o que el acreedor consienta en el registro. Los dos casos son distintos. Cuando el Juzgado autoriza la enajenación, no requiere para ello consentimiento del acreedor ni del deudor. Cuando el acreedor consiente en el registro y en la consiguiente enajenación, no se necesita autorización judicial, ni muchísimo menos del deudor que enajenó la cosa embargada".

La demanda de casación se extiende en otras consideraciones relacionadas con el efecto retroactivo de la inscripción de un acto jurídico. Recuerda que en este caso el registro de la Escritura número 2713 de 1957 se llevó a cabo con posterioridad a la presentación del libelo que dio origen el litigio presente, pero arguye que esa inscripción produce efecto retroactivo, es decir, que "su efecto se retrotrae a la fecha de la escritura y, consecuencialmente, debe entenderse que cuando ésta se otorgó no estaba vigente el

embargo. Así, debe concluirse, que la autorización del acreedor para el registro y la enajenación, equivale a su autorización para que se celebrara el contrato de venta, si ésta requiriera, en gracia de discusión, el consentimiento del acreedor''.

El recurso concluye así la exposición del cargo: ''Los errores de hecho y de derecho consistentes en no apreciar las pruebas que demostraban que el señor Jorge Espitia Vargas era acreedor, por haber pagado los créditos y haberse subrogado en ellos, y que había autorizado el registro y consentido en la enajenación del inmueble, llevaron al Tribunal de Tunja a la violación indirecta del artículo 1521, pues no aplicó la excepción consagrada en su numeral 3º respecto del consentimiento del acreedor, y de las demás normas sustantivas citadas, relativas al contrato de compraventa y al efecto de las obligaciones, por haber anulado un contrato de compraventa que era perfectamente válido''.

Consideraciones de la Corte

El artículo 1521 del Código Civil prescribe en su ordinal tercero que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez la autorice o el acreedor consienta en ella, y el artículo 1741 ibídem establece que es absoluta la nulidad producida por un objeto o causa ilícita.

De acuerdo con la primera de estas disposiciones, es evidente que hay dos medios excepcionales de evitar que la enajenación de una cosa sujeta a embargo judicial quede afectada del vicio de nulidad por objeto ilícito. Uno de esos medios consiste en que el Juez competente autorice la enajenación. El segundo medio radica en que el acreedor beneficiario de la medida del embargo consienta en dicha enajenación. Estos dos medios son diferentes e inconfundibles y no necesitan combinarse ni complementarse recíprocamente. En los casos previstos por la ley, el Juez puede autorizar la enajenación sin necesidad de consultarle al acreedor que se beneficia con el embargo. De igual modo, también el acreedor puede consentir en la enajenación sin pedir la venia o licencia previa del Juez. ''De conformidad con el artículo 1521 del Código Civil —ha dicho la Corte— hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial y en tal caso al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados le está prohibido por el artículo 43 de la Ley 57 de 1887, registrar escritura alguna contentiva de actos dispositivos de esas cosas, a menos que el Juez lo autorice o que el acreedor consienta en ello. Cualquiera de estas ocurrencias, la autorización judicial o el consentimiento del acreedor, limpia de ilicitud el objeto y deja sin base la consiguiente nulidad del acto de disposición del deudor'' (LXIV - 2060, 65).

También ha expresado la Corte que el consentimiento del acreedor puede ser expreso o tácito y darse con posterioridad al acto de enajenación y que, como la ley no exige ninguna solemnidad para expresarlo, es susceptible de ser demostrado por cualquier medio probatorio (LV - 1966, 245).

En el caso presente el señor Salvador Trinidad le vendió a Emilio Gómez Soler el predio especificado en la Escritura número 2713 cuando tal fundo se hallaba sometido a un embargo judicial; por este motivo el Registrador se abstuvo de inscribir ese instrumento. Más tarde el vendedor Trinidad demandó la declaración de nulidad de ese contrato de compraventa, alegando que en él hubo objeto ilícito, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 1521 del Código Civil. Posteriormente y cuando este juicio de invalidez había sido ya decidido en primer grado, en forma desfavorable al demandante, el acreedor o titular de los créditos que dieron lugar al embargo, señor Jorge Espitia Vargas, pidió al Juez del conocimiento que ordenara la inscripción de la sobredicha escritura de venta, pero tanto ese funcionario como el Tribunal denegaron la autorización con el argumento de que a ella se oponía el actual demandante, señor Trinidad. Ante esta situación, el propio acreedor Espitia elevó un memorial al Registrador para manifestarle que autorizaba y solicitaba la inscripción de la escritura en referencia. Con respaldo en esta manifestación, el nombrado Registrador procedió a inscribir ese instrumento, lo que hizo antes de ser proferida en este juicio la sentencia de segundo grado que es objeto del recurso de casación.

Impetrada por el acreedor Espitia la orden de registrar la escritura de venta, no podía el Juez denegar su autorización con el pretexto de que el señor Trinidad se oponía a la inscripción. Este señor fue el vendedor del inmueble, celebró la compraventa cuando tal bien se hallaba sujeto a un embargo y estaba obligado a hacer tradición del mismo inmueble al comprador, de manera que no podía oponerse al registro de la escritura. El Juez debió, pues, dar la orden de inscripción, como la solicitó al acreedor. Sin embargo, denegada esa orden, el mismo acreedor acudió al Registrador y lo autorizó para que registrara la escritura, haciendo uso de la facultad que le reconoce el ordinal tercero del artículo 1521 del Código Civil. Con esta autorización el

Registrador inscribió el instrumento y de ese modo se evitó que la enajenación del inmueble quedara afectada de nulidad por objeto ilícito. Por donde se ve que en este caso no se produjo en realidad la invalidez que alega la parte demandante.

Es verdad que, como lo anota la parte opositora, la inscripción de la escritura de venta se hizo *inter mora litis,* pero no es menos exacto que ese registro se llevó a cabo en razón del consentimiento del acreedor Espitia, esto es, de persona que no es parte en esta litis, sino un tercero ajeno a ella, y precisamente de quien podía en cualquier momento consentir en la enajenación y evitar que quedara viciada de nulidad. El principio *lite pendente nihil innoventur* obliga a las partes litigantes, pero no afecta a terceros, como lo es aquí el mentado acreedor Espitia. Además, consentida por éste la enajenación del inmueble embargado e inscrita por lo mismo legalmente la escritura de venta, los efectos de ese registro se retrotrajeron entre las partes contratantes y también contendientes al día en que se ajustó la convención de compraventa. Lo cual confirma lo ya dicho, o sea que no se produjo el vicio de nulidad que se alegó en la demanda.

Estos razonamientos llevan a la conclusión de que, en verdad, la sentencia acusada incurrió en un error de hecho consistente en no haber visto la prueba que demuestra que el acreedor Jorge Espitia consintió en la enajenación del inmueble en referencia al autorizar el registro de la escritura de venta y que a consecuencia de tal yerro la misma sentencia, quebrantó el artículo 1521 del Código Civil al deducir que dicha enajenación quedó viciada de nulidad por objeto ilícito y al decretar esa nulidad. Por tanto, ese fallo debe ser infirmado para el efecto de sustituirlo por la correspondiente decisión de instancia.

Sentencia de instancia.

Aclarado y establecido que, en el caso de este litigio, no se produjo la nulidad cuya declaración se pide en la demanda, fuerza es concluir que tampoco procede acoger la súplica sobre restitución del inmueble enajenado y menos la de reparación de perjuicios que se invocan en el mismo libelo.

Y en cuanto al pedimiento subsidiario sobre resolución de la compraventa por falta de pago del precio, sucede que el demandante Trinidad declaró en la escritura haber recibido del comprador la cantidad de $ 49.000.00 en dinero efectivo y que el resto del precio lo dejaba en manos del mismo Gómez Soler para que éste cubriera los créditos mencionados en el instrumento aludido. El actor no ha desvirtuado la fuerza demostrativa que a esta declaración suya le asigna el artículo 1759 del Código Civil ni comprobado que ella fuera simulada. Además, el juicio arroja prueba de que las deudas que el mentado Gómez Soler se obligó a cubrir, fueron solucionadas por el señor Jorge Espitia Vargas y que se extinguieron por confusión al comprar éste al propio Gómez Soler el inmueble que es objeto de esta litis y al subrogarse en los créditos respectivos. Por donde se ve que no puede prosperar la sobredicha acción resolutoria por la supuesta falta de pago del precio del inmueble en referencia.

Resolución.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de veintisiete de abril de mil novecientos sesenta y tres, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en este juicio sobre nulidad de un contrato propuesto por Salvador Trinidad contra Emilio Gómez Soler, y en su lugar,

Resuelve:

Primero. Confírmase en todas sus partes la sentencia absolutoria de primer grado, de fecha ocho de febrero de mil novecientos sesenta y dos, dictada en este mismo negocio por el Juez Segundo Civil del Circuito de Tunja.

Segundo. Se condena a la parte demandante a pagar las costas de la segunda instancia.

Tercero. Sin costas en el recurso de casación.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Guillermo Ospina Fernández, Enrique López de la Pava.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

SOCIEDAD DE HECHO

Intervención oficiosa del Juez en el examen de los presupuestos procesales. Contra sentencia inhibitoria no puede alegarse incongruencia. Pruebas del estado civil. La calidad de heredero puede probarse también con la copia del reconocimiento hecho en el de sucesión.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, noviembre 22 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse.*

Leonor Julia Bastos hablando en su carácter de heredera de Eufrosina Bastos citó en juicio ordinario a Alejandro Ramírez, mayor y vecino del Municipio de Nariño (Cundinamarca) para que la jurisdicción hiciera las siguientes declaraciones:

Que entre Eufrosina Bastos y el demandado existió una sociedad de hecho que tuvo por asiento principal de sus negocios el referido municipio; que dicha sociedad adquirió bienes raíces y otra clase de bienes "en el ejercicio de sus actividades que fueron realizadas por los dos socios de hecho; que está disuelta dicha sociedad de hecho y por tanto debe procederse a su liquidación de acuerdo con las leyes que rigen la materia, para que se entregue a cada uno de los dos socios lo que le quepa en esa liquidación, advirtiendo que los bienes que le pertenecen a Eufrosina Bastos ingresaron a la sucesión ilíquida de ésta". Se pidió además, la condenación en costas.

Como hechos básicos de la acción fueron expuestos los siguientes:

"Primero. En el año de 1920 Eufrosina Bastos y Alejandro Ramírez se unieron con el fin de constituir una sociedad de hecho para la realización de actos de comercio en todas sus actividades como compra de ganados, expendio público de carnes, compra de tierras, compra y venta de abarrotes y víveres, etc.

"Segundo. Cuando los nombrados Eufrosina y Alejandro hicieron la sociedad de hecho ninguno de los dos socios tenía bienes de fortuna de ninguna naturaleza.

"Tercero. Por el esfuerzo intelectual y material de los dos socios, la sociedad hizo negocios con buen éxito, hasta el punto de adquirir bienes raíces, semovientes, y otros, que vinieron a constituir, al través de los años, un patrimonio respetable.

"Cuarto. Eufrosina Bastos intervino, decidida y eficazmente, y de manera permanente en esos negocios, atendiendo a la tienda de víveres y abarrotes situada en la población de Nariño, entregada al negocio de la modistería, atendiendo a la matanza y expendio de carnes, e interviniendo en todos los negocios".

El Juzgado Civil del Circuito de Girardot desató el litigio en la siguiente forma:

"1º Que entre Eufrosina Bastos y el demandado Alejandro Ramírez, existió una sociedad de hecho que tuvo por asiento principal de sus negocios el Municipio de Nariño.

"2º Que dicha sociedad adquirió bienes raíces y otra clase de bienes, en el ejercicio de sus actividades que fueron realizadas por los dos socios de hecho.

"3º No es el caso de hacer declaración alguna sobre qué clase de bienes y cuáles forman parte de la sociedad de hecho, ya que simplemente se pidió la existencia y disolución de la misma.

"4º Declárese disuelta la sociedad de hecho, cuya declaración de existencia se ha invocado, y, en consecuencia, procédase a su liquidación, teniendo en cuenta las reglas legales que sobre el particular rigen la materia, advirtiendo, que los posibles bienes que puedan pertenecer a Eufrosina Bastos, ingresarían a la sucesión ilíquida de ésta, una vez se demuestre la existencia de bienes en el patrimonio de la sociedad de hecho, ya que no habiéndose hecho declaración alguna

al respecto, carecería de objeto la liquidación por sustracción de materia''.

La parte demandada apeló de la sentencia para ante el Tribunal Superior de Bogotá, que en el fallo objeto de la casación ''revoca la sentencia recurrida, y en su lugar se declara inhibido para pronunciarse sobre el fondo del asunto''.

Fundamentos de la providencia del Tribunal

El fallador de segundo grado hace un examen sobre los presupuestos procesales para llegar a la conclusión de que falta el presupuesto procesal de capacidad para ser parte en la demandante y apoya su motivación en el hecho de que ''la parte demandante adujo con la demanda una copia del auto de fecha 26 de agosto de 1958, proferido por el Juez Civil del Circuito de Girardot, por medio del cual declaró abierta la sucesión intestada de Eufrosina Bastos, y reconoció a la señora Leonor Julia Bastos como interesada en ese juicio en su calidad de hija natural''. Y agrega el Tribunal:

''Pero a pesar de lo anterior, se tiene que dicha prueba, por carecer de una formalidad indispensable para su validez, no acredita el hecho que por medio de ella se pretende demostrar, o sea que Leonor Julia Bastos, sea heredera y representante de la sucesión de Eufrosina Bastos. En efecto: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 632 del Código Judicial, hacen plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos, los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones, las copias de tales documentos expedidas formalmente y autorizadas por los secretarios o empleados encargados de los archivos. A términos del artículo 327 ibídem, 'por regla general ninguna resolución produce efecto antes de haberse notificado legalmente a las partes...' De acuerdo con los anteriores principios se impone deducir que como en la copia del referido auto de 26 de agosto de 1958 no aparece la constancia de su notificación, esa resolución no puede producir ningún efecto en el presente juicio, ni constituye plena prueba por faltarle esa formalidad ...''

Estima el Tribunal que ''la declaración de inhibición sólo conlleva la preclusión del proceso, pero no produce los efectos de cosa juzgada sustancial''.

El recurso extraordinario

El censor luego de hacer una síntesis de los antecedentes del negocio, acusa la sentencia con apoyo en las causales primera y segunda de las señaladas en el artículo 52 del Decreto-ley número 528 de 1964.

En la causal segunda que se entra a estudiar primeramente por un desarrollo lógico de los cargos, manifiesta el censor que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones del actor porque ''el Tribunal no desató ni decidió en el fondo la litis habiéndolo podido hacer puesto que tenía la capacidad legal para hacerlo, si no se hubiera apartado de la norma del artículo 481 del Código Judicial. La inhibición que contiene el fallo va directamente contra la situación jurídica favorable que creó la sentencia del Juez del Circuito de Girardot, a favor de la actora, creó una nueva situación jurídica a favor de la parte demandada con la revocación de la sentencia del inferior, lo cual constituye una flagrante incongruencia de graves repercusiones para las pretensiones de la acción''. Y agrega:

''... El juzgador al estudiar un negocio cualquiera que sea y haya de reformar o revocar una sentencia del inferior por no estar ajustada a las leyes, ya sea en cuanto al procedimiento, ya en cuanto a la apreciación de pruebas o la aplicación del derecho, dictará el fallo de modo que en este se resuelva el punto y no tenga que volver a decidir o iniciar de nuevo la acción''.

La Corte considera:

La declaración de inhibición que hace el fallador para no decidir en el fondo del negocio por falta de un presupuesto procesal, no dice relación principalmente al interés privado de las partes, sino que toca con exigencias previas que oficiosamente se deben decidir porque la relación jurídico procesal ''pertenece al derecho público, ya que se funda en normas que regulan la función jurisdiccional del Estado'' (Gaceta Judicial, Tomo LXXVIII, agosto 19 de 1954, página 346).

El caso que motiva el ataque fundado en el numeral 2º del artículo 5º del Decreto 528 de 1964, carece de fundamento en forma notoria, porque el Tribunal no pronunció sentencia de mérito y en tal evento ''no es posible alegar incongruencia que supone haberse resuelto sobre puntos ajenos a la controversia o no haberse resuelto sobre algunos de los que han sido objeto del litigio; sí porque se condenó a más de lo pedido o por fin, porque no se falló sobre algunas de las excepciones oportunamente alegadas como medio defensivo''. La sentencia inhibitoria produce solamente una sentencia formal cuyo objeto es afirmar que no concurren los pre-

supuestos procesales adecuados para resolver sobre el fondo litigioso; y por lo tanto, no puede sostenerse que ella cause incongruencia, contradicción o desarmonía entre lo que es objeto de la sentencia y la sentencia misma, porque no se ha producido fallo de mérito (Gaceta Judicial, Tomo CX, números 2210 y 2211, página 337, abril 22 de 1959).

El cargo es inane.

Causal primera - Primer motivo

Se acusa la sentencia por error de derecho en la apreciación de la prueba, error que incidió en la violación indirecta de los artículos 346, 1008, 1011, 1155 y 1757 del Código Civil y 207, 593 y 632 del Código Judicial.

Entre las varias consideraciones que hace el censor para fundamentar el cargo manifiesta que "el Tribunal sostiene que el auto de declaratoria de heredera dictado a favor de Leonor Julia Bastos en el juicio de sucesión de su madre Eufrosina Bastos, no es suficiente prueba para demostrar la calidad de representante de esa sucesión por no llevar el comprobante de la notificación, tesis que ampara en el artículo 327 del Código Judicial. El Tribunal al rechazar el auto de declaratoria de heredera presentado en copia auténtica con la demanda que dio principio a este litigio, incurre en error de derecho, y por lo mismo viola las disposiciones sustanciales y adjetivas que a continuación se citan: el artículo 1758 del Código Judicial, define qué es instrumento auténtico, o sea el autorizado con las formalidades por el competente funcionario, vale decir, que a este le otorgue (sic) la ley facultad suficiente para abonar ese instrumento, que éste se haya producido con las formalidades legales. El auto de reconocimiento de heredero, tiene la denominación legal del juzgado, la fecha en que se dictó, el contenido de lo que dispuso, la firma del juez y su secretario, todo en la forma como lo preceptúa el artículo 469 del Código Judicial"; que ese auto tiene la calidad de instrumento auténtico, "porque procede de un juzgado que conoce la causa mortuoria de Eufrosina Bastos" y que ese auto se llevó en copia auténtica con la demanda ordinaria por la facultad que confiere el artículo 207 del Código Judicial. Y agrega: que "en el caso de autos la parte demandada aceptó que la actora era hija natural de Eufrosina Bastos y desde luego admitió como auténtica la copia del referido auto, y aun cuando el estado civil de los individuos no se prueba con la confesión, es muy importante tener en cuenta este hecho que el Tribunal no observó. El auto de reconocimiento de heredero, por sí solo, es la prueba del estado civil de Leonor Julia Bastos, quien aceptó la herencia en un acto de tramitación judicial, y por lo mismo es suficiente prueba de su personería para promover esta acción y todas las demás que quiere ejercer a nombre de la sucesión de su madre ... e infringe el Tribunal las disposiciones adjetivas citadas porque desconoce la calidad de instrumento auténtico que tiene el auto de declaratoria de heredera y no le dio el valor de plena prueba, por falta de una notificación que no es necesaria. Se infringieron, pues los artículos 1758 y 632 del Código Judicial".

La Corte considera:

El artículo 632 que el censor señala como infringido por la sentencia, reza:

"Hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos: los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones; las copias de tales documentos expedidas formalmente y autorizadas por los secretarios o empleados encargados de los archivos ..."

Y el 1758 del Código Civil, declara que es instrumento público o auténtico el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. No se puede negar la calidad de documento auténtico a la copia del auto proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Girardot, el 26 de agosto de 1958, por medio del cual se declaró abierta la sucesión intestada de Eufrosina Bastos, y entre otras declaraciones de rito, se reconoció a Leonor Julia Bastos "como interesada en este juicio en su calidad de hija natural de la causante, y quien acepta la herencia con beneficio de inventario", copia que fue acompañada a la demanda sobre que versa el presente juicio contra el señor Alejandro Ramírez, en uso de la facultad concedida por el artículo 207 del Código Judicial en el que se establece que el demandante puede presentar con la demanda los documentos que en ella cita para fundar su intención, "los que se estimen sin más requisitos al dictar la sentencia".

Para demostrar el estado civil de las personas es preciso allegar copia auténtica de las partidas de origen eclesiástico o civil, según el caso o la prueba supletoria correspondiente, y en tratándose del juicio de sucesión, la copia del auto en que se haga el respectivo reconocimiento de heredero, como así lo ha aceptado la uniforme jurisprudencia de la Corte al respecto. De consiguiente, la copia del auto proferido por el Juz-

gado del Circuito a que se ha hecho referencia tiene el carácter de documento auténtico, y por su contenido hace presumir que para proferirlo fue acompañada copia auténtica de la partida de nacimiento de Eufrosina Bastos, cuando por otra parte, tal carácter de hija natural fue aceptado por el demandado al contestar el hecho quinto de la demanda.

El Tribunal fundamenta la inhibición de manera especial en lo dispuesto por el artículo 327 del Código Judicial que reza: Por regla general ninguna resolución produce efecto antes de haberse notificado legalmente a las partes y estima que tal notificación es requisito previo para el cumplimiento de las resoluciones judiciales y que como en la copia del referido auto de 26 de agosto de 1958 no aparece la constancia de su notificación, esa resolución no puede producir ningún efecto en el presente juicio, ni constituye plena prueba por faltarle esa formalidad.

La apreciación del Tribunal en este aspecto la considera errada la Corte, porque *el juicio de sucesión es de simple jurisdicción voluntaria, en donde no existen más partes sino los mismos herederos, cuyo reconocimiento como tales, se hace sin perjuicio de los intereses de terceros; el Síndico Recaudador de Impuestos de Sucesiones y Donaciones no interviene en el juicio sino únicamente para efectos fiscales. No era necesario, por consiguiente, como lo sostiene el fallador, que se hubiere traído copia de la diligencia de notificación del mencionado auto, tanto más cuando la parte interesada en la declaración de heredero se dio por notificada del auto cuando solicitó la copia del mismo.*

De ello se deduce que el Tribunal erró al no darle a la copia auténtica del auto en que se reconoció a Leonor Julia Bastos como interesada en el juicio de sucesión de Eufrosina Bastos, en su calidad de hija natural, el carácter de documento auténtico con valor de plena prueba, como lo dispone el artículo 632 del Código Judicial, incurriendo con ello en un yerro de valoración probatoria que lo indujo a violar por vía indirecta el artículo 1155 del Código Civil, citado por el recurrente, en cuanto le desconoció a Leonor Julia Bastos su carácter de heredera con derecho de representar a su madre natural en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

Quiere decir lo antes dicho, que el cargo prospera, porque de acuerdo con lo examinado, sí existe en el juicio el presupuesto procesal de capacidad para ser parte en relación con la demandante y, en consecuencia, carece de fundamento la inhibición en que supuso estar el Tribunal para proferir sentencia de mérito. Prosperando esta censura no hay lugar a examinar la contenida en el segundo motivo de la causal primera en que el censor ataca el fallo por error de hecho en la apreciación de la prueba antes anotada.

Hallando la Corte justificada la causal alegada, sería del caso infirmar la sentencia recurrida pronunciando la correspondiente de fondo, si no tuviera que abstenerse de hacerlo por la siguiente consideración:

En efecto, se han examinado tanto la demanda con que se inició el juicio como la sentencia favorable al recurrente, proferida por el juez *a quo* tomando en consideración los diversos elementos probatorios allegados al debate; pero podría suceder que la Corte al fallar como juzgador de instancia llegase a una conclusión distinta de lo resuelto por el *a quo,* perjudicando en alguna forma los derechos o intereses de la parte recurrente y en tal evento se llegaría a la violación del artículo 494 del Código Judicial que prohíbe la *reformatio in pejus,* norma de carácter sustantivo que establece "para el apelante el derecho a que, 'si no triunfa en el recurso por lo menos se deje intacto el pronunciamiento recurrido, sin imponerle una desventaja mayor de la que de éste resulta' " (*Gaceta Judicial,* Tomo CVI, página 69, número 2271 de 7 de febrero de 1964).

Se rechaza el cargo.

Decisión:

En mérito de lo que se deja expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha nueve (9) de abril de mil novecientos sesenta y cinco (1965), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por la sucesión de Eufrosina Bastos contra Alejandro Ramírez.

Sin costas por la rectificación doctrinaria hecha al Tribunal.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

CASACION - COSTAS

Idoneidad de la demanda de casación y su calificación previa. Deber del recurrente de señalar el derecho cuestionado, la norma de donde proviene y la realidad de su quebranto. El pronunciamiento de costas a cargo de un litigante no es susceptible de ataque en casación tomado en sí, ajeno a la decisión de mérito a que él accede. Evolución de la doctrina en esta materia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, noviembre 27 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa.*

1. En el Juzgado Civil del Circuito de La Mesa, María Isabel Ruiz y Elías Ruiz, representado éste por su madre María Concepción Ruiz, iniciaron juicio ordinario frente a Hipólito y Dolores Moreno y Matilde Galindo, menores representados por su madre María Chiquinquirá Moreno D., en su condición de herederos de Luis Ignacio Galindo Caballero, como hijos naturales de él, para que se declare que los primeros son hijos naturales del de *cujus,* con derecho a sucederlo en concurrencia con los demandados, quienes al ser vencidos habrán de reintegrar la herencia ocupada por ellos.

El juzgado acogió las súplicas del libelo y condenó en costas a la parte demandada que se había opuesto. El Tribunal de Girardot que conoció de la apelación que ésta interpuso contra tal proveimiento, lo confirmó en sentencia de abril 21 del año en curso, con costas a cargo de los mismos litigantes, que recurrieron en casación y formularon la demanda que cumple ahora calificar.

2. Propónense allí dos cargos:

El primero sustenta la tesis de que en los juicios de filiación natural debe citarse y tenerse como parte al Ministerio Público, para lo cual no es óbice la falta de precepto legal que tal medida ordene, cosa que no aconteció en el proceso objeto del estudio. De ahí su reproche al fallo de mérito que desestimó tal defensa oportunamente deducida, y la tentativa de estructurar acusación por quebranto directo de los artículos 143 de la Constitución Nacional y 243 de la Ley 4ª de 1943 (sic) (Código Político y Municipal), por desconocimiento del derecho de la parte demandada a que no se hiciera la declaración de estado que se impetró por sus contendores, deducido del artículo 472 del Código Judicial.

El segundo contiene ataque por errónea e indebida aplicación del artículo 575 del Código Judicial en cuanto a la confirmación que el Tribunal hizo de la condena en costas pronunciada por el *a quo,* que el recurrente tilda de ilegal e injusta, dado que se le gravó por el sólo hecho de ser demandado, no obstante no haberse opuesto ni intentado excepciones o incidentes que pudieran mover a calificación de su conducta como maliciosa o temeraria, de lo que deduce la violación enunciada, pues que tal condena, según él no procede sino en caso de culpabilidad del vencido.

3. *Considera la Corte:*

I. *Establecida la casación civil como medio de impugnar las sentencias de segundo grado violatorias de los derechos subjetivos hechos valer por las partes en sus pretensiones, a objeto de preservar el recto empleo de las normas sustantivas y proveer a la unificación del trato de las relaciones particulares y del entendimiento de aquéllas, la ley es pertinaz en la estricta fijación de los requisitos de pertinencia, oportunidad y sustentación del recurso, en orden a asegurar la cumplida eficacia de la tarea de la Corte, entre cuyos presupuestos se destaca en primer término la idoneidad de la demanda que*

al efecto ha de presentarse como punto de partida ineludible de toda consideración.

En tal sentido se advierte una firme evolución normativa encaminada a la mejor configuración científica del recurso, tanto en el señalamiento de los motivos que dan lugar a la ruptura del fallo de instancia, como en las exigencias a quien la impetra de sustentar y demostrar su acusación: el artículo 41 de la Ley 61 de 1886 prescribió designación de la causal o causales invocadas y exposición de las razones porque estima el interesado se incurrió en ellas; el artículo 377 de la Ley 105 de 1890 previno a la parte recurrente para que designara la causal fundamento de la interposición del recurso, con deber de señalar con claridad y precisión las razones porque estima haberse incurrido en la designada, y contempló la declaración de desierto el recurso en caso de omisión de tal deber; el artículo 484 de la Ley 103 de 1923 estableció que el recurrente debía expresar la causal o causales en que se apoya el recurso, determinando en su caso la ley infringida y el concepto en que lo haya sido, carga cuyo incumplimiento se tomaba como desistencia; el artículo 531 de la Ley 105 de 1931 dispuso que "la demanda de casación debe expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella, con cita de los textos legales que se estimen infringidos"; y, por último, el Decreto-ley 528 de 1964, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 27 de 1963, estatuye en su artículo 63 que la demanda debe "expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas".

Cuanto a las causales alegables, apréciase la insistencia en el quebranto directo o indirecto de las normas que plasman los derechos objeto de la litis y en la fractura mayúscula de aquellos trámites que protegen la vocación individual a una providencia regularmente adoptada (Ley 61 de 1886, artículo 38; Ley 105 de 1890, artículo 369; Ley 169 de 1896, artículo 1º; Ley 103 de 1923, artículo 479, ordinal 5º; Ley 105 de 1931, artículo 520), como motivos fundamentales de casación, hasta llegar al catálogo expuesto en el artículo 52 del citado Decreto 528 de 1964.

Y, en lo atañadero a las atribuciones de la Corte para la orientación del trámite de la impugnación, en punto a sopesar oportunamente el mérito de los cargos, la misma norma, en su artículo 65, vino a imponer a aquélla la función de calificar la demanda en cuanto a su viabilidad para estudio de fondo, con el correlativo mandato de declarar desierto el recurso al no reunir las condiciones prevenidas en el artículo 63, con miras a ahorro de trámites inoficiosos y rechazo de planteamientos que en su descarrío se denuncian inmediatamente procastinatorios e improcedentes; todo dentro de una orientación necesariamente formal, como corresponde a una técnica precisa, científica, experimental y lógica a la vez, que atiende a hacer efectivo el debido respeto a los proveimientos jurisdiccionales, que han de suponerse regulares y acertados, surtidos como se hallan ya para entonces los medios de gravamen que se ofrecen en garantía de los intereses particulares, cuyo agravio singularizado y cierto es la única razón de cambio de lo ya dispuesto.

II. Aducida aquí en ambos cargos la causal primera: "Ser la sentencia violatoria de ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea", el recurrente, cuanto al primero declara encontrarse ante la ausencia de disposición que configure un derecho a su favor, hollado por el Tribunal, y busca apoyo en cláusulas generales de la Constitución Nacional y de los Códigos de Régimen Político y Municipal y Judicial, que no consagran poder ninguno individual singularizado que ampare la pretensión suya a un determinado tipo de fallo: el artículo 143 de la Constitución Nacional, al enunciar las funciones básicas del Ministerio Público, señala las de "promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas, y supervigilar la conducta de los empleados públicos", en términos suficientemente abstractos como compete a la norma fundamental que traza la orientación del estado, de los que no cabe en manera alguna derivar una orden de intervención de estos en aquellos procesos, y menos aún un derecho de alguien a la presencia de aquel ministerio en un litigio, al punto de que su citación le signifique ventaja determinada y, su falta, seguridad de fallo favorable, como osa sostenerlo el recurrente. El artículo 234 de la Ley 4ª de 1913 indica las atribuciones del Personero Municipal, a quien concede "la voz del Ministerio Público en los negocios en que debe intervenir y que se ventilen en el juzgado municipal", pero no dispone, ni podría hacerlo, en cuáles juicios de todos aquellos cuyo conocimiento corresponde a la citada oficina judicial debe intervenir el agente público, cuestión ésta propia de leyes de otra naturaleza.

Y el artículo 472 del Código Judicial contiene una amplia proposición de política jurisdiccional al consagrar el cumplimiento de los derechos reconocidos por la ley sustantiva como objeto propio y máximo de la actuación de los funcionarios de dicha Rama del Poder Público, de la que no es posible extraer prerrogativa determinada en pro de alguien en una coyuntura concreta.

Como lo pregona en plena coincidencia la doctrina, cada uno de los trámites y formas del juicio se encamina a preservar los diversos intereses en juego y a su manejo equitativo y equilibrado, pero sin que de una determinada alteración de tales pasos pueda deducirse sin más ni más la conculcación de un derecho individual. Si esto ocurre y se propone como razón de invalidez de un fallo, resulta indispensable, con arreglo a las mismas disposiciones que tan celosamente guardan el fuero de los distintos miembros sociales, que se señale el derecho cuestionado, la norma de donde proviene y la realidad de su quebranto, para que el reclamo sea examinado y, eventualmente, satisfecho.

En considerando el censor que la ausencia del Ministerio Público dentro del juicio de estado le otorgaba a él derecho propio a fallo adverso a las súplicas de los actores y que de ese modo la decisión contraria le irrogó agravio, forzoso le era señalar el precepto sustancial que prescribe aquella diligencia y las disposiciones tutelares que le hubieran sido incorrectamente aplicadas. Expuesto se dejó cómo nada de esto tuvo lugar, y ahora se añade que nuestro ordenamiento no exhibe la laguna que, el cargo le atribuye, pues la participación del mentado vector del interés común está regimentada por el artículo 12 de la Ley 45 de 1936, analizado y clarificado de tiempo atrás por la jurisprudencia, no ciertamente en el sentido en que pluguiera al sostenedor de la tesis en comentario (auto de noviembre 4/946, LXI, 413/414; casación mayo 22/947, LXII, 381/383; casación mayo 11/948, LXIV, 367/369).

III. *Y en lo que se refiere al tema de las costas, en que pretende el impugnante fundar su segundo cargo, se imponen dos reflexiones concordes a un mismo resultado adverso: de una parte, el artículo 575 del Código Judicial fue sustituido por el 2º del Decreto-legislativo número 243 de 1951, con cambio fundamental del concepto sobre costas hasta entonces auspiciado por nuestra legislación. De otra, la jurisprudencia en nutrida serie de decisiones, sin excepción ni vacilación, ha declarado que la condena en costas no es por sí sola objeto del recurso extraordinario.*

Dentro del régimen del código la condenación obedecía, en principio, a la opinión del sentenciador sobre la malicia o la temeridad de la conducta del litigante, salvos expresos eventos en que privaban consideraciones objetivas. En la legislación en curso ese dictado se pronuncia, por mandato de la norma, si se quiere en forma automática, a cargo del litigante perdidoso por el sólo hecho del vencimiento.

Otrora se descartaba la posibilidad de acusación del fallo exclusivamente por el aspecto de costas con los argumentos de ser asunto confiado por la ley al prudente juicio o conciencia del sentenciador, tratarse de problema exclusivamente determinado por las reglas de procedimiento e impropicio a la nulidad jurisprudencial, finalidad primaria de la casación, fuera de ser de entidad estrictamente accesoria, que no afecta la cuestión debatida en el juicio (casaciones de marzo 27 de 1897, XII, 323; septiembre 2 de 1897, XIII, 52 y XVII, 165 y 166; junio 22 de 1909, XXV, 39; marzo 14 de 1911, XIX, 250; marzo 23 de 1914, XXIV, 52; marzo 23 de 1918, XXVI, 250; septiembre 28 de 1926, XXXIII, 208; diciembre 12 de 1932, XLI, 78; mayo 29 de 1934, XLI bis C, 22; agosto 19 de 1935, XLII, 456/460; junio 30 de 1937, XLV, 305; septiembre 6 de 1937, XLV, 494; diciembre 1º de 1938, XLVII, 468; diciembre 14/938, ibídem, *616; febrero 15/940, XLIX, 104; junio 22 de 1940,* ibídem, *541; agosto 31/940, L, 22; junio 20/941, LI, 593; julio 18/941,* ibídem, *816; noviembre 26/941, LII, 775; noviembre 26/942, LIV bis, 285; agosto 30/944, LVII, 560; agosto 16/945, LIX, 672; octubre 11/945,* ibídem, *720; septiembre 30/946, LXI, 107; octubre 23/946,* ibídem, *377; agosto 27/947, LXII, 723; marzo 4/949, LXV, 599; febrero 23/953, LXXIV, 48 y febrero 23/953, LXXIV, 79) y, con arreglo al nuevo criterio, reiterando aquellas razones y aludiendo a la objetividad entronizada con él (julio 8/954, LXXVIII, 51; mayo 22/956, LXXXII, 536; julio 25/957, LXXXV, 713; octubre 5/957, LXXXVI, 59/60; casación laboral mayo 27/958, LXXXVII, 889; julio 4/958, LXXXVIII, 524; octubre 26/962 y abril 26 de 1965, sin publicar aún en la Gaceta Judicial).*

Así pues, el pronunciamiento de costas a cargo de un litigante que se haga en la sentencia no es susceptible de ataque en casación tomado en sí, ajeno a la decisión de mérito a que él accede, habida cuenta de ese mismo carácter subor-

dinado y dependiente del sentido, motivación y alcances del fallo, por dejarse a la ponderación del juzgador o deber aplicarse por mandato legal ante la presencia del específico supuesto de hecho, según el sistema que acoja el ordenamiento, en fin, porque no constituye en sí un derecho de la parte el obtener crédito por costas o exonerarse de la correlativa obligación, con independencia del resultado del juicio y de su intervención dentro de él.

Con el agregado para el caso en examen, de que, contrariamente a lo que aquí asevera el censor, la parte demandada vencida sí se opuso, según se lee en su respuesta al libelo, de manera que el juicio fue contradictorio, y se cumplió a cabalidad la previsión del indicado artículo 2º del Decreto 243 de 1951, correctamente aplicado por los sucesivos juzgadores que conocieron del proceso.

III. Resta decir para ahora, que al no haber indicado la demanda precepto alguno sustancial objeto de violación supuestamente conculcado por la sentencia recurrida, y orientados los cargos por la causal primera, a las claras y desde ya se palpa su total inconducencia e ineptitud.

4. En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, dado que la demanda que sustenta la impugnación no reúne los requisitos legales, declara desierto el recurso.

Sin costas.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

COMPRAVENTA

La obligación de dar la cosa vendida. De la cosa corporal vendida y su determinación en general. — La determinación de los inmuebles vendidos.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, 29 de noviembre de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández.*

La Corte procede a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 11 de diciembre de 1962 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de José de Bedout Moreno contra la señora Tulia Caycedo viuda de Latorre y otros.

El litigio

Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, el señor José de Bedout Moreno demandó a la señora Tulia Caycedo viuda de Latorre, cónyuge supérstite del doctor Antonio J. Latorre y a los herederos del mismo, señores Jaime, Antonio José y Hernando Latorre Caycedo y señoras Tulia Latorre de Gómez y Berta Latorre de Arensburg para que, por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se declarara que el actor es propietario exclusivo del solar distinguido con el número 20 de la manzana "J" de la Urbanización "Alquerías de La Fragua", ubicado en jurisdicción del Distrito Especial de Bogotá, con área de 2.016 varas cuadradas y determinado por los linderos que se señalan en la demanda; se declarara que ni el señor Antonio J. Latorre ni después sus sucesores tenían derecho a la posesión del referido inmueble y se condenara a éstos a restituírselo al actor, como también a pagarle al mismo no sólamente los frutos producidos, sino los que el solar hubiera podido producir administrado con mediana inteligencia y cuidado; en fin, que se calificara a la parte demandada como poseedora de mala fe y se le condenara en las costas del juicio.

El actor funda sus pretensiones en los siguientes hechos que se sintetizan:

1º Ana G. Guzmán le compró a José A. Barragán el inmueble en litigio por Escritura Pública número 167 del 1º de febrero de 1930 otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá; 2º Dicha Ana G. Guzmán, mediante Escritura Pública número 420 otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá el 26 de abril de 1935, les vendió a Antonio Gómez Durán, Benito Gómez Durán, Rosa Durán viuda de Gómez, María Gómez Durán de Maldonado y Dolores Gómez Durán, entre otros bienes, el lote antes aludido; 3º En el juicio de sucesión de Rosa Durán de Gómez, protocolizado con la Escritura Pública número 3394 otorgada en la Notaría Primera de Bogotá el 7 de octubre de 1946, se les adjudicaron a los otros comuneros nombrados en el hecho anterior los derechos que la causante tenía en el inmueble en cuestión; 4º Estos últimos, obrando como causahabientes de Rosa Durán de Gómez y en sus propios nombres, le enajenaron al señor José de Bedout Moreno el referido lote, en virtud de permuta celebrada mediante Escritura Pública número 3.388 del 24 de septiembre de 1959 y de la Notaría Tercera de Bogotá; 5º Aproximadamente cuatro años antes de la presentación de la demanda, el doctor Antonio J. Latorre ocupó y cercó el lote de que se viene hablando y, fallecido éste, su cónyuge y herederos han continuado poseyéndolo en la misma forma, "sin título ni derecho alguno", y 6º En el juicio de sucesión de Antonio J. Latorre, radicado en el Juzgado 10 Civil del Circuito, los demandados fueron reconocidos en sus respectivas condiciones de cónyuge supérstite y de herederos del causante.

La parte demandada, al responder el libelo, afirmó ser cierto el hecho primero y negó los

restantes. Además manifestó que "el doctor Antonio J. Latorre adquirió el dominio de una parte del solar número 20 de la manzana 'J' de la Urbanización Alquerías de La Fragua por compra a la Sociedad Schuchard y Compañía, junto con mayor extensión, mediante Escritura Pública número 3.255 otorgada en la Notaría Cuarta del Circuito de Bogotá el 16 de agosto de 1943, y que esta sociedad adquirió el dominio del solar de la Sociedad Industrias Ivor S. A., mediante la Escritura Pública número 1537 otorgada en la Notaría Cuarta del Circuito de Bogotá el 22 de mayo de 1937". Agrega que la anterior tradición del dominio se remonta al siglo pasado y que todos los tradentes anteriores a la parte demandada han ejercido la posesión del inmueble en forma quieta y pacífica sin reconocer dominio ajeno. Propuso la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria y, subsidiariamente, la de prescripción extraordinaria.

Surtidos los trámites de la primera instancia, el Juzgado del conocimiento falló la litis negando las súplicas de la demanda, absolviendo a los demandados y condenando en costas al actor.

Este último interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual, mediante sentencia del 11 de diciembre de 1962 revocó la de primer grado y, en su lugar, resolvió: declarar no probadas las excepciones alegadas por la parte demandada; declarar que el actor José de Bedout Moreno es propietario exclusivo del inmueble en litigio; condenar "a la sucesión demandada" del señor Antonio J. Latorre, "representada por la señora Tulia Caycedo viuda de Latorre, cónyuge supérstite, y por los herederos señores Jaime, Antonio José y Hernando Latorre Caycedo y las señoras Tulia Latorre de Gómez y Berta Latorre de Arensburg", a restituir al actor el mencionado inmueble y a pagarle los frutos naturales y civiles que haya producido el terreno desde la fecha en que fue contestada la demanda hasta que se verifique la restitución, a razón de cinco pesos mensuales, como también a pagarle las costas de la primera instancia.

La motivación del fallo del Tribunal

Establecidos los presupuestos procesales, el Tribunal sentenciador califica como reivindicatoria la acción incoada en la demanda y enumera los extremos fundamentales de la misma: "a) Derecho de dominio del demandante; b) Posesión del demandado; c) Cosa singular reivindicable o cuota de cosa singular y d) Identificación de la cosa materia de la reivindicación".

En relación con el derecho de dominio sobre el inmueble litigioso alegado por ambas partes en el juicio, el Tribunal hace extenso análisis de las pruebas aducidas, especialmente de los títulos escriturarios y de las respectivas certificaciones expedidas por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, hasta concluir: en primer lugar, que el actor es propietario del lote que reivindica, por haberlo adquirido como cuerpo cierto debidamente singularizado por cabida y linderos, en virtud del contrato de permuta celebrado por él con María Gómez de Maldonado y otros, acto este que constituye el más reciente eslabón de una cadena que se remonta hasta el otorgamiento de la Escritura número 420 otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá el 26 de abril de 1935, por la cual Ana G. Guzmán les vendió, junto con otros bienes, el referido inmueble singularizado a Rosa Durán viuda de Gómez, María Gómez de Maldonado, Dolores Gómez Durán y Benito Gómez Durán. En segundo lugar, el Tribunal también concluye de este análisis de titulaciones que el derecho alegado por los demandados no recae sobre el bien materia de la reivindicación sino sobre otro distinto, pues lo vendido a su causante doctor Antonio J. Latorre por la sociedad Schuchard Cía., según la Escritura Pública 3255 otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá el 16 de agosto de 1943 y a que se refieren todas las transferencias anteriores de esta cadena hasta la venta que le hizo Ana G. Guzmán a Industrias Ivor S. A., mediante Escritura número 491 otorgada en la Notaría Primera de Bogotá el 26 de febrero de 1937 "no fue un cuerpo cierto sino un derecho en común y proindiviso equivalente a tres mil dieciséis varas cuadradas que se tomarán del lote número 20 de la manzana 'J' (de la Urbanización Alquerías de La Fragua)".

Seguidamente explica el Tribunal: "De otro lado, según el plano de la Urbanización que se acompañó a los autos, el lote número 20 de la manzana 'J' tiene una extensión superficiaria de seis mil treinta y cuatro varas cuadradas, de las cuales su propietaria Ana G. Guzmán vendió a la señora Gómez de Durán y a sus herederos y como cuerpo cierto la cantidad de 2.016 varas cuadradas, y un derecho en común y proindiviso en el mismo lote de 3.016 varas cuadradas a la Sociedad Ivor S. A.

"De acuerdo con los títulos aducidos por las partes lo vendido a la señora Gómez de Durán y a sus herederos pertenece hoy al actor señor de Bedout y lo transferido a Ivor S. A., a la sucesión del señor Latorre. Se trata, pues, de dos bienes distintos y así quedó claramente establecido en

la diligencia de inspección ocular practicada por el Tribunal al determinarse *que el lote objeto de la reivindicación es parte del lote número 20 de la referida manzana 'J'*.

"Conclúyese de lo expuesto que, refiriéndose los títulos aducidos por la demandada a bienes diferentes del que se reivindica, queda plenamente establecido el derecho de dominio por parte del actor o sea satisfecho este primer requisito de la acción reivindicatoria".

Además, el Tribunal encuentra acreditada la posesión material del bien litigioso por la parte demandada, según confesión de la misma, declaraciones de testigos e identificación del mismo como cosa singular: "determinado por linderos inconfundibles" en diligencia de inspección ocular.

Establecidas así las condiciones que estructuran el fundamento de la acción reivindicatoria, el sentenciador declara que está llamada a prosperar.

En cuanto al rechazo de las excepciones propuestas por los demandados, el Tribunal, apoyándose en razones legales y doctrinales, estima que la de prescripción ordinaria es improcedente, porque ella supone justo título y el aducido por los excepcionantes es la venta que les hizo la sociedad Schuchard & Cía. por Escritura número 3255 de 1943 que versa "sobre los bienes allí determinados entre los cuales no figura el inmueble motivo de la reivindicación". La excepción subsidiaria de prescripción extraordinaria tampoco es aceptada porque, habiéndose tratado de establecer la posesión material del inmueble por los demandados y sus antecesores mediante varios testimonios, al ser estos examinados por el sentenciador los encuentra defectuosos e insuficientes por varios aspectos hasta el punto de que los reparos que les hace lo llevan a expresar: "Como fácilmente se observa, a excepción del testigo Arensburg que manifiesta que la posesión del doctor Latorre y sus herederos comenzó desde que adquirió el lote de la Compañía Schuchard & Cía., los otros no lo precisan con lo que se concluye que carecen de valor probatorio, fuera de que los declarantes Garzón y Arensburg están impedidos para declarar por parcialidad que se supone al primero y sospechoso al último conforme a lo dispuesto por los artículos 669 y 670 del Código Judicial.

"Por otra parte el demandante adujo varios testimonios con los cuales demostró que apenas hace alrededor de cuatro años que el señor Latorre empezó a ejecutar actos de posesión consistentes en tumbar los postes de madera que había, cambiándolos por los de concreto que existen en la actualidad, y que de ahí en adelante los señores Latorre lo ocuparon y lo tienen ocupado".

Finalmente, el Tribunal apoya en el artículo 964 del Código Civil la condenación de la parte demandada al pago de frutos desde la contestación de la demanda, y en no estar acreditada la mala fe en que hubiera podido incurrir aquélla.

El recurso de casación

Fúndalo la parte demandada, que es la recurrente, en libelo que sólamente contiene un cargo con base en la causal primera de casación cual es el de quebranto de los artículos 669, 752, 946, 2322 y 2674 del Código Civil, a consecuencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas.

El censor explica el cargo en la forma que a continuación se extracta:

"El aludido error radica en lo siguiente:

"Por medio de la Escritura Pública número 491 otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá, el 26 de febrero de 1937 cuya copia auténtica obra en folios 70 a 74 del cuaderno número 1, la señora Ana G. Guzmán vendió a Industrias Ivor S. A., junto con otros bienes 3.016 varas cuadradas que se tomarán del lote número 20 de la manzana 'J' de la Urbanización Alquerías de La Fragua, el cual tiene los siguientes linderos: 'por el oriente con el lote número diecinueve (19) de la misma manzana 'J', en extensión de sesenta y tres metros (63 mts.); por el norte con parte del lote número dieciséis (16) de la misma manzana, en extensión de sesenta y dos metros (62 mts.); por el occidente, con la Avenida Cali, en extensión de doce metros con sesenta centímetros (12.60 mts); por el sur, con la Avenida Cartagena, en extensión de sesenta y siete metros (67 mts.)'. El mismo bien fue transferido por Industrias Ivor S. A. a la compañía Schuchard & Cía. mediante la Escritura Pública número 1537 otorgada en la Notaría Cuarta del Circuito de Bogotá el 22 de mayo de 1939, cuya copia auténtica obra a folios 13 a 23 del cuaderno número 3. Y Schuchard y Cía. enajenó el mismo bien al demandado a través de la Escritura número 3255 otorgada en la Notaría Cuarta del Circuito de Bogotá el 16 de agosto de 1943, cuya copia autorizada obra a folios 7 a 12 del cuaderno número 3.

"Por medio de la Escritura Pública número 420 otorgada en la Notaría Quinta del Circuito

de Bogotá el 26 de abril de 1935 visible en copia a folios 7 a 10 del cuaderno número 1, la misma señora Ana G. Guzmán enajenó a Rosa viuda de Gómez, María Gómez de Maldonado, Dolores, Benito y Antonio Gómez Durán, 'el lote número 20' que hace parte de la manzana 'J' del mismo predio 'Alquerías de La Fragua', en el municipio de Bosa, que lo forma una porción que mide una extensión superficiaria de forma regular de dos mil dieciséis (2.016) varas cuadradas que tiene los siguientes linderos: 'Por el norte, dando frente con la Avenida Cali, en extensión de veintiséis (26) metros; por el sur, con lote de Maximino Bohórquez, en extensión de treinta y nueve (39) metros; por el oriente, con lote de propiedad de Pablo Contreras, en extensión de cuarenta y un metros ochenta centímetros (41.80 mts.); por el occidente, con la Avenida Cartagena, en extensión de cuarenta y tres (43) metros'. El derecho enajenado a la señora Rosa Durán viuda de Gómez a que alude la citada Escritura número 420 fue adjudicado en la partición de bienes del juicio de sucesión de la misma, a María Gómez de Maldonado, Dolores, Antonio y Benito Gómez Durán; el correspondiente juicio de sucesión se halla protocolizado junto con la Escritura Pública número 3394 otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá el 7 de octubre de 1946; las copias de las hijuelas contentivas en las aludidas adjudicaciones obran a folios 11 a 42 del cuaderno número 1. María Gómez de Maldonado, Dolores Gómez de Petroli, Antonio y Benito Gómez Durán enajenaron al señor José de Bedout Moreno el bien así adquirido mediante la Escritura Pública número 3388 otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá el 24 de septiembre de 1959 (folios 43 a 47 del cuaderno número 1).

"Al llevar a cabo la diligencia de inspección ocular solicitada por el actor (folios 5 vuelto a 8 del cuaderno número 5) el Tribunal dejó constancia de que el solar cuyo dominio invoca el demandante forma parte del lote número 20 de de la manzana 'J' de la Urbanización Alquerías de La Fragua. El dicho lote, según el plano de la Urbanización que obra en autos, tiene una extensión superficial de 6.034 varas cuadradas.

"Al examinar las probanzas referidas se observa que tanto el título que invoca el actor como el que aducen los demandados proviene de la misma causante, o sea la señora Ana G. Guzmán, y que ambos se refieren al solar número 20 de la manzana 'J' de la Urbanización Alquerías de La Fragua. Ahora bien, del mismo examen aparece que el título originario del derecho de los demandados, o sea la Escritura número 491 del 26 de febrero de 1937 de la Notaría Primera de Bogotá, fue inscrita en el libro número primero de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá el 9 de abril de 1937, o sea antes de la inscripción en el mismo libro del título originario del derecho del actor —Escritura número 420 de 26 de abril de 1935 de la Notaría Quinta de Bogotá— la cual se llevó a cabo el 12 de agosto de 1937.

"El mismo examen muestra que el derecho del demandado está vinculado a 3.016 varas cuadradas de terreno que se tomarán del lote número 20 de la manzana 'J' de la Urbanización Alquerías de La Fragua, determinado este solar por sus linderos generales. La venta de una cantidad de varas cuadradas que se tomarán de un terreno de mayor extensión, o sea el caso que nos ocupa, debe considerarse como válida desde el punto de vista de la determinación del objeto del contrato, siempre que en ésta se determinen los linderos del predio al cual pertenece la extensión enajenada; en casos como éste deben las partes individualizar el terreno vendido mediante su mesura y especificación de linderos, circunstancias que se harán constar en escritura posterior sujeta al registro; en el lapso que transcurra entre los dos actos existirá indivisión entre las partes y cualquiera de ellas podrá, a menos de existir pacto con duración máxima de 5 años, ponerle término a través del juicio divisorio. En otros términos, los contratos de esta naturaleza contienen enajenación de derechos proindiviso y, por lo tanto, la escritura en la cual se individualiza el derecho vendido constituye un acto voluntario de división de la cosa común. El tratadista Alvaro Pérez Vives, en su obra 'Compraventa y Permuta en derecho Colombiano', expresa sobre el particular: 'Es problema de diaria ocurrencia entre hacendados la compra de determinado número de fanegadas o hectáreas de tierra que serán vendidas de la finca o potrero tal a tanto la fanegada o la hectárea. Se trata de saber si tal venta tiene un objeto determinado —nuestra opinión es la siguiente—: Si en el contrato se señalan los linderos de la finca o potrero del cual habrán de ser medidas las fanegadas, hectáreas o varas la venta tiene un objeto determinado. Por ejemplo, si 'X' vende a 'Y' y éste compra cien hectáreas de tierra que se medirán de la finca 'San Antonio', cuyos linderos son tales, a cien pesos la hectárea ... Solo que, una vez individualizada la tierra están obligados los contratantes a correr una Escritura Pública en que se establezcan los linderos del terreno medido y entregado por el vendedor al comprador, escritura que debe registrarse ... Si ambas partes convienen en dejar indefinidamen-

te las cosas en el mismo estado de indivisión, habrá que concluir, según la intención de ellas, o que quisieron pactar una copropiedad a prorrata de sus respectivos derechos, y entonces ese pacto no podrá tener una vigencia superior a cinco años (inciso 2º del artículo 1374) o que de hecho se produjo tal indivisión y, entonces, en cualquier momento podrá cada parte exigir que tal estado de cosas termine. Esto último puede suceder cuando de la intención de las partes aparezca que al vender determinada cantidad de tierra, a medir de una mayor, v. gr. 100 hectáreas de las 1.000 de la finca tal, la venta sea un derecho de cuota, en nuestro caso, de la décima parte de la finca'.

"Así las cosas se tiene que al verificarse la tradición del título originario de los demandados, o sea el derecho transferido por Ana G. Guzmán a Industrias Ivor S. A. mediante la Escritura Pública número 491 otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá el 26 de febrero de 1937, tradición que se llevó a cabo el 9 de abril de 1937 en virtud de la inscripción de dicha escritura en el libro número primero de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá, se constituyó una comunidad entre Ana G. Guzmán y la adquirente Industrias Ivor S. A., sobre todo el solar número 20 de la manzana 'J' de la Urbanización Alquerías de La Fragua, con cabida de 6.034 varas cuadradas, comunidad en la cual Industrias Ivor tenía un derecho de 3.016 varas cuadradas con relación a la mencionada cabida de 6.034 varas cuadradas y Ana G. Guzmán un derecho sobre el resto proindiviso del inmueble. Igualmente, se tiene que no se ha puesto término a la comunidad así constituida en ninguna de las formas que autoriza la ley.

"El mismo examen demuestra que al verificarse la tradición del derecho vendido por Ana G. Guzmán a Rosa Durán viuda de Gómez y otros —título originario del actor— la cual se llevó a cabo el 12 de agosto de 1937 mediante la inscripción en el libro número primero de la citada Oficina de Registro de la Escritura número 420 de 26 de abril de 1935 de la Notaría Quinta de Bogotá, la tradente sólo transfirió a los adquirentes una parte del derecho proindiviso que tenía sobre el solar número 20 de la manzana 'J' de la Urbanización Alquerías de La Fragua; como este derecho está vinculado a una parte determinada del inmueble común, en caso de adjudicarse esa parte a otro de los comuneros en la división, esta enajenación debe ser considerada como venta de cosa ajena. (Artículo 1401 del Código Civil).

"La falta de apreciación de las fechas de inscripción en el registro de los títulos originarios de las partes, provenientes ambos de la tradente Ana G. Guzmán, llevó al honorable Tribunal a la errada conclusión de que 'aparece demostrado que la parte actora tiene el dominio del bien objeto del juicio', conclusión sobre la cual funda la demostración de una de las condiciones necesarias para la prosperidad de la acción reivindicatoria".

Con base en los errores denunciados en la forma expuesta, el censor culmina la formulación del cargo, indicando los conceptos en que a su ver, fueron quebrantadas las normas del Código Civil por él citadas.

Acusa violación del artículo 669 de dicho Código, que define el dominio o propiedad, al atribuir este derecho "sobre la cosa a quien sólo ostenta un derecho proindiviso sobre ella".

Consecuencialmente, considera infringido el artículo 946 ibídem, que define la acción reivindicatoria, porque dice: "Si, como aparece demostrado, el actor no ostenta título distinto del de comunero, constituye un error el haberlo considerado como titular del dominio pleno del inmueble y de esta consideración haber deducido la conclusión consistente en que se halla acreditado el segundo de los dichos elementos". Y no se diga que tal violación es inexistente ante la decisión del artículo 949 ibídem, según la cual "Se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular", pues ésta no es la acción instaurada por el actor, quien pretende la restitución de cuerpo cierto y no de su cuota en el haber común; para que tal objeción fuera válida sería necesario que el demandado tuviera la posesión de la cuota proindiviso del actor y que éste constituyera el objeto de la reivindicación".

Agrega que el mismo error por falta de apreciación de la prueba llevó al sentenciador a lesionar el inciso 1º del artículo 752 del Código Civil, porque al efectuarse la tradición del derecho enajenado por Ana G. Guzmán a Rosa Durán de Gómez y otros, antecesores del actor, ésta ya no era dueña exclusiva del inmueble materia de aquella tradición, sino comunera en el dominio del mismo en virtud de la venta de derechos proindiviso que aquélla le había hecho antes a Industrias Ivor.

Dice igualmente lesionado el artículo 2322 del Código Civil, que define la comunidad, porque el error del sentenciador en la apreciación de la prueba lo llevó a considerar que se hallaba ante derecho de dominio exclusivo sobre cosa singular

cuando en realidad se encontraba frente a una comunidad.

En fin, considera que el artículo 2674 del mismo Código fue violado, porque al inscribirse el título originario del actor, la comunidad en la cosa de que forma parte el objeto del contrato contenido en dicho título ya estaba formada y, por lo tanto, no puede afirmarse que tal inscripción pudiera producir efecto retroactivo respecto de terceros.

Considera la Corte:

Conclúyese de la exposición del censor que el cargo único formulado en la demanda se endereza a configurar la causal de casación consistente en quebranto de ley sustancial a consecuencia de manifiesto error de hecho en la apreciación de determinada prueba.

En efecto, la censura puede resumirse en los siguientes enunciados:

a) El Tribunal sentenciador dejó de apreciar las inscripciones en el Registro de Instrumentos Públicos y sus fechas respecto de dos escrituras en que constan ventas "referentes a un mismo solar", el número 20 de la manzana "J" de la Urbanización Alquerías de La Fragua, a saber: la inscripción de fecha 9 de abril de 1937 relativa a la venta que Ana G. Guzmán le hizo a Industrias Ivor S. A. mediante Escritura número 491 de 26 de febrero del mismo año, y la inscripción posterior del 12 de agosto de 1937 correspondiente a la Escritura número 420 del 26 de abril de 1935, por la cual la misma Ana G. Guzmán vendió a Rosa Durán viuda de Gómez y otros, y

b) A consecuencia del precitado error, el sentenciador, con quebranto de las disposiciones legales invocadas en la censura, desconoció la calidad de comunero en el solar aludido adquirida por Industrias Ivor S. A. hoy sus sucesores demandados, en virtud de la inscripción de la Escritura número 491, y llegó a considerar que el actor, como causahabiente de Rosa Durán viuda de Gómez y otros, era propietario exclusivo del inmueble reivindicado, a pesar de que la inscripción de la Escritura número 420 de 1935 se realizó meses después de la de la 491 antes mencionada.

Así alegada en la demanda la infracción indirecta de ley sustancial, procede determinar, primeramente, si en efecto el sentenciador incurrió en el error de hecho que se le imputa, o sea, si realmente ignoró las inscripciones en cuestión y las fechas de las mismas que, según el acusador, se refieren ambas a un mismo bien inmueble.

Revisado el fallo acusado, se encuentra lo siguiente:

1º Expresamente se relata en el que, mediante la Escritura número 491 de 1937, Ana G. Guzmán le vendió a Industrias Ivor algunos solares de la Urbanización Alquerías de La Fragua, más 3.016 varas cuadradas para ser tomadas del lote número 20 de la manzana "J" de dicha urbanización, lote éste cuya alindación general se señala en el mencionado instrumento;

2º Reza el fallo: "El registro de la Escritura número 491 cancela el de la número 167 que recoge la venta que hace José Barragán Sandino a Ana G. Guzmán de 128 lotes en el punto denominado Alquerías de La Fragua y en cuya enumeración se encuentra el número 20 de la manzana 'J' ";

3º Por otra parte, también reconoce el sentenciador que Ana G. Guzmán les vendió a Rosa Durán viuda de Gómez y otros unos bienes, entre los cuales figura un terreno de 2.016 varas cuadradas que forman parte del mencionado lote número 20 de la manzana "J" de la urbanización, y

4º Textualmente dice el fallo: "El registro de la mencionada Escritura cancela el de la 167 de 1º de febrero de 1930. Por esta escritura Ana G. Guzmán adquiere 128 lotes de terreno en el punto Alquerías de La Fragua, entre los cuales se encuentra el que es objeto del litigio".

Mal puede decirse, entonces, que el Tribunal sentenciador ignora las inscripciones a que expresamente se refiere, según quedó visto en los numerales 2º y 4º anteriores, ni las fechas de las mismas, aunque no hubiera mencionado estas últimas. Por el contrario, a tales actos les prestó muy especial consideración para deducir de ellos cierto efecto jurídico. No incurrió, pues, en el evidente error de hecho que consistiría en desconocer la existencia misma de las inscripciones en cuestión o en variar sus fechas.

Por otra parte, si la acusación de error de hecho quedara reducida a que el Tribunal estimó, como efectivamente lo hizo, que las dos escrituras de venta otorgadas por Ana G. Guzmán en favor de personas distintas versaban sobre inmuebles igualmente distintos y que, por lo tanto, las respectivas inscripciones en el registro no se contraponían, al paso que el censor afirma lo contrario, o sea, que dichas escrituras e inscripciones se refieren a un mismo bien, el posible error en que hubiera podido incurrir el sentenciador no sería manifiesto, como quieren la

ley y la doctrina constante de la Corte, vale decir, que no sería un error que pugnara abiertamente con la evidencia mostrada por tales documentos. En efecto: si una escritura dice que una persona le vende a otra u otras 2.016 varas cuadradas de cierto solar, y otra dice que dicha persona le vende a comprador distinto 3.016 varas del mismo solar, y si ambas se registran como obligatoriamente lo exige la ley, no puede afirmarse ni que evidentemente la cosa vendida sea una misma, por no estar idénticamente determinada en ambos instrumentos, como tampoco que, por esta misma razón, se trate de dos cosas distintas. Prueba de esto es el denodado esfuerzo que tuvo que desarrollar el censor en su propósito de demostrar que las dos ventas en cuestión versaron sobre el mismo bien, como también lo es el extenso análisis realizado por el Tribunal para llegar a la conclusión contraria, es decir, la de que se trataba de inmuebles distintos.

En realidad, lo que ocurre es que el punto así debatido requiere para su declaración de investigaciones de hecho y de derecho, o sea, que no es cuestión de evidencia que brote de la simple lectura de las escrituras y de sus respectivos registros.

Pero, en el supuesto de que lo últimamente dicho no fuera cierto y de que la Corte, por la sola referencia que en las Escrituras números 491 y 420 se hace del lote 20 de la manzana "J" de la ya mencionada urbanización, concluyera que en realidad el Tribunal erró evidentemente al afirmar que lo vendido en aquellas son cosas corporales inmuebles distintas, hasta el punto de poder ser diferenciadas, como lo dice, mediante una inspección ocular, el cargo tampoco podría prosperar, porque dicho error no conduciría a la infracción de las normas sustanciales denunciadas por el censor y de las cuales solamente tienen el carácter de sustantivas los artículos 752, 946 y 2674 del Código Civil, pero no así las disposiciones formularias de los artículos 669 y 2322 ibídem. Y en último análisis, la Corte, aun apartándose de las precitadas apreciaciones del sentenciador que ciertamente son desacertadas, al sustituir el fallo de instancia, tendría que limitarse a rectificar el criterio doctrinal en que ellas se inspiran; pero, por otros caminos, llegaría a la misma decisión adoptada por aquél.

Tal es, la conclusión que se desprende de las siguientes precisiones doctrinales y de su aplicación al caso *sub lite*.

I. *La obligación de dar la cosa vendida.*

Define el artículo 1849 del Código Civil: "La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero".

Tal definición difiere sustancialmente de la consignada en el artículo 1582 del Código de Napoleón, en cuanto esta última hace consistir la principal obligación del vendedor en la simple "entrega" de la cosa al comprador y no en la dación *de la misma.*

Como es sabido esta diferencia obedece a la diversidad de los dos sistemas en punto de la transferencia del dominio, vale decir, de la enajenación de tal derecho por acto entre vivos. En el francés, dicha transferencia se opera por virtud del solo contrato traslativo, como la compraventa, la permuta, la donación, etc. De ahí que, perfeccionado contrato de esta índole, la obligación principal del enajenante sea la de entregarle materialmente la cosa al adquirente, quien ya se ha hecho propietario de ella en virtud del contrato. (Código Procedimiento Civil, artículo 1138, 2). Algo distinto ocurre en el sistema colombiano que acogió para el efecto indicado la llamada "teoría del título y el modo". Consiste ésta en exigir, a lo menos para la transferencia del dominio y de otros derechos, la realización de dos actos jurídicos distintos y sucesivos, a saber: un contrato (título) que no tiene per se *la virtualidad de transferir el dominio, y la tradición (modo) que consiste, en principio, en la entrega de la cosa materia de aquel acompañada del ánimo recíproco de enajenar y de adquirir (Código Civil, artículo 740). Con otras palabras: en nuestro sistema legal, inspirado en el derecho romano, en punto de la transferencia del dominio el contrato en que ésta se pacte, v.gr. la compraventa, solamente genera entre las partes una obligación de dar (o derecho crediticio* ad rem*) la que está llamada a ser cumplida mediante otro acto distinto: la tradición, en cuya virtud el adquirente se hace titular del derecho* in re. *(Ver* Gaceta Judicial *XXIV, página 173 y LXIX, página 8).*

Precisada así la naturaleza de la obligación principal del vendedor y su objeto específico, también importa advertir al margen que no es conforme con nuestro sistema legal la impropiedad de terminología en que el propio Código Civil incurre en su artículo 1880 y en algunos otros al emplear como equivalente los vocablos "tradición" y "entrega", prestaciones estas que en el contrato de venta son objetos de dos obligaciones distintas a cargo del vendedor. En tratándose de cosas muebles, de ordinario la entrega material de éstas constituye uno de los elementos de la tradición, el corpus, *al que se suma el ánimo recíproco de enajenar y de adquirir. Pero,*

cuando la tradición es ficta o simbólica, como la realizada por el enajenante al mostrarle la cosa mueble al adquirente (artículo 754, 2), y siempre que se trate de bienes inmuebles, respecto de los cuales aquella tiene que cumplirse indefectiblemente por la inscripción del título en el registro de instrumentos públicos (artículo 756), dicha tradición es distinta de la entrega material: con la primera se satisface la obligación principal del vendedor, constituir al comprador en propietario y poseedor de la cosa; con la segunda se le otorga la posesión útil y se le pone ya en condiciones de ejercitar sobre aquella las facultades que esta situación implica. (Ver Gaceta Judicial, *XXXIX, página 564).*

II. *De la cosa corporal vendida y su determinación en general.*

Enseña el artículo 1866 del Código Civil que "pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por la ley".

Esta enunciación general indica la amplitud que tiene el campo de acción de la compraventa y, por ende, la variedad que puede revestir el contenido de la obligación principal que contrae el vendedor "dar una cosa", como también el de la obligación consecuencial a cargo del mismo, entregar materialmente dicha cosa.

Sabido es que todo acto jurídico debe tener un objeto claramente determinado, requisito que hace relación a la existencia misma del vínculo de derecho, como quiera que la incerteza de las prestaciones que constituyen dicho objeto impide al acreedor saber qué es lo que puede exigir y al deudor qué es a lo que está obligado.

En lo que respecta a las obligaciones del vendedor de que se viene tratando, o sean las de dar y entregar la cosa vendida, precisado ya el alcance de las mismas según su naturaleza resta tan solo referir aquí a las reglas relativas a la determinación en lo que toca con las cosas corporales y con las cuotas proindiviso del dominio sobre las mismas.

También sabido es que las aludidas reglas difieren según que las obligaciones respectivas sean de especie o cuerpo cierto, por versar sobre cosas individualizadas en tal forma que no puedan confundirse con otras de la misma especie, como el caballo tal o el predio rural determinado por linderos ciertos, o que la obligación sea de género o recaer sobre una o más unidades inciertas de un mismo género (incertum ex certo), *como uno o más caballos, o cien cargas de trigo, o diez fanegadas por tomar de tal predio.*

El artículo 1518 del Código Civil, que se refiere a los tres requisitos que debe reunir el objeto de todo acto jurídico, cuales son la posibilidad, la licitud y la determinación del mismo, al tratar del último en relación con las cosas corporales, señala el mínimo de determinación de éstas para que el vínculo jurídico pueda formarse. Así, no estando la cosa que se debe dar o entregar precisamente individualizada como especie o cuerpo cierto, el citado artículo exige que se la señale, a lo menos, por su género y que la cantidad sea cierta o que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para calcularla, como cuando se trata de cien cargas de trigo.

Las reglas generales del precitado artículo 1518 del Código Civil, en lo tocante con la determinación de la cosa, reciben varias explicaciones concretas en el contrato de compraventa. Así, el artículo 1867 ibídem se refiere a la venta total o de cuota de especies, géneros y cantidades, los que deben designarse expresamente cuando se trate de sacarlos colectivamente del patrimonio del vendedor. El artículo 1877 se refiere a la venta de cosas de las que se suelen vender a peso, cuenta o medida, pero señaladas de modo que no puedan confundirse con otra porción de la misma cosa, como todo el trigo contenido en cierto granero, y a la de parte indeterminada de cosas de la misma clase, como diez hectolitros de trigo de los contenidos en cierto granero.

III. *La determinación de los inmuebles vendidos.*

En la compraventa de cosas de esta clase, los principios enunciados en el apartado anterior reciben aplicación en la siguiente medida:

1º *Si la cosa se vende total o parcialmente como cuerpo cierto, dicha cosa o la porción vendida debe determinarse en la escritura respectiva en la forma prescrita en el inciso 2º del artículo 2594 del Código Civil, que reza: "Las cosas y las cantidades serán determinadas de una manera inequívoca, y si en el instrumento se tratare principal o accesoriamente de inmuebles, se pondrá constancia de la situación de éstos y de sus linderos, expresándose si el inmueble fuere rural, su nombre y el distrito o distritos de la situación; y si urbano, además, la calle en que estuviere situado, y el número del inmueble si lo tuviere".*

2º *Si la venta se refiere solamente a una cuota del dominio radicado en cierto inmueble, obviamente es necesario señalar en la escritura respectiva, no solo dicha cuota como fracción precisa de la totalidad del derecho, sino que tam-*

bién por mandato del inciso 3º del citado artículo 2594, debe singularizarse el inmueble en que aquella está radicada, con las mismas indicaciones prescritas para la hipótesis de que trata el numeral anterior.

En relación con la venta de cuota proindiviso importa hacer, desde ahora, dos observaciones, a saber:

a) *La venta de cuota puede versar sobre inmueble en que ya exista una comunidad de que forme parte el vendedor (Código Civil, artículos 1868 y 2594, 3) pero el contrato también puede recaer sobre inmueble de propiedad exclusiva del vendedor, quien, al vender cuota del mismo, da lugar al establecimiento de una comunidad contractual sobre la cosa singular; y b) La determinación de la cuota vendida puede hacerse de varios modos, pero requiere siempre que no quede duda alguna de que la intención del vendedor es la de transferirle al comprador un derecho proporcional sobre la totalidad del inmueble, porque, de no ser así, faltaría la condición esencial de toda comunidad, cual es la de que el derecho de cada uno de los comuneros recaiga proindiviso en todas y cada una de las partes de la cosa común* (toto in tota, toto in qualibet parte). *Así, la fijación de la cuota puede hacerse diciendo, por ejemplo, que se vende la mitad o el tercio, o un derecho equivalente a tal suma de dinero en relación con el valor total de la cosa etc. Pero, si en el contrato se expresa v.gr., que de cierto solar de mil varas cuadradas se venden cien, entonces se configura fenómeno completamente distinto que se analizará adelante. En este supuesto la obligación de dar versa exclusivamente sobre las cien varas, pero la venta no le confiere al comprador derecho alguno sobre las novecientas restantes, o sea, que éste no está llamado, ni por virtud del contrato ni en razón del cumplimiento del mismo mediante la tradición individualizada de las cien varas, a convertirse en comunero respecto de las novecientas excluidas de la transacción.*

3º *En fin, suele presentarse el caso de compraventa que tenga por objeto porción de cierto predio con indicación de la cabida de aquella, pero no de los linderos correspondientes a la misma* (genus limitatum), *como ocurre en el ejemplo últimamente propuesto de venta de cien varas de las mil que contiene cierto solar.*

En este evento se configura una venta de cosa corporal inmueble determinada por su género y por su cantidad, conforme a las prescripciones del artículo 1518 del Código Civil. En efecto, al señalarse precisamente el predio del cual habrán de tomarse las varas de terreno vendidas, no cabe duda de que dicho predio constituye el género próximo (por su ubicación, alindación, etc.); y como, además, está indicada la cabida o cantidad vendida, se dan los dos requisitos legales para todo acto que verse sobre la dación o entrega de cosas corporales de género.

IV. *La venta de inmuebles de género ante la doctrina.*

Según ya quedó insinuado, esta última modalidad de la venta de inmuebles ha sido objeto de discusión en el campo doctrinal. Algunos la descartan del derecho colombiano, por considerar que la cosa así vendida no queda determinada mientras no sea medida y demarcada, lo que impide el perfeccionamiento de la venta: "Se vende cierta extensión como cien hectáreas que deben tomarse de tal predio por un precio fijo, como a $ 1.000.00 la hectárea, o por $ 10.000.00 las 10. El precio está determinado, pero no la cosa, porque no se saben cuáles son las 10 hectáreas vendidas mientras no se midan, que es lo indispensable para determinarlas. Por lo mismo, en este caso la venta no se perfeccionará sino cuando se midan las 10 hectáreas, y mientras tanto no se transmite el dominio, y los riesgos de la cosa son por cuenta del vendedor. Si el predio se inunda antes de la medida no hay venta". (P. Vélez, Derecho Civil 2ª edición, Tomo VII, número 271). Otros confunden la venta de genus limitatum *con la de cuota proindiviso en cosa singular y, por lo tanto, opinan que el objeto sí es determinado y que la venta sí se perfecciona, pero que ésta genera una comunidad o "estado de indivisión" entre el vendedor y el comprador hasta que se otorgue una Escritura Pública que debe registrarse y en la que se establezcan los linderos de lo medido y entregado por aquél a éste. Finalmente, otros admiten, sin reatos, que la venta de inmuebles concebida en la forma dicha se perfecciona válidamente, aunque para el cumplimiento de la obligación de dar que contrae el vendedor sea indispensable el ulterior otorgamiento de Escritura Pública en que se singularice la cosa materia de la tradición.*

De las precitadas tesis la acertada es la última. La exigencia legal para todo acto o contrato que implique obligación de dar o entregar cosa corporal es la establecida en el artículo 1518 del Código Civil, que prescribe la determinación de ésta, no como especie o cuerpo cierto, sino "a lo menos en cuanto a su género", estando por otra parte determinada o siendo determinable la can-

tidad de la misma. Esta norma general es pertinente en la compraventa, lo mismo que en cualquier otro acto o contrato que produzca obligaciones de la clase mencionada. Más aún, como ya quedó visto, el artículo 1866 del Código Civil declara que "pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por la ley". El artículo 1867 declara la validez de ciertas ventas que versan sobre "especies, géneros y cantidades" que se designen. Los artículos 1877 y 1878 confrontan hipótesis de ventas de cosas muebles de las que se suelen vender a peso, cuenta o medida, y lo hacen, según su tenor literal y el capítulo del código de que forman parte. (De los efectos inmediatos del contrato de venta), no para declarar que mientras dichas cosas no se singularicen la venta sería imperfecta, sino, por el contrario, para regular los efectos que ésta produce precisamente porque se ha celebrado en legal forma.

La circunstancia de que el Código no haya contemplado expresamente los efectos de la venta de cosa corporal inmueble determinada genéricamente, como sí lo hizo respecto de los muebles, no ofrece argumento para desecharla, porque no estando prohibida por la ley, queda comprendida dentro de la autorización general del artículo 1866 y se acomoda a las prescripciones del artículo 1518 aplicable a todo acto o contrato.

Tampoco vale como razón en favor de la tesis que se critica la de que, dada la organización de nuestro registro, la tradición no es posible mientras no se otorgue una Escritura Pública en la que se singularice la cosa vendida. Este argumento proviene de confusión entre el contrato (título) que se limita a producir las obligaciones de dar y de entregar a cargo del vendedor, para lo cual solamente tiene que llenar los requisitos generales de todo contrato y el especial que se impone respecto de los que produzcan obligaciones de tal clase, y la tradición (modo), mediante la cual se cumplen dichas obligaciones. Las dificultades y problemas que se presenten respecto de esta última, como los medios que sea necesario emplear para solucionarlos, no tocan con el perfeccionamiento y la validez del contrato, a lo que se agrega que tales problemas y dificultades se presentan no solo en relación con la tradición de inmuebles de género, sino también con la de muebles de la misma índole, como los que se suelen vender a peso, cuenta o medida, cuya determinación también es indispensable antes o al tiempo de realizarse su tradición y entrega.

Por lo tanto, la tesis verdadera es la que contiene la siguiente aseveración de Rodríguez Fonnegra: "Entre nosotros, cabe celebrar contrato causante de obligación de dar género contenido en especie inmueble ('diez hectáreas del cerro de la hacienda tal' o 'parcela de las iguales que se han cercado'); sólo que para la singularización de la especie ha de otorgarse Escritura Pública posterior a la de compraventa y que, destinada a efectuar la tradición de la porción elegida, se registre además de la contentiva del contrato copiándose de ambas' ". (De la compraventa, Bogotá 1960, número 236).

En cuanto a la otra tesis ya aludida que confunde la venta de *genus limitatum* con la de cuota proindiviso sobre cosa singular, hay que decir que esta es totalmente inadmisible porque pugna abiertamente con nuestro ordenamiento civil por varios aspectos, tales los siguientes: a) Como la venta de *genus limitatum* consiste precisamente en la venta de porción indeterminada de predio cierto y no de la totalidad de éste, ni de una cuota de dominio sobre todas y cada una de las partes que la integran *(toto in tota, toto in qualibet parte)*, faltaría, según quedó ya dicho, condición esencial de la comunidad; b) La tradición implica, por principio, la intención de transferir el dominio sobre la cosa singular que las partes tienen en mientes; luego, si por el registro de venta limitada a porción de un inmueble, el que puede solicitar en Colombia cualquier persona, se transfiriera derecho sobre la totalidad de dicho inmueble, esta tradición sobrepasaría manifiestamente la clara intención del tradente; c) de conformidad con el régimen legal propio de las obligaciones de género, "el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo, y el deudor queda libre de ella entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana". (Artículo 1566), a lo que se agrega que "el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya (algunas de las cosas de género) mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que se debe" (artículo 1567); entonces, de aceptarse que la venta de *genus limitatum* hiciera al comprador condueño en la totalidad del predio, como sí ocurre en la venta de cuota proindiviso, habría que concluir, contra las expresas normas legales, que el vendedor no tendría la facultad de elegir o de intervenir en la elección de las unidades del género para la solución de su obligación, como también que carecería del derecho que se le reconoce de enajenar las porciones de su propiedad no comprometidas, aunque "subsistan otras para el cumplimiento de lo que se debe"); d) Por último la tesis que ahora se critica conduciría a la en-

tronización de la teoría de los riesgos en campo del que legalmente está excluida cual es precisamente el de las obligaciones de género. El principio de que la cosa perece para el acreedor *(res rerit creditori)* está reservado para las obligaciones de cuerpo cierto, al paso que respecto de aquellas otras rige el principio de que los géneros no perecen *(genera non pereunt)*. Pero si se supone que la venta de *genus limitatum*, como la de 50 hectáreas de las 100 que tiene tal potrero, es venta de cuota proindiviso en todas estas, perdidas 90 hectáreas por causa de inundación, las obligaciones del vendedor quedarían reducidas a dar y entregar 5 de las restantes y el comprador tendría que pagar la totalidad del precio estipulado. Huelgan mayores comentarios.

V. *El cumplimiento de la obligación de dar la cosa vendida.*

Para finalizar estas consideraciones de orden doctrinal importa precisar el modo y los efectos del cumplimiento de la obligación a que se refiere el epígrafe de este apartado:

1º Si lo vendido es cosa singular mueble o cuota proindiviso en la misma, la obligación de dar que tiene el vendedor se cumple mediante la tradición realizada por éste en cualquiera de las formas indicadas en el artículo 754 del Código Civil.

2º Si se trata de una cosa mueble de género *(incertum ex certo)*, es necesario singularizarla por su peso, cuenta o medida, o de otra forma antes de la tradición, como en la hipótesis del artículo 1878 del Código Civil, o en el momento de la misma, pues, como dicha tradición consiste en la entrega real, o ficta, o simbólica, la cosa materia de la misma debe estar debidamente singularizada en tal momento para que el derecho *ad rem* del comprador pueda convertirse en derecho *ir re*.

Como ya quedó insinuado, en este evento puede presentarse problema en cuanto a la determinación de la cosa, porque mientras no se realice convencionalmente entre el vendedor y el comprador, éste no puede pedir individuo o individuos ciertos del género y el deudor solamente está obligado a dar cualesquiera de ellos con tal de que sean de calidad mediana y en la cantidad debida (artículo 1566). Por lo tanto, en caso de desavenencia entre las partes en la elección o singularización de la cosa vendida, el diferendo tendría que ser dirimido judicialmente por el procedimiento señalado en los artículos 988 y 989 del Código Judicial, que culmina con la entrega de lo debido o con la deducción de responsabilidad a cargo del vendedor.

3º La venta de cosa corporal inmueble determinada como especie o cuerpo cierto en la respectiva escritura con las indicaciones prescritas en el inciso 2º del artículo 2594 del Código Civil, se cumple en lo tocante a la obligación de dar a cargo del vendedor mediante la inscripción en el registro de instrumentos públicos en la forma ordenada en el artículo 2659 ibídem y en los artículos 15 a 18 de la Ley 40 de 1932. A este repecto no ocurre problema porque en nuestro ordenamiento positivo, a diferencia del chileno, la presentación de la escritura para su inscripción puede hacerla cualquier persona. De esta suerte, el comprador queda habilitado para obtener la satisfacción de su derecho sin necesidad del concurso del vendedor.

4º Vendida una cuota sobre cosa corporal inmueble, el cumplimiento de la obligación de dar dicha cosa se realiza en la misma forma indicada en el literal anterior. El registro de la escritura de venta genera en favor del comprador un derecho *in re* equivalente a su cuota, y éste adquiere por consiguiente, la condición de comunero en la cosa singular con todas las facultades y prerrogativas inherentes a la misma.

5º En fin, si el objeto de la venta es porción determinada de un predio cierto, la escritura que la contiene debe ser registrada como todo instrumento de esta clase, pero tal registro no implica el cumplimiento de la obligación de dar por parte del vendedor, porque, no estando singularizada la porción vendida, ésta no es susceptible de soportar un derecho *in re*. Con otras palabras, la aludida inscripción producirá todos los efectos que son propios del registro, a excepción de los que tocan con la tradición o transferencia de dominio entre las partes contratantes. Hasta el momento existe una venta perfecta y válida que ha producido a cargo del vendedor la obligación de dar la cosa vendida, pero esta obligación todavía resta insoluta e insatisfecho el correlativo crédito *ad rem* del comprador.

En tales circunstancias, no habiéndose pactado plazo o condición suspensiva en el contrato, las partes deben proceder inmediatamente a hacer la mensura de la cosa vendida y a determinarla como cuerpo cierto, lo que necesariamente supone el otorgamiento de una escritura adicional que contenga las indicaciones de que trata el inciso 2º del artículo 2594 del Código Civil y cuya inscripción en el registro sí implica ya real tradición de aquella cosa. Esta solución y los deberes que ella implica respecto de las partes

contratantes se explican suficientemente por la naturaleza de la obligación estipulada a cargo del vendedor y por los dictados del principio de la buena fe contractual expresamente consagrados por la ley. En efecto: dicha obligación es de resultado y solo queda totalmente solucionada cuando el deudor ha empleado los medios necesarios para que el derecho de dominio radique efectivamente en el comprador. Además, la compraventa, como todo acto jurídico o contrato, debe ejecutarse de buena fe y, por consiguiente obliga "no solamente a lo que en él se expresa, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella". (Código Civil, artículo 1603).

Por lo tanto, el procedimiento antes reseñado para el cumplimiento de la obligación de dar que contrae el vendedor de *genus limitatum,* que es el único adecuado para la obtención de la finalidad a que apunta el contrato está fundado en la ley, y la renuencia de los contratantes en el empleo de los medios necesarios, especialmente por parte del vendedor, apareja las responsabilidades y demás efectos establecidos, entre otros, por los artículos 1878 y 1883 del Código Civil.

El caso sub lite.

Por Escritura Pública número 491 otorgada el 26 de febrero de 1937 en la Notaría Primera de Bogotá, registrada el 9 de abril del mismo año, Ana G. Guzmán dijo venderle a Industrias Ivor S. A., entre otros bienes inmuebles ubicados en el punto denominado "Alquerías de La Fragua" del municipio de Bogotá, "la cantidad de tres mil dieciséis (3.016) varas cuadradas, que se tomarán del lote número veinte (20), el cual tiene los siguientes linderos . . .".

Luego la venta, en la última parte referida no recayó sobre la totalidad del lote número 20 de la manzana "J" determinado específicamente por sus linderos, sino sobre *genus limitatum* constituido por 3.016 varas cuadradas de dicho solar. Además la locución de futuro ("se tomarán") empleada por los contratantes confirma, sin lugar a duda, esta conclusión, como también la clara idea que ellos tuvieron de que el solo registro de la escritura no implicaba el cumplimiento de la obligación de dar las 3.016 varas vendidas, sino que éstas deberían ser "tomadas" posteriormente del predio.

Esta clase de venta de bien inmueble y los términos empleados en el contrato, le imponían a ambas partes, especialmente a la vendedora, la obligación de medir las varas vendidas y de determinarlas legalmente mediante una escritura pública posterior, cuyo registro condujera a la tradición de las mismas en favor del comprador. Esto no se hizo y parece que tampoco se ha hecho hasta ahora y, por lo tanto, la obligación de dar a cargo de Ana G. Guzmán permanece insoluta e insatisfecho también está el correlativo derecho *ad rem* de Industrias Ivor S. A., derecho éste que primeramente se transfirió por el acreedor original a la Sociedad Schuchard & Cía., junto con otros bienes, mediante la Escritura Pública número 1537 otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá el 22 de mayo de 1937, y después por esta última sociedad al doctor Antonio J. Latorre, mediante la Escritura Pública número 3255 otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá el 17 de agosto de 1943. Finalmente, el mismo derecho pasó a los demandados en este juicio por causa de la muerte del nombrado doctor Latorre.

Incurrió, pues en error el Tribunal sentenciador al considerar que esta serie de transferencias de un derecho crediticio *ad rem* insatisfecho y a cargo de Ana G. Guzmán, constituía una cadena de títulos de dominio (derecho *in re*) sobre las 3.016 varas cuadradas de terreno vendidas por dicha señora a Industrias Ivor S. A.

Igualmente incurrió en error el sentenciador al afirmar que "lo adquirido por el señor Latorre no fue un cuerpo cierto sino un derecho en común y proindiviso equivalente a la cantidad de 3.016 varas cuadradas que se tomarán del lote número 20 de la manzana "J" . . .", lo que equivale a suponer la existencia de una comunidad entre Ana G. Guzmán, titular de un derecho *in re* y el sucesor de Industrias Ivor S. A. titular en un derecho crediticio *ad rem,* figura jurídica que es extravagante en nuestro sistema legal.

Además, siendo así que el Tribunal llegó a la conclusión de que Ana G. Guzmán les vendió dos inmuebles distintos a Rosa Durán viuda de Gómez y a Industrias Ivor S. A., como dice que está comprobado mediante una inspección ocular, en la cual inexplicablemente se identificó un derecho *ad rem* de género, la precitada afirmación relativa a la constitución de una comunidad entre la vendedora y la mencionada compradora resulta manifiestamente contradictoria. Si efectivamente tal comunidad se hubiera formado en virtud de la compraventa y del registro de la escritura respectiva, el derecho adquirido por el comprador no versaría exclusivamente sobre una porción ("inmueble distinto") del mencionado lote 20 de la manzana "J", sino sobre la totalidad de dicho solar *(toto in tota, toto in qualibet parte)* como ciertamente habría ocurrido en el caso de que la venta, en vez de versar sobre *genus*

limitatum, hubiera tenido por objeto cuota proindiviso en el predio perteneciente a la vendedora.

Lo cierto en derecho y de hecho es lo ya declarado: los demandados y sus antecesores han sido titulares de un derecho de crédito a cargo de Ana G. Guzmán por 3.016 varas cuadradas de terreno "que se tomarán", cuando la obligación se cumpla, del lote específicamente designado para el efecto. Antes de que esto suceda, ni los demandados ni su causante Antonio J. Latorre pueden, como este último lo hiciera, ocupar de facto porción alguna de dicho lote, lo que equivale a pagarse obligación sin el consentimiento del deudor, a quien, en principio corresponde determinar las unidades destinadas a solucionar dicha obligación de género (Código Civil, artículo 1566). Además, la vendedora Guzmán bien podía enajenar las porciones de su predio no comprometidas con Industrias Ivor y sus causahabientes, porque para esto estaba expresamente autorizada por la ley (artículo 1567 ibídem).

Esto último fue que lo que ella hizo. Por Escritura pública número 420 otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá el 26 de abril de 1935 les vendió a Rosa Durán viuda de Gómez y otros 2.016 varas cuadradas del varias veces citado lote número 20 de la manzana "J", cuya extensión total era de 6.034 varas cuadradas, según dicen los autos. Esta porción, debidamente determinada como cuerpo cierto en la respectiva escritura y en la inscripción de la misma en el registro de instrumentos, fue la transferida al actor José de Bedout, quien así adquirió respecto de la misma la condición de propietario exclusivo que el Tribunal le reconoce y que, sumada a los otros elementos o extremos establecidos en el juicio, determinaron el triunfo de su acción reivindicatoria en la segunda instancia.

Por todo lo anteriormente dicho se concluye, que el Tribunal no quebrantó los artículos 752, 946 y 2674 del Código Civil invocados por el censor.

Así, pues, el cargo no prospera. Pero, no hay lugar a imponer costas en el recurso, porque éste dio pie para rectificar la doctrina del Tribunal sentenciador.

Resolución

En mérito de las razones expuestas, 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 con fecha 11 de diciembre de 1962, en el juicio ordinario de José de Bedout Moreno contra Tulia Caycedo viuda de Latorre y otros.

Sin costas en el recurso.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

CONTRATO DE SOCIEDAD

Su definición, características y elementos esenciales. Sociedades de hecho. Especies por razón de su origen. Sociedades de hecho entre concubinos. El consentimiento como elemento esencial del contrato de sociedad.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, noviembre 30 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

Contra la sentencia de 20 de abril de 1966, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tuluá en el ordinario de Vitalia Quintero frente a José de Jesús Puerta Quintero, interpuso casación la parte demandante. Tramitado el recurso es oportuno decidir ahora sobre su mérito.

— I —

El litigio

En el libelo inicial del juicio se afirma que en el mes de diciembre de 1935, llegaron al Municipio de Trujillo (Valle), con el ánimo de radicarse allí, José de Jesús Puerta Quintero y Vitalia Quintero, sin bienes de fortuna; que se establecieron en el paraje "La Bohemia" y mediante el esfuerzo de ambos, trabajando de consuno en labores del campo y en negocios de compra y venta de ganados, compra de bienes raíces y explotación de éstos para recaudar y vender sus productos, lograron adquirir varias propiedades inmuebles y algunos semovientes; que Vitalia atendía además a los menesteres de la casa, como lavado y arreglo de ropas, manutención de trabajadores y crianza de los hijos comunes; que se constituyó una sociedad de hecho entre ellos, a la cual pertenecen todos los bienes adquiridos por el esfuerzo y trabajo constante de ambos relacionados en los hechos 4º y 5º de la demanda, aunque las adquisiciones de los inmuebles allí determinados figuran hechas únicamente por José de Jesús; que se asociaron de modo permanente y continuo y que los hijos habidos en sus mutuas relaciones fueron denunciados como hijos legítimos por Puerta Quintero; y que José de Jesús se ha negado a liquidar la sociedad de hecho y a entregar a Vitalia lo que le corresponde, por lo cual ésta se ha visto obligada a recurrir a la vía judicial para que le sean reconocidos sus derechos.

Con base en tales hechos, la nombrada Vitalia Quintero demandó a José de Jesús Puerta, para que mediante los trámites de un juicio ordinario, se hiciesen estas declaraciones:

"a) Que desde el mes de diciembre de 1935 hasta la fecha ha existido y existe una sociedad de hecho formada por los señores José de Jesús Puerta Quintero y Vitalia Quintero.

"b) Que pertenecen a dicha sociedad de hecho todos los bienes que dejo detallados en los hechos 4º y 5º de la presente demanda, correspondiendo a la demandante la mitad de tales bienes.

"c) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se inscriban a favor de mi mandante, en cuanto a la mitad de bienes que le pertenecen, los títulos de dominio de los predios relacionados en el hecho 4º de esta demanda, para lo cual debe comunicarse lo pertinente al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito.

"d) Que se ordene la disolución y liquidación de la referida sociedad de hecho, conforme a las reglas que indica el artículo 2141 del Código Civil.

"e) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se ordene la restitución a mi mandante de los bienes que le correspondan en la referida liquidación, con sus frutos naturales y

civiles, a partir de la notificación de la demanda en adelante, frutos que deberán liquidarse conforme al artículo 553 del Código Judicial.

"f) Que se condene al demandado al pago de las costas procesales".

Este negó los hechos fundamentales de la demanda y se opuso a que se hiciesen las declaraciones solicitadas en ella.

La primera instancia concluyó con sentencia de 12 de julio de 1963, mediante la cual el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tuluá negó las declaraciones solicitadas y absolvió al demandado de los cargos formulados.

La parte demandante apeló y el Tribunal Superior del Distrito Judicial del mismo lugar confirmó la decisión del juzgado, según fallo de 20 de abril de 1966, materia del presente recurso de casación.

— II —

Consideraciones de la sentencia acusada

Sobre la base de que la demandante y el demandado vivían amancebados, con todas las apariencias de un verdadero matrimonio, acepta el Tribunal que entre concubinos puede existir sociedad de hecho, no como consecuencia del amancebamiento, sino como resultado de una explotación común, siempre que el móvil determinante haya sido el de asociarse para la obtención de beneficios.

Se refiere a la jurisprudencia de la Corte sobre los requisitos para dar por demostrada la sociedad de hecho entre concubinos, y dice que de tal jurisprudencia se derivan estas consecuencias: que la demostración de un estado de hecho por la unión de un hombre y una mujer, en forma permanente, con trato de esposos sin serlo, común vivienda, procreación de hijos comunes y fidelidad de los amantes, "no es prueba suficiente para demostrar una sociedad de hecho, porque el concubinato por sí mismo no la crea, a ello se contrapone el objeto y el móvil determinante; pero no se opone esta situación para que entre los concubinos se establezca una sociedad de hecho o por los hechos, si con éstos se demuestra el *ánimus contrahendi societatis,* el que se presumirá o inducirá de los mismos hechos y circunstancias que los rodeen, cuando de la coordinación y colaboración conjunta se reúnen las condiciones que la doctrina de la Corte terminantemente expresa".

El fallador procede luego a estudiar la prueba aportada, "con el fin de inferir de los hechos y circunstancias la verosimilitud que establezca el consentimiento tácito o presunto, para dar por constituida la sociedad de hecho".

Analiza las posiciones absueltas por el demandado dentro del juicio, de donde deduce que éste acepta la existencia de una vida marital con la demandante y que Vitalia trabajó en quehaceres domésticos, mas "no en asociación con el confesante".

Se refiere también a los testimonios de Heriberto Antonio Soto, Carmelina Cadavid de Beltrán, Rosa Tulia Navarrete de Triana, Epaminondas Triana, Gerardo Ortiz Ríos, Ramón Elías Tabares Gallego, Evaristo Triana, María Encarnación Riaño de Garzón, Pedro Luis Tabares, Pablo Triana, Rudecindo Soto y Martiniano Garzón, de los cuales deduce que José de Jesús Puerta Quintero y Vitalia Quintero "han vivido como casados desde hace unos veinticinco años"; que cuando llegaron al Municipio de Trujillo no tenían bienes de fortuna; y que "el trabajo de la señora Vitalia Quintero consistía en labores domésticas". Destaca el fallador el dicho de los testigos sobre tales labores, así:

"Heriberto Soto dice: 'ella se dedicaba a la crianza y levante de animales, como cerdos y gallinas, también a pelar, lavar y secar café, en alimentar a su esposo y a sus hijos, lo mismo que a los trabajadores y al arreglo de ropa para ra él'.

"Carmelina Cadavid: 'La colaboración consistía en atender a la casa, criar cerdos y gallinas, ver el ganado, alimentar peones'.

"Epaminondas Triana: 'Ambos colaboraban en el trabajo, él en las faenas del campo y ella en oficios domésticos de la casa, arreglando ropa para el señor Puerta y sus hijos, alimentándolos'.

"Ramón Elías Tabares Gallego: 'La señora Vitalia Quintero lavaba, revolvía café, y hacía de comer a los trabajadores y a la familia'.

"Evaristo Triana: 'Ella trabajaba en los quehaceres de la casa, arreglando ropa para el señor Puerta Quintero haciéndole de comer a éste, a sus hijos, a los peones, lavando y viendo animales'.

"María Encarnación Riaño: 'La señora Vitalia Quintero cuidaba los animales, cerdos, gallinas, etc., etc., lavar café y secarlo, lavar ropas y alimentar al señor Puerta Quintero y a los trabajadores'.

"Pedro Luis Tabares: 'El señor Puerta Quintero trabajaba en las faenas del campo y ella en los quehaceres de la casa, revolvía café, cuidaba

marranos, hacía de comer para el señor Puerta Quintero y para los trabajadores'.

"Rudecindo Soto y Martiniano Garzón declaran en igual sentido.

"Rosa Tulia Navarrete, Gerardo Ortiz Ríos y Pablo Triana manifiestan que los señores José de Jesús Puerta Quintero y Vitalia Quintero, figuran como casados, la señora en las labores de la casa y la familia y el otro en las del campo".

El fallador dice que de la prueba testimonial aportada por la parte actora, se llega a la certidumbre sobre la iniciación, formación y continuación de la vida en común de demandante y demandado, por muchos años "unión permanente en el tiempo y en el espacio, unión en la cual procrearon varios hijos, finalidad que contribuyó a la estable y común vivienda, a la fidelidad y consecuente notoriedad, pues los vecinos siempre los consideraron como casados y vieron en él a un buen trabajador, hábil negociante y en ella una excelente ama de casa.

"Estos hechos rodeados de tales circunstancias —continúa el fallador— establecen un concubinato notorio, pero de éstos no se puede inferir con verosimilitud el consentimiento tácito o presunto para dar por demostrada la existencia de una sociedad de hecho, porque si se admitiera esta conclusión habría que tomar como punto de partida hechos diferentes no clasificados como susceptibles de ser la fuente de las obligaciones que se pretende demostrar".

Por último analiza los elementos de juicio aportados por la parte demandada y concluye así:

"Se puede predicar sin vacilación con la misma demandante, que ella vivió dedicada por completo a los oficios domésticos, como cocinar, lavar y atender el hogar. Nadie en el lugar donde vivió la conoció como negociante en fincas rurales ni como persona apta para explotarlas económicamente, ni con conocimientos agrícolas para ello. No ha tenido patrimonio representado en dinero efectivo o en bienes de cualquier especie y por último, que el señor José de Jesús Puerta Quintero era la persona que explotaba y manejaba el patrimonio".

— III —

El recurso

De los planteamientos hechos en la demanda de casación, se advierte que el cargo único en ella formulado contra la sentencia del Tribunal, es por error de derecho en la apreciación de la confesión de Puerta Quintero, contenida en las posiciones que absolvió dentro del juicio, y de las declaraciones de Heriberto Soto, Carmelina Cadavid de Beltrán, Rosa Tulia Navarrete de Triana, Epaminondas Triana, Gerardo Ortiz R., Ramón Elías Tabares G., Evaristo Triana, María Encarnación Riaño de Garzón, Pedro Luis Tabares, Pablo Triana, Rudecindo Soto y Martiniano Garzón, aportadas por la parte demandante a intento de acreditar la pretendida sociedad de hecho que afirma existió entre ella y el demandado.

En desarrollo del cargo el recurrente empieza por hacer algunas consideraciones sobre el fenómeno de la sociedad y los requisitos para el reconocimiento de su existencia (pluralidad de personas, aporte de cada una de ellas, participación de todas en beneficios y pérdidas y la *affectio societatis* de colaboración económica en el objeto materia de la sociedad); dice que no puede concebirse un tipo único de operaciones y actividades "que a manera de patrón cerrado permita decidir afirmativa o negativamente la presencia de una sociedad de hecho, según una comparación sumaria entre dicho modelo arbitrario y la realidad probada"; que la sociedad "exige simplemente pluralidad personal, entrega de algo por todos, o sea, la onerosidad consistente en el sacrificio individual en favor de la explotación común, y una conciencia de conjunto, declarada solemnemente o que destila de una tradición y unos hechos así entendibles sencillamente"; que el primer requisito se cumple por la dualidad de sujetos; que el segundo se da porque Puerta y la Quintero llegaron a Trujillo al establecerse, "vivir en común y trabajar en tareas agrícolas y ganaderas", como lo hicieron con todo éxito merced al esfuerzo de ambos, a su ahorro, a su tino, en fin; a una actividad constante, pareja, con aplicación de la división del trabajo "cuyo reconocimiento ineludible no puede pasar inadvertido"; que la dificultad estriba en el propósito o ánimo de asociarse, que para el caso se deduce de la colaboración económica de los dos en el trabajo; y que ha de tenerse en cuenta la índole de los negocios o actividades a que se dedicó la sociedad y apreciarse qué es lo propio y usual como trabajo de cada quién, sin olvidar que los pretendidos socios son un hombre y una mujer, por lo cual no puede exigírsele a ésta que "prescindiendo de su naturaleza se comporte de otro modo".

Expresa que el Tribunal desacertó al apreciar los elementos probatorios a que se refiere la cen-

sura, pues dedujo que ellos no demostraban el *ánimus* o *affectio societatis*, siendo así que sí lo demuestran.

Este es el fundamento para el ataque por error de derecho formulado en la demanda, porque para el recurrente "medios legalmente aptos para acreditar una sociedad de hecho, y que ciertamente la demostraron, no fueron tenidos como prueba plena, tan sólo porque no se encaminaron o no alcanzaron a completar una figura que no es la legal, sino que era la personal del juzgador. En otras palabras, se absolvió por deficiencia probatoria, deficiencia que no es real, deficiencia que no se funda en contraste entre el factum legal y la realidad del proceso, deficiencia solamente referida al supuesto judicial, que contradictoriamente resulta plenitud para el ordenamiento".

El autor del recurso comenta que el Tribunal admite como probado, por la confesión del demandado y el dicho de los testigos de la parte demandante, el hecho de que "Vitalia Quintero trabajó sin solución de continuidad, a la vera de José de Jesús Puerta Quintero, en las fincas que éste fue adquiriendo para sí, partiendo de nada, por espacio de más de veinticinco años, a más de en oficios domésticos, preparando la comida de los peones que trabajaban en dichas fincas, lavando y viendo los animales, lavando y revolviendo café, engordando puercos, criando gallinas, orientando los negocios, más aún en estos asertos coinciden invariablemente, y el Tribunal no osa negarlo, partes y testigos". Y pregunta: "¿Por qué, entonces, la absolución?".

Dice el recurrente que con los testimonios mencionados se acredita que las partes hicieron en largos años de comunidad el patrimonio que hoy posee exclusivamente el demandado, sin otro aporte que el del personal esfuerzo de ambos; que con tales testimonios y con las posiciones absueltas por el demandado, se establece el trabajo económicamente rendidor de la actora, coordinado con el de Puerta, dentro de una misma actividad de producción, trabajo que no se confunde con las labores domésticas de cuidado del marido y crianza de los hijos.

Finaliza el cargo con la afirmación de que el error de derecho cometido por el Tribunal en la estimación de los medios probatorios relacionados, lo llevó a quebrantar directamente los artículos 697, 606, 663 y 664 del Código de Procedimiento Civil y 1759 del Código Civil, e indirectamente los artículos 2083, 2141, 946, 961, 963 y 964 de este último estatuto.

La Corte considera:

1. El artículo 2079 del Código Civil define la sociedad o compañía expresando que es "un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación".

Como características de este contrato se indican las siguientes: es bilateral, *porque impone obligaciones a todos los que en él intervienen;* conmutativo, *porque las prestaciones de cada parte se consideran de un valor equivalente al de las prestaciones de los demás;* oneroso, *porque tiene por objeto la utilidad para todos los contratantes, gravándose cada uno en beneficio de los otros;* consensual, *por regla general porque para su perfeccionamiento no requiere solemnidades, ni la entrega del aporte, pues basta que se estipule poner algo en común, es decir, que las partes se obliguen a aportar alguna cosa, sin que sea necesario para su formación la entrega de la misma. Excepcionalmente es solemne, cuando así lo determina la ley.*

De la definición que da el Código se deducen los elementos esenciales del contrato de sociedad, que pueden reducirse a tres, a saber: aporte, repartición de beneficios o pérdidas e intención de formar sociedad.

No hay sociedad si las partes no se obligan a aportar algo, ya en dinero o en efectos, ya en industria o en servicios apreciables en dinero. El aporte ha de ser a título singular, es decir, especificando las cosas que se aportan, porque la ley prohíbe toda sociedad a título universal y toda sociedad de ganancias a igual título, excepto entre cónyuges (artículo 2082 del Código Civil).

Como el fin de la sociedad es el lucro, en lo cual se distingue de las corporaciones y de las fundaciones, que persiguen fines netamente culturales o de beneficencia, si en la sociedad no se estipula reparto de beneficios en proporción al interés de cada cual o conforme al pacto social, la sociedad no existe (artículo 2081 del Código Civil). No se entiende por beneficio la utilidad puramente moral, pues dicha utilidad debe ser pecuniaria, apreciable en dinero. Como consecuencia del reparto de beneficios, los socios deben también soportar las pérdidas que la sociedad sufriere, a prorrata de la división de aquéllos (artículo 2094 ibídem).

Es también elemento esencial del contrato el que los socios tengan la intención de runirse para formar sociedad y dar vida jurídica a una

persona distinta de los socios individualmente considerados. Este elemento, que los romanos llamaban "affectio societatis", o "animus contrahendi societatis", se traduce en un propósito de colaboración en el objeto materia de la sociedad. Sin tal elemento, que es de carácter subjetivo, no puede hablarse de sociedad: habrá una comunidad, o cualquiera otra forma de colaboración para la explotación de un negocio o industria, pero no una verdadera sociedad.

2. *Cuando la sociedad se ha constituido regularmente, con observancia de todas las formalidades prescritas según su especie, entre personas capaces, que consienten en el acto o contrato, que persiguen un objeto lícito y obran impulsadas igualmente por una causa lícita, se habla entonces de una sociedad de derecho, que funciona normalmente y actúa con todas las prerrogativas y responsabilidades que la ley señala.*

Al lado de las sociedades regularmente constituidas o de derecho, la ley reconoce también la existencia de sociedades irregulares o de hecho, que son aquéllas a que falta alguno de los requisitos establecidos por la ley para su constitución normal como sociedades de derecho.

El artículo 2083 del Código Civil reconoce la existencia de estas sociedades cuando expresa que "si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que hubiere aportado". También el artículo 472 del Código de Comercio, al decir que produce nulidad absoluta entre los socios la omisión de la escritura social y las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470 del mismo Código, agrega que los socios "sin embargo, responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho".

3. *Hay, pues, sociedades de hecho que nacen por la expresión de un consentimiento manifiesto de las partes, pero que no alcanzan a formar en la categoría de las sociedades de derecho por falta de alguna de las solemnidades requeridas por la ley o de alguno de los factores esenciales para la formación del contrato social.*

La doctrina ha considerado que hay también sociedades de hecho originadas en la colaboración de dos o más personas que aúnan sus esfuerzos en la realización de determinadas operaciones de carácter económico o de explotación pecuniaria, encaminadas a obtener comunes beneficios, y que de tales circunstancias puede deducirse el consentimiento implícito de formar la sociedad.

Es decir, por razón de su origen, hay dos especies de sociedades de hecho, según la doctrina: las que se forman en virtud de un consentimiento expreso, *a las cuales les faltó algún requisito esencial para que funcionen como sociedades de derecho; y las que se forman en virtud de un* consentimiento implícito, *para la explotación de un negocio o industria, por dos o más personas que aportan algo en común.*

4. *A partir de la sentencia de 30 de noviembre de 1935 (Tomo XLII, página 476) la Corte ha admitido que entre concubinos puede darse la existencia de una sociedad de hecho de las de la segunda especie, o sea de las que se forman a virtud de un consentimiento implícito, pero es necesario que se reúnan determinados requisitos para la aceptación de su existencia.*

"Se presumirá ese consentimiento, —dice la Corte— se inducirá de los hechos el contrato implícito de sociedad y se deberá, en consecuencia, admitir o reconocer la sociedad creada de hecho, cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúna las siguientes condiciones:

"1ª Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común;

"2ª Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios;

"3ª Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro y 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 uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa;

"4ª Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios...

"Si la sociedad —lo que es muy frecuente— se ha creado de hecho entre concubinos, será necesario que medien, además, para poderla reconocer, estas dos circunstancias adicionales:

"1ª Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así, el contrato

sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante. En general, la ley ignora las relaciones sexuales fuera de matrimonio, sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos, pero cuando el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concubinato, hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa;

"2ª Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos".

5. El consentimiento, o mejor, el "animus contrahendi societatis" que, como se dijo, es elemento esencial en el contrato de sociedad cualquiera que sea su especie, es factor cuya existencia en las sociedades de hecho formadas a virtud de un consentimiento implícito, queda sujeto a la apreciación autónoma de los falladores de instancia; porque deducir ese *consentimiento o "animus" y, por consiguiente, el contrato implícito de sociedad, de la colaboración y explotación común y demás circunstancias en cada caso, es cuestión de hecho, que sometida queda al criterio y juicioso discernimiento del juzgador. Es éste quien deduce la presunción, tomada de los hechos probados, y en esa tarea obra con autonomía, sin que la Corte en casación pueda variar la apreciación del Tribunal, a menos que hubiese cometido un error de derecho en la estimación de las pruebas, o un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.*

En el *sub lite* el sentenciador tuvo en cuenta la confesión del demandado y las declaraciones aportadas por la parte actora; valoró estos elementos de juicio conforme a la tarifa y se formó un criterio contrario a la aspiración de la parte demandante, pues de tales elementos de juicio el Tribunal sacó en conclusión que no se daba el "animus" o "affectio societatis" entre la actora y el demandado para que pudiese aceptarse la existencia de la sociedad de hecho invocada en la demanda.

De las pruebas objeto del reparo por el recurrente, dedujo el Tribunal la existencia de una vida en común entre José de Jesús Puerta Quintero y Vitalia Quintero y la colaboración de ésta en labores propias del hogar, como resultado de esa común vivienda; pero no encontró que de tales pruebas pudiese deducirse el consentimiento para la formación de una sociedad de hecho entre ellos, como lo pretende la demanda, porque no habló demostrado con esos elementos de juicio, que la demandante hubiese colaborado en la explotación agrícola y ganadera de los inmuebles rurales adquiridos por el demandado, explotación que constituyó la actividad propia de éste.

Tal apreciación es respetable para la Corte, dada la autonomía de los falladores de instancia para apreciar los hechos de la causa e inferir de ellos, presuntivamente, el "animus contrahendi societatis", en las sociedades de hecho formadas por consentimiento implícito.

No se ha cometido, en consecuencia, el error de derecho invocado, ni se han quebrantado las disposiciones que el recurrente estima violadas.

Lo dicho pone de manifiesto que el cargo no prospera.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tuluá, con fecha veinte (20) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966).

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Ignacio Gómez Posse, Julio Pardo Dávila, Conjuez, *Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.*

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

REVISION DE SENTENCIA

Restricciones a que, en materia civil, se encuentra sometido este recurso extraordinario. Presupuesto indispensable para la admisión de la demanda, es el de que el actor, acredite desde el principio, los hechos en que ella se funda. Requisitos que deben llenar las pruebas que el revisionista presente con su demanda.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, diciembre 2 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández.*

Se procede a resolver el recurso de súplica interpuesto en este asunto contra el auto de 20 de octubre del año en curso, por el cual se niega la admisión de la demanda y se adoptan otras disposiciones:

Los antecedentes son los relacionados en la providencia suplicada, de donde se toman a saber:

"La señora Ana Cecilia D'Achiardi demandó a su marido, señor Fritz Rosembaum Wetzler ante el Juez Décimo Civil del Circuito de Botá para que, en sentencia dictada por la vía especial, se decretara la separación de bienes y se practicase la liquidación de la sociedad conyugal formada entre los consortes nombrados. Como causales de separación se invocan las consagradas por los ordinales segundo, cuarto y quinto del artículo 154 del Código Civil.

"El juez del conocimiento puso término a la primera instancia del juicio con el fallo de 20 de enero de 1964, por el cual se decretó la separación de bienes y se ordenó la liquidación de la expresada sociedad conyugal. Esta sentencia encontró debidamente establecida la causal de amancebamiento del marido que fue invocada en la demanda.

"Abierta y surtida la segunda instancia en virtud de la apelación interpuesta por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió la sentencia de 16 de noviembre de 1964, por la cual se confirmó el fallo de primer grado. Entre las pruebas que fueron tenidas en cuenta por la sentencia del Tribunal, figuran los testimonios de Victoria de Segura, Juan Narváez Benavides, Ricardo Gutiérrez y Antonio Koppe. "La prueba testimonial aludida —expresa el fallo del Tribunal— pone en evidencia los hechos afirmados por la demandante en relación con el amancebamiento del demandado con la señorita Inés Mondragón y el abandono de sus deberes de esposo y padre para con su legítima esposa y sus propias hijas, respectivamente".

"En tiempo oportuno el señor Fritz Rosembaum interpuso contra la sentencia de 16 de noviembre de 1964, pronunciada por el Tribunal Superior en el referido juicio de separación de bienes el recurso extraordinario de revisión "por haberse dictado esta sentencia injustamente por fraude" y solicita en su demanda que se invalide ese fallo y que en su lugar se revoque la sentencia de primer grado y se denieguen de consiguiente las súplicas del libelo que dio origen al mismo juicio de separación de bienes.

"La demanda de revisión expone en veintiocho ordinales los hechos y razones en que se funda. Se hace allí referencias a los trámites e incidentes del juicio de separación, se reproducen los apartes principales de las declaraciones rendidas por los testigos Victoria de Segura y Antonio Koppe, se transcriben y comentan varios pasos de los fallos de primera y de segunda instancia, se recuerda que se pidió aclaración de la sentencia de segundo grado y al final del ordinal 22 se dice: "Las sentencias del honorable Tribunal Superior y la del juez de primer grado se dictaron injustamente por fraude cometido al atribuir por el juez de primer grado y el Alcal-

de de Sasaima a los testigos Victoria de Segura y Antonio Koppe en sus declaraciones testimoniales cosas que no dijeron, según expondré a continuación'':

El señor Magistrado sustanciador, mediante auto de 20 de octubre del año en curso, a vuelta de reconocer la personería del apoderado del actor en este recurso extraordinario, resolvió lo siguiente:

''B) No se admite la demanda sobre revisión de la sentencia de segundo grado, dictada el dieciséis de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio especial de separación de bienes ventilado por la señora Ana Cecilia D'Achiardi contra el señor Fritz Rosembaum.

''C) Devuélvase al demandante de la revisión la suma de dinero que aparece consignada por él.

''D) Devuélvase también al juzgado de origen el juicio de separación de bienes de la señora D'Achiardi contra el señor Rosembaum tal como llegó a estas diligencias''.

Contra esta providencia se propuso la súplica que se procede a resolver, previas las siguientes consideraciones:

La autoridad de la cosa juzgada que es uno de los principios tutelares de la seguridad de todo ordenamiento jurídico positivo, experimenta en el nuestro notable excepción al atribuírsele a la Corte Suprema de Justicia la facultad de revisar, mediante recurso extraordinario, ciertos juicios ya fenecidos por sentencia ejecutoriada.

Este recurso extraordinario tiene como fundamento ético la reparación de flagrante injusticia padecida por una de las partes en razón del fallo por revisar, principalmente a consecuencia de actuaciones dolosas y que podrían resultar cohonestadas o amparadas con la aplicación rigurosa del principio formal de la autoridad de la cosa juzgada. De ahí que, salvo el caso de recuperación de pruebas decisivas que, por haber sido retenidas por fuerza mayor, no pudieron hacerse valer en el juicio todas las demás causales de revisión extraordinaria taxativamente señaladas en el artículo 542 del Código Judicial contemplen hipótesis de maliciosa y deliberada desviación de la justicia: retención indebida de pruebas por una de las partes; utilización de documentos o de testimonios falsos; cohecho, violencia o fraude.

Dada la índole especialísima del recurso extraordinario de revisión, se comprenden las restricciones a que, en materia civil, se encuentra sometido por la ley, tales:

a) El tema del recurso se reputa tan grave que su conocimiento se atribuye privativamente a la máxima autoridad judicial de la nación;

b) Solamente procede respecto de juicios cuya decisión final haya correspondido a la Corte Suprema o a un Tribunal Superior, y

c) Desde la iniciación misma del recurso, se destaca su carácter extraordinario y exceptivo al subordinar la admisión de la demanda a la constitución de una caución, y a la presentación de las pruebas en que dicha demanda se funde.

De otro lado, como la decisión del recurso, en el caso en que esté llamado a prosperar, afecta la situación jurídica adquirida por quienes resultaron favorecidos con el fallo de cuya revisión se trata, la ley garantiza la audiencia de éstos, ordenando su citación y dándoles la oportunidad de controvertir las pruebas presentadas por el recurrente.

Desde luego, el éxito del recurso dependerá de que el revisionista logre o no demostrar la causal alegada en su demanda, mediante pruebas conducentes y plenas. Quiere esto decir que el momento en que éstas son apreciadas en definitiva es aquel en que la Corte, surtidos los trámites pertinentes, entra a decidir si niega la revisión impetrada o si, por el contrario, la concede y pasa, en consecuencia, a sustituir el fallo dictado en el juicio. Pero ocurre, según quedó visto, que habida cuenta de la índole especialísima del recurso extraordinario de revisión, enderezado, ni más ni menos, que a decidir sobre la impugnación de una sentencia amparada con el sello de la cosa juzgada, el legislador establece como presupuesto indispensable, no ya para la decisión de dicho recurso, sino para la admisión de la demanda que da lugar a él, que el actor acredite, desde el principio, los hechos en que ésta se funda. De esta suerte, además de la apreciación definitiva de las pruebas que tiene lugar después de surtida la controversia entre las partes, ante todo se da en la iniciación misma del recurso otro momento en que la Corte debe calificar las presentadas con la demanda para resolver si se justifica o no el abrir la puerta a un debate cuyo tema extraordinario versa sobre la presunción de verdad que ampara la cosa juzgada.

Lo últimamente dicho está indicando a las claras los requisitos que deben llenar las prue-

bas que el revisionista tiene que presentar en su demanda: han de ser conducentes *y* suficientes. *Lo primero, porque las causales prefijadas por la ley para la procedencia del recurso son taxativas y, por esto, únicamente admiten probanzas estrictamente relacionadas con ellas. Lo segundo, porque la exigencia legal relativa a la presentación de las pruebas en que se funda la demanda de revisión, carecería de sentido si no tuviera por objeto permitirle a la Corte establecer* in limine *la viabilidad del recurso, vale decir, si éste tiene serios visos de prosperar. Así, si la causal alegada es la de haberse dictado el fallo en el juicio con base en documentos o en testimonios falsos, o la de haber incurrido el sentenciador en prevaricato, o en cohecho, o en cualquier otro fraude tipificado por la ley penal, como lo sería el atribuirle al deponente en el acta de una diligencia de posiciones o de testimonio "declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubiere hecho" (Código Penal, artículo 231), es obvio, como lo ha sostenido la doctrina constante de la Corte, que tales hechos únicamente pueden acreditarse con el fallo dictado al respecto por la autoridad competente, y que unas simples declaraciones de testigos no son suficientes para fundar la admisión del recurso. De no ser esto último así, vale decir, de aceptar que cualquier prueba fuera apta para la admisión de la demanda y para la tramitación del recurso extraordinario y especialísimo de revisión, en los ejemplos últimamente propuestos y en otros se llegaría a que la Corte, so pretexto de remediar injusticia, entrara de lleno a conocer de hechos que, por su naturaleza, son de competencia privativa de la jurisdicción penal.*

Ahora bien, el actor en el presente recurso funda su demanda de revisión en la causal 4ª del artículo 542 del Código Judicial con el siguiente alcance: "La sentencia del honorable Tribunal Superior y la del juez de primer grado se dictaron injustamente por fraude cometido al atribuir por el juez de primer grado y el Alcalde de Sasaima a los testigos Victoria de Segura y Antonio Koppe en sus declaraciones testimoniales cosas que no dijeron, según expondré a continuación" (hecho 22). Y, según lo anuncia, adelante explica: "En efecto: según consta de la declaración extrajuicio de la señora Victoria de Segura rendida el 24 de febrero de 1966 ante el señor Juez Décimosexto Civil Municipal de Bogotá (que presento y cuya ratificación se solicitará dentro del juicio), ella no dijo nada de lo que se le atribuye en la declaración de ella que consta en el juicio de separación de bienes sino algo muy distinto" (hecho 23). "Lo mismo sucedió con la declaración del testigo Antonio Koppe que figura en el juicio de separación de bienes, según consta de la declaración extrajuicio que él rindió el 12 de mayo de 1965 ante el señor Juez Cuarto Civil (que presento y cuya ratificación se solicitará dentro del juicio de revisión)" (hecho 25).

Entonces, para dar cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 544 del Código Judicial, el actor presentó en apoyo de su demanda las siguientes pruebas:

a) Copia de la Escritura número 2633 otorgada en la Notaría 6ª de Bogotá el 8 de junio de 1965, con la cual se protocolizaron un decreto dictado por el señor Obispo Coadjutor de Bogotá, por el cual se concede el depósito de la menor Susana Rosembaum D'Achiardi al señor Fritz Rosembaum, y la diligencia de posesión del nombrado señor Rosembaum del cargo mencionado;

b) Un informe rendido al mismo señor Rosembaum por —Investigaciones Privadas— Servinco, el 27 de abril de 1965, y

c) Declaraciones extrajuicio de Aurelio Castillo Prieto, Manuel Hernando Troncoso Jiménez, José Raúl Jiménez, Victoria Flautero de Segura y Daniel Antonio Kopp.

Examinadas las precitadas pruebas se tiene lo siguiente:

Los testimonios de Aurelio Castillo Prieto, Manuel Hernando Troncoso Jiménez y José Raúl Jiménez, lo mismo que el informe de —Investigaciones Privadas— Servinco, se encaminan a establecer actuaciones que podrían ser calificadas como de faltas de fidelidad conyugal de parte de la señora D'Achiardi de Rosembaum, cuestión ésta que, como lo expresa la providencia suplicada "no se planteó ni discutió en el juicio de separación, que fue totalmente ajena a ese negocio y que por lo mismo no puede ser invocada ahora para pretender la revisión del fallo que puso término a la litis sobre separación de bienes". Siendo esto así, las referidas pruebas son totalmente inconducentes para fundar la causal de revisión alegada por el demandante, y otro tanto puede decirse del decreto de depósito de la menor Susana Rosembaum, hecho este que también fue completamente ajeno al litigio.

Respecto de las declaraciones extrajuicio de Victoria de Segura y Antonio Kopp o Koppe, quienes fueron testigos en el juicio de separación de bienes Rosembaum-D'Achiardi y cuyos testimonios rendidos en este sí tuvieron influencia en las sentencias de las dos instancias, por

las cuales se decretó la separación por amancebamiento del esposo demandado, cabe formular las siguientes observaciones:

a) Las mencionadas declaraciones se refieren a hechos y situaciones completamente diversos en cuanto a sus circunstancias de modo, tiempo y lugar: Victoria de Segura se refiere al testimonio que rindió en el juicio de separación, ante el Juzgado 10 Civil del Circuito el 29 de octubre de 1962, al paso que Antonio Koppe hace relación al dado por él en el mismo juicio ante el Alcalde de Sasaima, comisionado para recibirlo, el día 30 del mismo mes y año. De ahí que estas declaraciones extrajuicio no sean contestes en cuanto a los hechos y circunstancias de que tratan.

b) Victoria de Segura relata en su declaración extrajuicio que, a solicitud de la señora Rosembaum y previamente aleccionada por ésta y un abogado, resolvió dar un testimonio en el juicio de separación de bienes "para que no me siguieran molestando y para ayudar a la señora Anita". A esto agrega que "en el juzgado escribieron la declaración y me la hicieron firmar sin habérmela leído". De esta exposición no se concluye, al contrario de lo que se afirma en la demanda de revisión, que la nombrada testigo hubiera declarado en el juicio algo distinto de lo que reza el acta respectiva levantada en el juzgado, sino que ella se prestó entonces a rendir un testimonio falso, según se desprende de las explicaciones y disculpas que da en relación con el mismo. El hecho de que la declaración hubiera sido escrita en el juzgado como se hace siempre en una diligencia de tal especie, y de que la testigo la hubiera firmado sin leerla, no permitiría inferir en manera alguna que la exposición de ésta hubiera sido tergiversada. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la causal de revisión invocada en la demanda es la consagrada en el numeral 4º del artículo 542 del Código Judicial, la referida declaración de la señora de Segura resulta inconducente, pues, el testimonio falso está contemplado en el numeral 3º del propio artículo, a lo que se agrega que, aun cuando éste también hubiera sido invocado, dicha prueba sería insuficiente, como lo declara la providencia suplicada, porque para tal caso la ley requiere la previa condenación del testigo falso;

c) Finalmente, Antonio Kopp o Koppe declara extrajuicio que, habiendo sido citado a la Alcaldía de Sasaima en el año de 1962, se le recibió allí una declaración relativa a las relaciones del señor Rosembaum con una señorita Inés Mondragón, respecto de las cuales él manifestó que nada le constaba, agregando: "Pero en vez de escribir la señorita lo que yo había dicho, ella puso lo que le dictó el señor que estaba en compañía de la señora Anita. Cuando terminó la diligencia no me leyeron lo que había escrito sino que me dijeron que debía firmar el papel sellado, lo que hice". Este testimonio que es el único conducente para establecer el posible fraude con incidencia en el fallo del juicio de separación de bienes Rosembaum-D'Achiardi, resulta, sin lugar a dudas, insuficiente para justificar la admisión de la demanda de revisión del referido fallo, ya que el testigo Koppe, quien autenticó con su firma el acta de la declaración en este rendida, le imputa al Alcalde comisionado o a una empleada de su despacho, o a ambos, no se sabe exactamente, la comisión de un delito de falsedad en documento judicial, definido en el artículo 231 del Código Penal y cuya calificación corresponde a la justicia penal y debe ser previamente hecha para que se pueda fundar causal de revisión de un juicio civil ante la Corte, según ésta lo tiene ya declarado, así: "En lo que respecta a los motivos señalados como causales de revisión consignados en el numeral 4º del artículo 542 del Código Judicial, que entrañan un delito, como son el cohecho, la violencia y el fraude, es necesario que éstos se demuestren o se declaren, y debiéndose acompañar a la demanda de revisión, por virtud de lo estatuido en el artículo 544 la prueba del caso, la declaración respectiva ha de obtenerse con antelación al juicio" (Casación del 21 de octubre de 1948, *Gaceta Judicial* 2068, página 319).

En síntesis: las pruebas presentadas por el actor en revisión son inconducentes, a excepción del testimonio extrajuicio de Antonio Koppe, el que es insuficiente e inepto para establecer el fraude alegado. En tales circunstancias se imponía el rechazo de la demanda, según lo resuelto en la providencia suplicada, como también se impone la denegación de este recurso.

Por otra parte, como de la demanda de revisión y de las declaraciones extrajuicio de Victoria de Segura y Antonio Kopp o Koppe resulta la posible comisión de delitos perseguibles de oficio, es el caso de darle cumplimiento al artículo 10 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

Deniégase el recurso de súplica interpuesto en este asunto contra el auto del 20 de octubre del año en curso.

Comuníquese la presente providencia al Juez del Circuito en lo Penal de Bogotá, D. E., e insértensele a dicha comunicación copias de la demanda de revisión y de las declaraciones extrajuicio rendidas por Victoria de Segura y Daniel Antonio Kopp, acompañadas a dicha demanda.

Cópiese notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y archívense estas diligencias.

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

RECONOCIMIENTO COMO HIJO NATURAL DEL CONCEBIDO POR MUJER CASADA

La sentencia que acoja la impugnación de la legitimidad presunta es una condicio iuris del reconocimiento. Evolución legislativa en materia de hijos extramatrimoniales. Concepto de reconocimiento, como declaración unilateral, solemne e irrevocable. Desarrollo jurisprudencial sobre la naturaleza y alcances del acto de reconocimiento.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, 4 de diciembre de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa.*

1. Roberto Herrera Castillo, casado con Betsabé Bonilla, unión en la que procreó a Roberto de Jesús Herrera Bonilla, reconoció como hijo natural suyo a Gerardo Roberth, nacido de Susana Ceballos, por firma del acta de nacimiento, y a María Elda, en igual forma, al denunciarla como hija legítima suya y de Carmen López, quien para la concepción se encontraba unida por matrimonio con Carlos Alberto Santamaría, del que a la sazón no se había divorciado o separado legalmente.

Muerto intestado Herrera Castillo, sus bienes se adjudicaron a su cónyuge, su hijo legítimo y el natural primeramente nombrado. Mientras Santamaría demandó a María Elda, con citación de su madre, en juicio de impugnación de la legitimidad presunta, en el cual la intervención coadyuvante de los citados sucesores de Herrera vino a ser rechazada a la postre, y que concluyó con fallo negatorio de la paternidad atribuida legalmente al marido, en firme finalizada ya la mortuoria.

Considerando clarificada así su filiación, María Elda Herrera demandó a los dichos Betsabé Bonilla de Herrera, Roberto de Jesús Herrera Bonilla y Gerardo Roberth Herrera, representado éste por su madre en cuanto menor, como asignatarios universales del difunto Herrera Castillo, en acción petitoria de la herencia, con súplicas de reforma de la partición y pago de frutos, que, muerta la cónyuge antes de que le fuera notificada la demanda, se enderezó contra Roberto Herrera Bonilla, también en su nueva condición de heredero de aquélla.

Trabada la litis con la intervención directa del primero y asistido el segundo por curador que al efecto se le designó por ausente, el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá acogió íntegras las pretensiones de la actora, en fallo que, recurrido tan solo por Herrera Bonilla, confirmó plenamente el Tribunal del mismo Distrito en sentencia de febrero 25 de 1966, objeto del recurso de casación interpuesto y sustentado por el mismo litigante.

2. Transcribe el Tribunal aparte de la decisión de primer grado y replica en seguida el argumento de quien apeló, a propósito de deficiencias formales del acta de nacimiento de la actora, diciendo que la certificación notarial, correctamente expedida, se apoya en antecedentes legalmente deducidos y se ofrece con la adición del fallo en el juicio de impugnación, del que se tomó nota en la matriz, de donde deriva, allanado así el obstáculo legal que se oponía a la eficacia del reconocimiento, la prueba adecuada del estado civil, base de la vocación hereditaria que determina el desplazamiento parcial de los demandados.

3. La demanda de casación formula tres cargos a la referida sentencia, todos dentro de la causal primera:

Para el recurrente la validez del reconocimiento como hijo natural del concebido por mujer casada exige previa sentencia en firme que lo declare extraño al marido que lo desconoció, consideración que le autoriza censura por violación directa de los artículos 3º de la Ley 45 de 1936 y 1740 del Código Civil, toda vez que en este caso

el fallo que dio por descargada la presunción de legitimidad de la demandante fue posterior a la declaración paterna, que, según el ataque, debió ser repetida, o al menos ratificada, cosa que no sucedió.

Sobre el mismo pie de la nulidad del reconocimiento por la razón apuntada, la demanda afirma la aplicación indebida del artículo 1321 del Código Civil, en cuanto se aceptó como heredera de mejor derecho a quien no estaba provista de esa calidad.

Por último, retorna a los artículos 3º de la Ley 45 de 1936 y 1740 del Código Civil, que estima ahora violados indirectamente, dado que el sentenciador acogió como prueba del estado civil en cuestión la partida de nacimiento de la actora, con reconocimiento del padre, hecha contra expresa prohibición legal, en lo que para el impugnante se dio un yerro de derecho en la valoración del referido instrumento, con mengua del artículo 601 del Código Judicial y ulterior defecto de empleo de las citadas disposiciones sustantivas.

4. La Corte considera.

I. El juicio de petición de herencia, como contienda entre el aspirante a la universalidad o a una cuota de ella y quien la posee actualmente como heredero, estriba en la determinación y cotejo de los títulos que esgrimen las partes y, por ello, "la calidad de heredero en que se apoya el demandante, constituye allí la cuestión principal" (Casación, noviembre 17 de 1941, LII, 660), de manera que cuando la vocación deriva del parentesco, el debate se extiende al estado civil de quien pretende el desplazamiento total o parcial del sucesor putativo.

En el caso objeto de estudio, la defensa se ha orientado a descalificar el estado civil de hija natural del *de cuius* que la actora hace valer y le fue aceptado en instancia, en fuerza de una pretendida contrariedad con el ordenamiento, ante todo con el artículo 3º de la citada Ley 45 de 1936, en cuya interpretación radica la totalidad del problema, y según el cual "el hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que no es hijo suyo".

II. A la definición y certeza de la paternidad natural se llega a través de reconocimiento o por vía judicial, en términos estrictamente formales, con rígida reglamentación por parte de la ley.

Cuanto al primero, que es lo que concierne a la cuestión presente, definido por la doctrina como negocio jurídico familiar: declaración unilateral, solemne e irrevocable; se le entiende vinculante para quien lo hace con su solo perfeccionamiento al verterse dentro de una de las cuatro formas exclusivas del artículo 2º de la Ley 45 de 1936; oponible al reconocido únicamente luego de serle notificado y de su aceptación en los mismos términos establecidos por el Título 11 del Libro 1º del Código Civil para la legitimación, conforme al reenvío dispuesto por el artículo 57 de la Ley 153 de 1887, e impugnable, por aquél y por toda persona que acredite tener interés actual en ello, probando que el reconocido no ha podido tener por padre, o madre en su caso, a quien lo declaró como hijo suyo (Código Civil 321 y 248; Ley 153 de 1887, artículo 58, ordinales 1 y 2º; Ley 45 de 1936, artículo 29), y por el reconocido y, eventualmente su descendencia legítima, a causa de omisión de los trámites posteriores al otorgamiento, previstos en obsequio suyo (Código Civil 249).

Obviamente, la adquisición del estado civil de hijo natural presupone en la persona aptitud legal para que se le reconozca o declare como tal, y a este efecto es oportuno recordar que el Código Civil al clasificar a los hijos extramatrimoniales, llamaba naturales a los habidos de personas que no estaban casadas entre sí al tiempo de la concepción, una vez obtenido el reconocimiento; de dañado y punible ayuntamiento a los adulterinos y los incestuosos, y simplemente ilegítimos, a los no reconocidos ni declarados judicialmente (artículo 52); para luego aceptar el reconocimiento de "los hijos nacidos fuera de matrimonio, por sus padres o por uno de ellos" (artículo 318), y permitir la decisión judicial de paternidad respecto del hijo de la concubina (artículos 328 y 329); que la Ley 153 de 1887 excluyó de reconocimiento y decisión judicial, así fuera para solos efectos alimentarios, a los hijos concebidos "cuando el padre o la madre estaban casados con otra persona", o "en dañado ayuntamiento" (artículos 54, 58 y 66); y la Ley 45 de 1936, al abolir aquella discriminación, dispuso que tiene la calidad de hijo natural el nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento y, cuanto al padre, a virtud de reconocimiento de éste o de la decisión judicial (artículo 1º), para agregar, a propósito del concebido por mujer casada (artículo 3º) la disposición que se dejó transcrita atrás. Con la adición aclaratoria de la cita del artículo 20 de la Ley 57 de 1887, que deja fuera de la presunción de legitimidad establecida en los artículos 213 y 214 del Código

Civil del hijo concebido dentro del matrimonio, a aquel que fue engendrado durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges.

La jurisprudencia ha desarrollado con amplitud estos conceptos y antecedentes, hasta precisar naturaleza y alcances del acto de reconocimiento, en términos de que dan cuenta los fallos de casación de junio 26 de 1908, XVIII, 55; julio 16 de 1908, XVIII, 345; octubre 6 de 1910, XIX, 117; marzo 8 de 1911, XIX, 245; noviembre 25 de 1911, XX, 335-337; diciembre 15 de 1911, XX, 357; marzo 25 de 1912, XXI, 41; julio 30 de 1912, XXI, 358-359; diciembre 14 de 1912, XXII, 173; mayo 31 de 1913, XXIII, 55; mayo 5 de 1916, XXIV, 77; mayo 21 de 1924, XXX, 373; julio 2 de 1942, LIV, 132; marzo 20 de 1943, LV, 256; septiembre 20 de 1945, LIX, 929; octubre 29 de 1945, LIX, 738; diciembre 11 de 1946, LXI, 703; febrero 17 de 1947, LXIII, 685; mayo 11 de 1948, LXIV, 362; marzo 9 de 1949, LXV, 609; diciembre 6 de 1951, LXX, 870; septiembre 22 de 1955, LXXXI, 147; junio 42 de 1959, XC, 689; y agosto 13 de 1959, XCI, 421.

Y, cuanto al tema específico del hijo de mujer casada, en forma tangencial, en sentencias de marzo 30 de 1943, LV, 256-257 y mayo 11 de 1948, LXIV, 381, ante el conflicto de filiaciones legítima y natural, dio prevalencia a la primera, en el entendimiento integral de todas las disposiciones sobre paternidad y maternidad, de modo que la calidad legítima presuntiva no desaparece sino luego de hallarse en firme decisión dictada en juicio que con el propósito de su desconocimiento se proponga por las personas, en los términos y con los resultados dispuestos en los artículo 216 a 224 del Código Civil adicionados con los artículos 5º y 6º de la Ley 95 de 1890. Para al resolver litigio de índole similar a la del presente, como que se trataba de acción de nulidad de reconocimiento de hijo concebido por la cónyuge vigente el matrimonio, dada su contrariedad con el mencionado artículo 3º de la Ley 45 de 1936, en razón de que precedió al fallo judicial negatorio de la legitimidad, que sólo advino cuando se tramitaba ya aquel proceso (casación de mayo 31 de 1944, LVII, 387-388), expresar con nitidez y empleo conjunto de los métodos sistemático, funcional y gramatical, que el cambio de estado del hijo, de legítimo a natural, sólo se produce por la concurrencia del reconocimiento paterno o, eventualmente, la oportuna declaración judicial de la paternidad, con la sentencia firme que acoja la impugnación de la indicada legitimidad presunta; requisitos éstos que al decir de la Corte, no se proponen en la ley dentro de un determinado orden cronológico fijo, sino como factores cuya reunión es indispensable para la operancia del reconocimiento y para que así pueda entenderse alterada la condición civil.

III. Al caso, y a objeto de ahondar en la consideración del problema en cuestión, como sobre la magnitud cierta y presente de su regulación preceptiva, cabe indicar que, surgiendo la personalidad individual con el nacimiento, el sujeto aparece desde un principio adscrito dentro de una compleja pluralidad de relaciones jurídicas, derivadas ante todo de la condición de sus progenitores, que muchas veces no pueden ellos mismos modelar, y a cuya erección es siempre extraño aquél. Fenómeno cuya trascendencia mayúscula exige el mayor esmero en la determinación de la ascendencia inmediata de la persona, a lo que se suma, en la sociedad contemporánea, la creciente responsabilidad de quienes procrearon, en la crianza y establecimiento del producto de su unión.

La realidad biológica consigna una diferencia entre el parto, demostrativo de la maternidad, que precedido de prolongada gestación y por su notoriedad, admite la prueba directa, y el engendramiento, acto de suyo íntimo e incierto, que reacio a afirmaciones seguras, se puede acreditar sólo indirectamente, por presunciones o indicios. De modo que primitivamente el único parentesco consanguíneo reconocido fue el materno o de vientre y, luego con el aporte de la tendencia monogámica impuesta socialmente y la reglamentación rígida del núcleo familiar asentado en el nexo nupcial, los ordenamientos tradujeron en presunciones las experiencias y constantes sociales que fijaban los tiempos mínimo y máximo de duración del embarazo en la mujer y atribuían éste al varón casado con ella o con quien ella convivió, según las expresiones de su trato, para la época en que pudo ocurrir la concepción (Código Civil, artículo 214. Ley 45 de 1936, artículo 4º, ordinal 4º). No sin recoger también, dentro de la plenitud necesaria, la posibilidad de excepción, y admitir, dejando a salvo los intereses familiares e individuales de todo orden que allí se manifiestan, la prueba de lo contrario, así mismo sobre la base de presunciones e indicios, que se enuncian con los nombres de "imposibilidad física" o "imposibilidad moral" o exceptio plurium *o de infidelidad (Código Civil, artículos 214 fine y 215; Ley 45 de 1936, artículo 4º,* fine).

Nuestro régimen jurídico en cuestiones de filiación y estado civil consecuencial a ella, está edificado sobre una calificación de los intereses personales y sociales que se enfrentan o coinci-

den en el litigio, con subordinación de todos a los de los sujetos directamente afectados, que en vida son titulares exclusivos de la pretensión (Código Civil 216, 219 y siguientes, 237, 247 y siguientes, 335 y siguientes, 403 y 404) y el distingo entre los efectos de la decisión judicial, según que ellos hayan o no intervenido en el proceso (Código Civil 401 y siguientes; casación octubre 1º de 1945, LIX, 684 y siguientes; julio 28 de 1946, LX, 716 y siguientes; agosto 28 de 1958, LXXXVIII, 687-688), en forma que la figura del legítimo contradictor *surge como fruto de dicha valoración de posiciones y manifiesta a la vez una concentración de los poderes familiares en la persona mejor calificada, a cuya actitud, mientras subsista, están sujetos los demás integrantes del núcleo y los extraños, todo en favor de la certeza y unidad, notas consustanciales al estado civil.*

IV. No está a la mano de los particulares la constitución o cambio de éste a su guisa; asunto de tanta trascendencia, se encuentra regulado en forma minuciosa, revestido de un formalismo que sería censurable por excesivo de no responder a urgencias vitales y a una lógica conformación. La reseña histórica de nuestra normatividad y el análisis juicioso de la Ley 45 de 1936, que determinó la situación en curso, impone concluir que, de origen, sólo existen hijos legítimos y naturales: aquéllos, los concebidos durante el matrimonio de su madre no divorciada ni separada legalmente (Código Civil 155), siempre que su calidad no sea desconocida en juicio, provistos de ascendientes inmediatos, determinables con la exhibición de las actas de nacimiento y matrimonio, y éstos, los concebidos por mujer soltera, viuda, divorciada o legalmente separada del marido, que se consideran tales desde su nacimiento y por esa sola virtud, respecto de ella y, a partir del mismo hecho, pero con eficacia apenas deducida del reconocimiento o de la declaración jurisdiccional, en cuanto hace al padre; de suerte que los apelativos de ilegítimo, de dañado y punible ayuntamiento, adulterino, incestuoso, espurio y alimentario que daba el Código (artículos 52 y 56 a 60) a los habidos en distintas relaciones específicas que se presentan al margen del matrimonio, tienen hoy el valor de meros recuerdos, traídos aquí a colación para precisar cómo la Ley 153 de 1887, restringiendo la condición de hijo natural al ilegítimo reconocible y reconocido (artículo 54), juzgó necesaria al reglamentar la impugnación del reconocimiento en el artículo 58, la indicación como causas de ésta (3ª y 4ª), "haber sido concebido el hijo cuando estaba casado el padre o la madre y haber sido concebido en dañado ayuntamiento", y puntualizar que el artículo 29 de la Ley 45 de 1936 incluyó dentro de los preceptos por ella derogados los aludidos ordinales del 58 de la Ley 153, dejando como razones de invalidez de aquel acto las solas 1ª y 2ª del artículo 248 del Código Civil, señaladas en la parte subsistente del artículo 58 que se citó, o sea la imposibilidad de tener el reconocido por padre o madre a quien lo reconoció como hijo.

V. Necesario entonces, dentro de una tarea de sistematización, apreciar los alcances de la reforma así vertida sobre los textos legales, y advertir que dentro de una absoluta congruencia, el artículo 3º de la Ley 45 prefirió la filiación legítima a la natural en caso de conflicto entre las dos, de suerte que el reconocimiento como hijo natural, practicado por un pretendido padre, del concebido por mujer casada y cobijado por la presunción de legitimidad, se ofrece "inoperante", según la comentada expresión de la Corte. Resultado que, por lo demás, armoniza sin reservas con el tratamiento que el Código da en toda oportunidad a la figura cuya validez puede afectarse por solos algunos de los motivos ordinarios y comunes a todo negocio jurídico, y cuya eficacia es susceptible de suspensión, sometida a acontecimientos ulteriores y extrínsecos, no indispensables al momento de la celebración, requisitos reparables de su virtualidad final, verdaderas condiciones iuris, *que, en sucediéndose, desencadenan íntegras las consecuencias de la disposición, de ordinario retroactivamente y, al fallar, conducen a la ruina de ésta, que así viene a resultar inútil.*

Refiriéndose al conflicto de filiaciones, el citado y transcrito artículo 3º de la Ley 45 contempla los problemas complementarios en otros tantos incisos, con descalificación de la natural en favor de la legítima presunta, enunciada con vocablos diferentes: cuanto a la declaración de quien se pretende padre, "el hijo... no puede *ser reconocido como natural..." y sobre la decisión de juez, "prohíbese...", correspondientes a la marcada diversidad de los dos medios de alcanzar el estado civil, aquí su cambio, reconocimiento y sentencia en juicio, controvertido o necesario por el deceso de quien podía realizar aquél, como distintas son las figuras de acto de autonomía privada, y acto jurisdiccional, así sus consecuencias se asemejen o sean unas mismas, que ahora contempló el legislador con pareja consideración adversa, al prohibir éste y privar de efectos finales al primero, y con la salvedad común al resultado negativo de contarse con una determinada providencia en firme, que en nin-*

guno de los casos es requisito de validez, siendo presupuesto de sentencia definitiva de mérito en la actuación jurisdiccional, y condición de eficacia final o derivada de la función específica del negocio en el reconocimiento. O sea que el fallo negativo de la legitimidad supuesta opera en ambas ocasiones como condición de eficacia y no de regularidad, y su falta se traduce, ora en prolongación de la pendencia, ora en impedimenta para pronunciar la certeza y fijación del otro estado, hasta cuando, descartada la factibilidad de realización del factor faltante, se llegue a palpar la atrás mencionada inutilidad del antiguo dicho particular o la imposibilidad de la definición judicial, habida cuenta de la señalada diferencia de medios o procedimientos.

VI. Tornando a la naturaleza y actuación del reconocimiento, estima la Corte, que de modo análogo a como de por sí compromete a quien lo hace, impidiéndole retractación, pero no alcanza a su destinatario sino luego de que notificado lo acepta (artículo 57 de la Ley 153 de 1887, Código Civil, artículos 240, 244, 249), el cual puede repudiar la declaración unilateral, que con su rechazo queda desierta, no empece a su total plenitud y validez; bien puede ocurrir que el acto, completo y perfecto en sí no pueda desplegar desde ya todos sus efectos finales o algunos de ellos, diferidos por la ausencia de un presupuesto normativo que obra como condicio iuris *(casación, abril 9 de 1937, XLIV, 721 a 726), pues, colocándolo en pendencia transitoria, le impide realizar mientras tanto el cambio del estado civil que por su función debería aparejar desde ya.*

Es que no ha de perderse de vista la diferencia que media entre la nulidad, como reacción del ordenamiento frente a señaladas transgresiones particulares de sus dictados básicos, traducida en decadencia del negocio y su destrucción total o parcial, según las normas y las circunstancias, y la ineficacia en sentido estricto, o cercenamiento de los efectos que una disposición plenamente válida de suyo acarrea según su función social propia, por causas externas, sobrevenidas con posterioridad.

De ahí que, cuando dentro del compacto conjunto normativo en referencia, se estudia y trata de resolver la situación del hijo realmente natural, pero tenido por legítimo, impónese la inteligencia del artículo 3º de la Ley 45 de 1936 como orden de conservación del estado primario hasta cuando sea desconocido judicialmente, momento en el cual, según las circunstancias, adquiere plena eficacia con proyecciones retroactivas el reconocimiento previo que se hallaba en pendencia, o se abre la posibilidad de una declaración del padre de hecho, de inmediato plenamente eficaz, o la de indagar judicialmente por él y obtener entonces declaración afirmativa.

El reconocimiento, conceptualmente considerado, no es más que una declaración personal y solemne de procreación, cuya validez estriba en su formalidad y veracidad, bastante para comprometer a su autor, pero de suyo insuficiente para introducir variaciones en el estado civil del reconocido, que sólo se darán con la aceptación de éste, tratándose de hijo no presuntamente legítimo, o con ella y la remoción judicial de su legitimidad presunta, si fuere hijo de mujer vinculada a marido.

Lo que cupiera llamar libertad de estado del reconocido no hace parte de la definición legal y práctica del reconocimiento, como tampoco es, reitérase, presupuesto de validez de él. El acto se conforma al revestirse de las formalidades debidas, independientemente de su trascendencia sobre el *status* del reconocido, quien es destinatario de la declaración y, por ende, extraño a ella, al punto de que su calidad personal y su actitud posterior operan como condiciones de derecho únicamente para la trascendencia del negocio.

De llegarse a imaginar, por supuesta ilicitud, la nulidad de un reconocimiento en razón de la preexistencia de un estado civil incompatible con el de hijo natural a que aquél se orienta, se desembocaría en contrasentidos tales como la subordinación del juez y del público a la declaración paterna en tanto no fuera invalidada en juicio, siendo así que de sus resultados frente al reconocido y a terceros ha de prescindirse de plano mientras dure la suspensión determinada por la *codicio iuris*, y la posibilidad de que el mismo reconocimiento hubiera de resultar inexpugnable a la expiración del término señalado a la pretensión de nulidad absoluta, sin reclamo del interesado o del Ministerio Público, o eventual determinación oficiosa de la justicia (Ley 50 de 1936, artículo 2º), hipótesis que sirven de argumento *ad absurdum* a la consolidación del rumbo aquí proseguido conforme al cual, el reconocimiento que se haga como hijo natural del presuntivamente legítimo se halla en estado de pendencia hasta que se remueva con fallo judicial la situación originaria: si positivamente, con la prosperidad del proceso de impugnación, para sumar a su existencia y validez procedentes, su eficacia final hasta entonces suspendida; si negativamente, porque caducó la dicha acción o, porque ejercitada, no tuvo éxito, con su defini-

tiva ineficacia, sin remisión, que no ha menester de juez que la pronuncie, ni es saneable, como tampoco se purga por el transcurso del tiempo. Todo sin reparar, siquiera solo de *lege ferenda,* en los nexos que para quien lo hace pueda crear el reconocimiento, prescindiendo de su influjo sobre el estado civil.

VII. La anterior reiteración y ampliación de los conceptos jurisprudenciales conduce a desestimar las censuras de la demanda, puesto que según ellos, el reconocimiento que haga un varón como de hijo natural suyo del concebido por mujer casada adquiere efectos universales al ejecutoriarse el fallo que declare al reconocido como extraño al marido; de donde se sigue que si María Elda Herrera, hoy de Goyeneche, fue reconocida como hija natural por Roberto Herrera Castillo al denunciarla él como hija en el acta de nacimiento que lleva su firma, y luego el marido de su madre impugnó la legitimidad en curso, y en ese juicio se dictó fallo estimatorio de la demanda, dicha actora ha obrado aquí con fundamento en un estado civil regularmente deducido y firme, que le otorga vocación hereditaria en la sucesión de su padre natural y le da derecho a reclamar su cuota y accesiones, de quienes la poseen con prescindencia de ella, y a que se la incluya en acto distributivo que habrá de practicarse comprendiéndola como asignataria.

4. 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 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá de 25 de febrero de 1966, en este juicio ordinario que promovió María Elda Herrera de Goyeneche contra los sucesores de Roberto de J. Herrera.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

PRUEBA DE TESTIGOS

Cuándo puede invalidar lo consignado en una escritura pública. Contra sentencia absolutoria no procede invocar la causal 2ª de casación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, 5 de diciembre de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, datada el 21 de mayo de 1965.

Ester Julia Cardona B. citó en juicio ordinario a José Vicente Ramírez C. para que se hicieran en su favor las siguientes declaraciones:

"Que es falso, y por lo tanto, no ha existido lo que consta en la Escritura pública número 328 de 18 de mayo de 1959, pasada ante el Notario de Medellín sobre pago de precio, como sobre entrega real y material del inmueble mencionado en dicho título; que por no haberse hecho el pago 'ni haberse cumplido lo estipulado al negociar el inmueble... queda resuelto el contrato de venta de que trata la escritura antes citada'; que se ordene 'la restitución del bien objeto del contrato lo mismo que los frutos por él producidos a justa tasación pericial' ".

Como hechos básicos de la acción se anotan los siguientes principales:

Por el citado título escriturario Ester Julia Cardona dio en venta a José Vicente Ramírez C. el derecho de propiedad "conservando yo el usufructo hasta mi muerte, aunque en la escritura aparece venta total del inmueble" cuya ubicación y linderos se señalan en el título.

Que el precio de compra allí señalado fue la cantidad de quince mil pesos "que el comprador le ha pagado íntegramente a su vendedora en dinero efectivo, en esta fecha y a su entera satisfacción", pues el escrito obedeció sólo a la confianza que la vendedora le tenía a Ramírez; pero que el convenio fue hacerle la venta obligándose a dejar vivir a la Cardona hasta su muerte, "dándole semanalmente, hasta cubrir el precio para atender a sus necesidades".

Que al extender la escritura la vendedora le manifestó a Ramírez que por qué no quedaba constancia sobre el usufructo y éste dijo que no podía hacerse aquello porque así se aumentaban los costos de la escritura y que tampoco le quiso firmar una letra por el valor del precio de la venta; que la situación económica de Ramírez no le permitía haber pagado de contado la suma de quince mil pesos y que éste desde hace algún tiempo le suspendió a la vendedora los suministros semanales que estaba obligado a hacerle y le ha pedido la entrega material de la casa que no le ha hecho.

Que las posiciones rendidas por el demandado constituyen un principio de prueba por escrito acerca de los hechos anotados.

En la contestación de la demanda Ramírez niega los hechos esenciales del libelo y sostiene que se encuentra en posesión de la casa que ha dejado a título de arrendataria a su vendedora a quien le proporciona alguna ayuda semanal que con el fin de "continuar socorriéndola" le ha dejado la casa por un canon de arrendamiento reducido.

El juez de primer grado desató la controversia declarando que no había lugar a hacer las declaraciones pedidas en la demanda.

Apelado este fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín lo confirmó en la sentencia que es objeto del recurso de casación.

El fallo de instancia.

El sentenciador estima que las súplicas de la demanda se dirigen a obtener la resolución del contrato contenido en la Escritura 328, y que

Ramírez al negar los hechos sustanciales alegó en su defensa inexistencias de la obligación, contrato cumplido, petición antes de tiempo y de modo indebido y luego de estimar que: "la cuestión a dilucidar se indica en dos afirmaciones contrarias, a saber: la de la vendedora (demandante), que afirma no se le pagó el precio del inmueble, y la del comprador (demandado) que sostiene haberlo pagado". Transcribe lo dispuesto por el artículo 1934 del Código Civil y expresa: "Si el litigio se trenza no respecto a terceros sino entre las partes como en este caso, según el artículo 1934, además de la prueba de falsedad o nulidad pueden presentarse otras, verbi gracia un pacto privado en que se declare que la cláusula inserta en la escritura pública no es sincera"; que ese pacto privado sería suficiente para demostrar el no pago del precio entre las partes y que la infirmación de una declaración hecha en escritura pública sólo procede mediante la aducción de pruebas plenas y fehacientes.

Entra el Tribunal a hacer un análisis de las pruebas presentadas por la parte actora. Se refiere a la copia de la Escritura 328 a que antes se ha hecho anotación y a la declaración expresa que allí se hace de que la compradora recibió el valor del precio estipulado; que el ameritado contrato nada dice respecto de desmembraciones del dominio, así como tampoco respecto a constitución de renta vitalicia "figuras que pretende integrar la actora en su libelo demandatorio, pero que legalmente carecen de asidero en el proceso. Esta la razón para que el Tribunal no se detenga en su análisis".

El fallador estudia las contestaciones dadas por el demandado en posiciones para llegar a la conclusión de que allí no existe confesión alguna por parte del demandado respecto al no pago del precio que se alega. "Ni allí ni en parte alguna del proceso hay prueba de confesión o principio de prueba escrita que permita inferir la referida falta de pago según las excepciones del artículo 93 de la Ley 153 de 1887". Se refiere luego a los testimonios aportados por la actora tendientes a desvirtuar la afirmación escrituraria y sostiene que habida consideración a que las partes en este litigio son las mismas que otorgaron tal documento, "necesario es considerar —dice el Tribunal— que lo allí declarado por las partes les obliga y hace fe entre ellas, sin que sea viable la prueba testimonial en contrario, en virtud de la doctrina que informa el artículo 1759 del Código Civil". Indica: "Que no existiendo el principio de prueba por escrito, es inaceptable el examen de la prueba testimonial",

Termina la parte considerativa de la sentencia anotando que la relación contractual entre las partes en este litigio se rige por los artículos 1759 y 1766 del Código Civil que "como no se hallan demostradas las situaciones que desvirtúen lo consagrado en dichos preceptos, la acción de resolución no puede prosperar".

El recurso.

El impugnante, después de hacer una síntesis del negocio y luego de afirmar que lo que se pretendió consignar en la Escritura número 328 fue la venta de nuda propiedad reservándose la actora el usufructo vitalicio, formula contra la sentencia tres cargos que expone así:

Primer cargo. "No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

El censor estima que por haber el demandado propuesto en la contestación de la demanda las excepciones de "contrato cumplido, petición antes de tiempo y de modo indebido", el Tribunal ha debido resolverlas "porque las excepciones de petición antes de tiempo y de modo indebido envuelven una aceptación de la acción" y que por lo tanto, "el fallador ha debido pronunciarse sobre ellas".

Se considera.

Como en forma invariable lo ha sostenido la Corte, la causal segunda no se configura sino cuando el sentenciador, al definir en el fondo el negocio lo hace ultra, extra o mínima petita; pero si el fallo es totalmente absolutorio, no se estructura la precitada causal, que es lo que acontece en el caso de estudio, cuando el Tribunal consideró que no estaba acreditada la acción propuesta en el libelo y absolvió, en consecuencia, a la parte demandada.

Se rechaza el cargo.

Segunda censura. Por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial (ha debido ser citado el artículo 52 del Decreto 528 de 1964, vigente a la presentación de la demanda), se acusa la sentencia "por error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, por no haber considerado para nada una prueba decisiva del debate; así como por apreciación errónea de lo que otras testimoniales, complementarias de aquella establecían... incurriendo en infracción indirecta de la Ley Sustantiva, dado que al no aceptar tales probanzas conforme a lo dispuesto por el artículo 93 de la Ley 153 de 1887 en relación con el sentido aplicado a los

artículos 1759, 1766 y 1934 del Código Civil, en cuanto al caso de autos, se dejó de aplicar lo preceptuado por los artículos 1546, 961 y 964 del Código Civil".

El ataque lo hace consistir el censor en que el Tribunal no "consideró un supuesto contrato de arrendamiento, que su contenido denuncia inverídico como tal y que constituye un principio de prueba por escrito sobre la verdad del contrato realizado entre las partes, motivo de esta acción que fue de venta con obligación de dejar vivir a la demandante hasta su muerte, que con las demás probandas da pie a aceptar la forma convenida sobre pago por contados".

Se refiere el impugnante al documento de arrendamiento firmado entre las partes el 18 de mayo de 1959, o sea el mismo día del otorgamiento de la escritura de venta, y anota que por sus estipulaciones se hace verosímil el hecho de que el contrato de venta entre Ester Julia Cardona y José Vicente Ramírez se hizo conservando la vendedora hasta su muerte la posesión material del inmueble objeto del contrato y que la estipulación del canon de arrendamiento "fue meramente literal"; afirma que: "Es cierto que no se puede ser demasiado amplio para la aceptación del llamado principio de prueba por escrito, pero que 'no puede omitirse la relación indiciaria de verosimilitud del hecho, acto o contrato que se controvierte' "; y el hecho de no haber tenido el Tribunal siquiera fuese para su análisis el documento privado de arrendamiento, conlleva un error de hecho que está manifiesto en los autos y sin el cual no se hubiesen infringido por falta de aplicación las normas citadas sobre resolución de los contratos y prestaciones mutuas consecuenciales.

En la segunda parte de este cargo se refiere a la falta de apreciación de la prueba testimonial complementaria de la de "principio de prueba por escrito, pues no se estudió para ver de acreditar el contrato que se ha sostenido fue (sic) siendo que aunada al principio de prueba escrita establecía la existencia del contrato como lo afirma la demanda; que la prueba testimonial aportada acredita la pobreza de la tradente posterior al contrato, que no tenía más entrada que lo que Ramírez le daba; que la negociación era para dejarla de por vida en el inmueble objeto del contrato; que la venta había sido para irle pagando el precio". Entra el impugnante a transcribir algunos apartes de las declaraciones llevadas al proceso y de las cuales deduce, entre otras cosas, que la demandante Ester Julia les comunicó a los exponentes "que la venta era para dejarla vivir allí, lo que se compagina con la declaración del notario que hizo la escritura y con el documento de arrendamiento de que se ha hablado". Cita alguna jurisprudencia de la Corte en la que se expresa que la valoración de la prueba de indicios corresponde al juzgador de instancia, sin que sea censurable en casación a menos que se pruebe que el hecho o hechos en que se apoya no estén establecidos o que se deduzcan de los hechos consecuencias que no guardan relación con ellos, o que se prescinda de los que aparezcan plenamente establecidos, y que de haberlos tomado en consideración la conclusión habría sido diferente. Transcribe el censor este paso de la sentencia impugnada: "Habida cuenta de que las partes en este litigio son las mismas personas que otorgaron la Escritura 328... lo allí declarado les obliga y hace fe entre ellos, sin que sea admisible la prueba testimonial en contrario, en virtud de la doctrina que informa el artículo 1759 del Código Civil. Esta circunstancia, unida a la ausencia de principio de prueba por escrito referente al no pago del precio determinan que el análisis de la prueba testimonial sea innecesaria por la carencia de finalidad práctica legal".

La Corte considera.

La circunstancia de que el Tribunal no se hubiera expresamente referido al contrato de arrendamiento celebrado entre las partes y que obra en autos, no amerita por sí sola que el fallador hubiera incurrido en el error de hecho que le imputa el recurrente al afirmar que aquél no vio esa prueba, por la razón de que el Tribunal no tenía por qué fundamentarse en ella para su decisión, desde luego que tal prueba no tiene trascendencia alguna que pueda afectar la sentencia; en tal documento de arrendamiento se dejó expresa constancia de lo que sigue: "Es de advertir que la arrendataria desde ahora reconoce que el dueño del inmueble arrendado es su arrendador José Vicente Ramírez C., a quien siempre reconocerá su posesión y dominio". Este instrumento aparece debidamente autenticado ante el Juzgado Municipal de La Ceja.

Sería absurdo pretender que de tal prueba se deduzca la infirmación categórica contenida en la escritura pública de haber recibido la vendedora la totalidad del precio pactado en aquel instrumento. Por este aspecto se rechaza el ataque, lo mismo que los errores de hecho consistentes en no haber tenido en cuenta el Tribunal los testimonios a que se refiere la censura, porque *de acuerdo con la doctrina y el texto clarísimo del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, la prueba de testigos no puede invalidar lo consignado en una*

escritura pública cuando en ella han intervenido las mismas partes que pretenden desvirtuar lo allí consignado, sino cuando existe un principio de prueba por escrito que haga verosímil la falsedad intelectual de las manifestaciones consagradas en ese instrumento.

Se rechaza el cargo.

Tercer cargo. Lo hace consistir el impugnante en el error de derecho en que incurrió el Tribunal al no considerar como principio de prueba por escrito algunas de las contestaciones dadas por el demandado al absolver posiciones y que con ellos se violaron los artículos 93 de la Ley 153 de 1887, 1759, 1766, 1934, 1494, 1495, 1498, 1602, 1603, 1546, 961 y 964 del Código Civil.

Dice el recurrente que en las posiciones cuestionadas, al preguntarle a Ramírez si era cierto que semanalmente y durante cuatro años le había entregado a la actora Ester Julia Cardona diez pesos, Ramírez contestó que era cierto ese hecho "para pagarle la cuidada y aseo de la casa por caridad". Según esta contestación el censor estima que allí queda establecida la verosimilitud del pago por contados sobre el inmueble vendido, ya que no tiene explicación "pagar la cuidada y aseo de una casa que se dio en arrendamiento".

Cree también que está demostrada la verosimilitud cuando el demandado al preguntarle sobre si estuvo consultando lo que valía la escritura si en ella se hacía constar el usufructo hasta la muerte de la Cardona y que por lo valiosa no la hizo hacer así, Ramírez contestó en forma afirmativa; de ello deduce la actora que lo que en realidad se celebró fue un usufructo y que ello implica la existencia de un principio de prueba por escrito sobre la inexactitud de lo consignado en la escritura de venta.

Considera la Corte.

El cargo carece de fundamento por dos razones:

a) Porque el Tribunal analizó las posiciones a que se refiere el recurrente y de ese estudio dedujo que allí no se encontraba el principio de prueba por escrito a que se refiere el artículo 93 de la Ley 153 de 1887; en esa apreciación el fallador es autónomo en cuanto no aparezca que incurrió en contraevidencia; el error de derecho motivo del ataque carece de eficacia, y

b) Porque de las mismas posiciones en la interpretación que de ellas hace el impugnante no se deduce que el comprador demandado haya dejado de pagar el precio del bien objeto del contrato, que es la razón o causa de la acción de nulidad que se ha incoado.

El cargo no prospera.

Resolución.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintiuno (21) de mayo de mil novecientos sesenta y cinco (1965), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario seguido por Ester Julia Cardona B. contra José Vicente Ramírez C.

Sin costas por no aparecer causadas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

TENENCIA Y POSESION

Usucapión ordinaria y extraordinaria: distinción conceptual y sus requisitos. Distinción entre poseedor regular, simple poseedor y mero tenedor. Juego de las cargas probatorias. El animus **como especificación de la condición jurídica del ocupante. La mera tenencia excluye la** possessio ad usucapionem, **salva la demostración de la interversio possessionis, por medio de un acto traslaticio o a través de una rebeldía cierta y localizada en el tiempo, acompañada de verdadera posesión con actos categóricos, patentes e inequívocos, en el lapso suficiente.**

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil
Bogotá, 7 de diciembre 1967.

Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa.*

1. En juicio ordinario propuesto en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga el 5 de octubre de 1963, Vicente Hazbón Nazar pidió frente a Miguel, José Abraham, Isaac, Jorge y Antonio Jasbón Mantilla, Justa María de Jasbón, Matilde Jasbón de Thoumy, Cecilia Jasbón de Pinilla y Anita Jasbón de Decaret, llamados en cuanto hijos legítimos y herederos testamentarios de Ana Francisca Mantilla viuda de Jasbón, fallecida el 21 de junio anterior, se le declare dueño exclusivo de un lote de terreno, con su edificación, ubicado en el área urbana de dicha ciudad, identificado en el libelo por nomenclatura y linderos, que hace parte del que en mayor extensión recibió la difunta señora Mantilla al liquidar con su esposo Abraham Jasbón la sociedad conyugal con él formada por matrimonio, según la Escritura 952 de septiembre 30 de 1937, aclarada por la 737 de julio 28 de 1938, ambas de la Notaría Segunda del Circuito de Bucaramanga; en virtud de que, según su propio aserto, ganó el derecho de dominio sobre el inmueble por prescripción extraordinaria, al haberlo detentado ininterrumpidamente, sin reconocer derecho ajeno alguno, por más de veinte años, a través de actos suyos como habitación con su esposa e hijos, cultivo de árboles frutales y de ornamento y reformas fundamentales y ampliaciones de la construcción primitiva.

Todos los demandados a excepción de doña Justa María Jasbón, esposa del actor, se opusieron a las aspiraciones de éste y le replicaron que su llegada al bien obedeció a condescendencia de su dueña, suegra del pretendiente, al permitir que el matrimonio Hazbón-Jasbón habitara la casa y solar objeto del litigio, aliviándolo así del pago de arriendo, en atención a sus difíciles condiciones económicas, sin que en ningún momento se hubiera ella desentendido de su propiedad, que vigilaba a través de tales hijos, a quienes visitaba con frecuencia y autorizó para las refacciones y mejoras que ahora se ofrecen como signos posesorios.

Desestimada la demanda por el Juez, del fallo de éste apeló el actor ante el Tribunal de Bucaramanga, que lo revocó para declarar la pertenencia solicitada y condenar en las costas de ambas instancias a los demandados; por sentencia de septiembre 24 de 1965, contra la cual recurrieron en casación los mismos de aquellos que desde un principio se habían opuesto a la acción.

2. El fallador de segundo grado, luego de extensa transcripción de demanda y respuesta y de considerar bien dirigida la pretensión y trabada la litis, realiza paráfrasis de las pruebas practicadas en ambas instancias, con ligeras notas en pro de la causa del actor, y de las alegaciones de las partes, para concluir que "contra lo resuelto por el Juzgado, el Tribunal estima que el demandante sí logró establecer en forma plena los requisitos de ley para obtener en su favor la declaración de pertenencia por él solicitada, pues los testimonios y

demás pruebas allegadas predican su posesión material del inmueble con ánimo de señorío, durante el lapso mínimo de 20 años continuos, en forma pacífica y pública, sin reconocer dominio ajeno''.

''El *animus domini*, continúa la pieza, surge nítidamente de los hechos materiales ejercidos por el usucapiente y la renuncia tácita de esa prescripción, que el *aquo* creyó hallar establecida, no aparece por ninguna parte''; estima que la voluntad de poseer se demostró aquí, como es adecuado, con testimonios que establecen la posesión material por hechos propios de dueño, y aporta pasajes de fallos de casación y del mismo Tribunal, que contrasta con las opiniones del juez que acogió comportamientos varios del actor como aceptación del dominio ajeno o de renuncia a la usucapión ya lograda, de lo cual, directamente y sin enlaces adicionales, deriva la antedicha conclusión.

3. El recurso, fundado en la causal primera, censura la sentencia en un solo cargo, por quebranto del artículo 762 Código Civil por errónea interpretación, de los artículos 775, 777, 780, 786, 189, 191, 980 y 2531 *ibídem*, por falta de aplicación, y de los artículos 2522 de la misma obra y 1º de la Ley 50 de 1936, por aplicación indebida, todo a través de manifiesto error de hecho y también por error de derecho en la apreciación de las pruebas.

Analiza el recurrente los testimonios en que se fundó la providencia acusada, que divide en tres secciones: los declarantes de oídas, los que no dieron razón de su dicho y los que se contradicen notoriamente, con indicación de a quiénes ubica en cada grupo, y el aserto de que en los dos primeros casos se transgredió el artículo 699 del Código de Procedimiento Civil por concesión de valor probatorio de hechos a declaraciones sobre palabras oídas por los testigos y dar mérito de plena prueba a las que no concuerdan en las circunstancias de modo, puesto que aceptan no constarles los hechos sobre los cuales se expresan, para configurar así un error de derecho; en tanto que en el último se cometió uno evidente de hecho al tenerse como probada la habitación del actor con ánimo de señor y dueño, cuando todo concurre a demostrar que él tenía un mero título precario para usar y habitar el inmueble, con deber de vigilancia para su dueño.

Prosigue el reproche con examen de la confesión del pretendiente en las posiciones que al efecto se le recibieron dentro del juicio, donde aceptó haber pagado los impuestos prediales de la finca y entregado los recibos a su suegra, señora Ana Francisca Mantilla, durante varios años, los anteriores a 1963, y reconoció haber entrado a la propiedad a instancias de su dueño de entonces, señor Abraham Jasbón, su suegro, para cuidársela y ahorrarse arriendo; hechos que implican efectivo reconocimiento del derecho ajeno en la misma cosa. Y del certificado que expidió el Registrador de Instrumentos Públicos de Bucaramanga respecto del fundo ''Buenos Aires'', en donde aparecen 106 porciones segregadas por la dueña en el transcurso de los últimos 26 años, concordante con testimonios que, recordando como era antaño la propiedad, dan cuenta de su paulatina reducción hasta las dimensiones presentes. Todo para deducirle al Tribunal omisión al no reparar en que esos datos, que sumados a las respuestas en posiciones y al permiso dado por los dueños para el empleo del bien, que allí se confiesa, constituyen plena demostración de que el demandante reconoció el derecho de sus suegros y, además se halla disminuído en su condición por el título precario con que ingresó, y el ejercicio del dominio por el verdadero titular.

Comenta, a renglón seguido la demanda, las disposiciones que estima violadas, para destacar cómo la posesión puede realizarse a través de otra persona que tenga la cosa en lugar y a nombre del dueño o de quien por tal se da (762 Código Civil); que la posesión se conserva aunque se transfiera la cosa en arriendo, comodato o a cualquier otro título no traslaticio de dominio (786 Código Civil); que el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión (777 Código Civil), y que si se ha comenzado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas (artículo 780 *ibídem*), anotando que 'esta armoniosa sucesión de disposiciones dice que no es necesario que el poseedor inscrito tenga personal y físicamente la cosa para conservar la posesión, que permanece en su cabeza aun cuando la entregue a otro a título precario, sin que un título de esta clase pueda jamás originar condición de poseedor legítimo'. Insiste en que la precariedad del título de Vicente Hazbón (artículo 775 Código Civil), hace presumir mala fe en él (2531 Código Civil 3ª), excluyente de su aptitud para prescripción, con cita concordante de los artículos 768, 769 y 1603 del mismo Código, y retorna a la prueba, reiterando el afirmado error de hecho de no deducir de los testimonios y de las posiciones la aceptación constante del derecho extraño sobre el inmueble por parte del dicho Vicente, que esperó a la muerte de su suegra, sucedida superados con exceso los 20 años de la

prescripción extraordinaria, para incoar entonces sí y de inmediato la pertenencia.

Concluye la sustentación del recurso con notas jurisprudenciales y doctrinarias en torno al tránsito de la tenencia a la posesión, los requisitos para su prueba y la buena fe, y la crítica al Tribunal que pasó por alto que los ocupantes del bien eran hijos de los dueños, que allá los llevaron por solidaridad familiar, y a quienes mal pudiera exigírseles demandas posesorias en contra de aquellos, que, además, no les desconocían su derecho.

4. *Considera la Corte:*

I. *Consagrada la prescripción como modo de adquirir el dominio (Código Civil artículo 673), sus presupuestos normativos se hallan minuciosamente reglamentados de antiguo y su invocación es admitida así delante del anterior dueño conocido, como frente al público, si aquel no fuere individualizable, y no solo ya como defensa ante pretensión excluyente sobre el bien, sino como posibilidad de alcanzar un acto jurisdiccional que instrumentalmente invista al poseedor de facilidad demostrativa de su derecho, discernido a virtud de la reunión de aquellos factores y por su propia iniciativa (Ley 120 de 1928).*

Fúndase la usucapión en numerosas razones políticas que mueven a otorgar el derecho a quien en contacto autónomo, asiduo y prolongado con la cosa sustituye a la persona que, desentendida de ella, queda desplazada por efecto de la adquisición, incompatible con su anterior titularidad; fundamentos que se vierten en disposiciones que encarnan un criterio valorativo justo y preciso.

Dejando de lado la prescripción ordinaria, fruto de posesión regular y, por ende, auspiciada por un título, que de emanar de un verus dominus *propiciaría el traslado del dominio (casación agosto 29 de 1939, XLVIII, 462), y que sirve para purgar prontamente de vicios las atribuciones patrimoniales y acelerar el proceso de asentamiento y seguridad de los derechos (casación julio 18 de 1949, LXVI, 347; casación septiembre 30 de 1955, LXXXI, 206), la usucapión o prescripción adquisitiva extraordinaria, materia sobre la cual versa este litigio, se ofrece como el logro del dominio, sin antecedentes, en forma originaria, por fuerza de la sola actuación material de sujeto, con los requisitos de ley, provistos así de un valor especial dada su naturaleza constitutiva, y en rigor reducidos a la posesión pacífica, pública y continua a través de veinte años* (possessio ad usucapionem), *(Código Civil artículo 2531 y Ley 50 de 1936, artículo 1º), (casación marzo 18 de 1954, LXXVII, 100), que ha de juzgarse con el mayor esmero para la determinación general de su entidad propia y la aplicación de las normas a las circunstancias específicas de cada coyuntura, con el necesario deslinde entre la figura en cuestión y las relaciones afines (casación octubre 11 de 1945, LIX, 842/843).*

II. *Conforme al referido artículo 2531 Código Civil la posesión con que se gana el derecho de dominio sobre las cosas en forma extraordinaria, no ha menester de nexo entre el prescribiente y algún anterior titular; es un fenómeno que opera al margen de la tradición; extraño a ella, no requiere un comienzo revestido de ciertas apariencias de legitimidad, en ocasiones excluidas por fuerza de las propias circunstancias, sino tan solo una situación de contacto personal entre el individuo y el bien sobre el que actúa, en una relación económica de aprovechamiento personal o indirecto, pero en todo caso independiente, sin solución de continuidad (casación mayo 27/947, LXII, 78), de manera que permita al público, a falta de noticia fidedigna en contrario, formarse la impresión de propiedad en aquel (casación noviembre 30 de 1950, LXVIII, 582).*

A este propósito, la identificación del fenómeno posesorio tropieza con dificultades, conceptuales a la vez que prácticas, habida consideración de que en las más de sus actuaciones quien detenta obra como señor de la cosa en su poder (casación noviembre 25 de 1938, XLVII, 431), de suerte que su calidad de mero tenedor, de poseedor regular o de simple poseedor, que surge de actitudes personales frente a otros sujetos y de los hechos concretos en virtud de los cuales inició ese contacto y lo ha mantenido o transformado, puede solo establecerse con la acreditación de tales factores en el conflicto entre las partes, en consonancia con la magnitud y univocidad de aquellos actos que sean realmente constitutivos del animus, *apenas determinable por las huellas que haya dejado el actuar cotidiano, así en la cosa como en quienes han advertido lo que aconteció durante el tiempo prolongado que la ley fija para sancionar la alteración en la titularidad del derecho (casación mayo 14 de 1947, LXII, 366).*

La usucapión, en verdad, no corresponde a la idea de pena al propietario negligente o abandonado (casación octubre 2 de 1935, XLIII, 162); por el contrario, cual lo ha esclarecido con nitidez la doctrina, en la prescripción adquisitiva, el prius *lógico radica en la plenitud de los requisitos normativos, acreditada por el poseedor*

de la que surge el desplazamiento del derecho como un posterius, *en gracia de la imposibilidad real de coexistencia de dos poderes íntegros de igual contenido sobre un mismo bien.*

Semejante aptitud transformadora de las competencias particulares de que la ley reviste a la posesión, requiere, pues, de suyo y por empeño de la propia norma, a una su precisión conceptual y su comprobación judicial con toda seguridad. Definida descriptivamente la posesión como tenencia con ánimo de señorío (Código Civil artículo 762), el mismo ordenamiento singulariza al mero tenedor como sujeto que cuenta con el solo poder material (artículo 775 ibídem*), por carecer de la plenitud de los atributos, reconocer un derecho excluyente ajeno, en fin, por ausencia de propósito de apropiación (artículo 2531, 3ª), o imposibilidad de practicarlo (Código Civil 777), y provee a la distinción entre el poseedor regular (2528, 764 Código Civil) y el simple poseedor (artículo 2531), para así atribuir efectos y pretensiones defensivas a cada uno de esos poseedores (casación octubre 27 de 1945, LIX, 733; casación mayo 14 de 1947, LXII, 663).*

Estímase entonces factible y aun sencillo, precisar la posesión mediante el empleo de factores positivos y negativos, por la presencia de los rasgos que la caracterizan de todo motivo descalificador, que en el evento de conflicto impone a las partes sendas cargas de demostración (casación marzo 12 de 1953, LXXIV, 376): para quien se autocalifica de poseedor, la de su tenencia, ejecución personal o indirecta de actos económicos y jurídicos que son propios e inequívocos de quien ejerce el señorío de la cosa, al que de ordinario, por la repercusión de esos símbolos y el alcance de las constantes, se reputa dueño (Código Civil 2531, 3ª, 2ª), (casación diciembre 13 de 1954, LXXIX, 256; noviembre 9 de 1956, LXXXIII, 775), y para quien contradice esa calificación y afirma su propiedad, la de probar que su conducta implicó la práctica de poderes que este derecho trae consigo, inclusive por mediación de quien se ha alzado en su contra constitutum possessorium, animo suo corpore alieno, *(Código Civil 762, 780, 781; actos de tolerancia, 2520* ibídem*), o, por vía indirecta, demeritando los hechos en que se asienta la pretensión posesoria, al señalar defectos en ella que la inhabiliten para la obtención de sus máximos resultados (231, 3ª, 2ª; 771 a 774; 2523 a 25; 2514).*

III. *Así que, según la comentada apariencia de señorío que, de ordinario acompaña a los más de quienes usan de un bien, con actos adecuados a la naturaleza de éste (casación julio 13 de 1938, XLVI, 716), y a las variantes costumbres sociales de aprovechamiento de las cosas, la posesión tiende cada vez más a identificarse en la mentalidad de las gentes, como antaño, con el arraigo, la constitución de sede, el establecimiento y el empleo del bien por alguien, que como lo indicaban los clásicos, es la antesala o manifestación primaria de la propiedad (casación agosto 28 de 1957, LXXXIV, 14); al punto de que el* animus *o voluntad identificadora de la condición jurídica del ocupante, es todo lo más un factor especificador, en cuanto que fija la causa o germen del contacto material, que en la posesión regular deriva de un título justo que le da razón de ser, y en la simple posesión asume los vicios de hecho negativo, cuando la presencia de antecedente precario o subordinado despeja el equívoco y sitúa al fenómeno en el campo de la mera tencencia, llamada también, dentro de confusos antecedentes, posesión precaria o anómala, a los solos efectos de discernirle la adecuada protección.*

De este modo y dentro de la ordenación normativa, la posesión competente a la longi temperia praescriptio, *se ofrece como una serie inalterada de hechos y actos de goce de una* res habilis, *en cuanto no resulte desvirtuada por la exhibición de una causa precaria* (animo detentionis) *que, descalifique la supuesta posesión con el reconocimiento inicial o sobrevenido, de derecho ajeno opuesto al aparente señorío (casación julio 26 de 1950, LXVII, 472); para así, ampliar el debate con el examen minucioso de todo el trayecto (Código Civil artículo 2531, 3ª), o consignar un hito interruptor, motivo de pérdida del tiempo transcurrido hasta entonces (ibídem 2514, 2523), (casación septiembre 4 de 1951, LXX, 390).*

Por ello, al precisar el Código los requisitos de la prescripción extraordinaria (2531, 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 interversión 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 proscripción 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 estos, 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 traslaticio 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, le 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 Código Civil, y volver a montar la construcción sobre el nuevo sustento, expuesto como siempre a los descargos de interrupción y renuncia.*

IV. Sostiene la demanda de casación que la medida judicial desconoció hechos contundentes en torno a la precariedad inicial de títulos del demandante, a la conservación indefinida de esa postura y a la reciente renovación de dicho ánimo subordinado, obstáculos insalvables para calificarlo de poseedor y declararlo prescribiente en fuerza del solo transcurso del tiempo, al cabo del cual vino a inclinarse de nuevo ante la titularidad ajena.

Vicente Hazbón, al absolver las posiciones, manifiesta haber recibido la posesión de manos de su suegro Abraham Jasbón, y explica que ello obedeció a dificultades de éste en el manejo de varias fincas distantes y de atención exigente, que junto con la necesidad de trasladar la familia a Bucaramanga, por razones de educación y trato social, lo movieron a instarle se instalara en la casa de la finca "Buenos Aires", y con ello se economizara el arriendo y ayudara a cuidar el resto de la propiedad, como en efecto ocurrió para el año de 1932; agrega que más tarde, en 1937, al presentarse la separación de bienes entre don Abraham y doña Francisca, aquél tomó para sí hacienda en el municipio de Florida y entregó a ésta lo demás, inclusa la dicha finca, y que ella, suegra del absolvente, respetó en todo momento la voluntad de su esposo de dejar a los Hazbón-Jasbón en posesión de casa y solar contiguo, en términos de la mayor cordialidad e interés por su descendencia; afirma haber pagado los impuestos prediales de este inmueble, inscrito a nombre de la señora Francisca, a quien entregó los recibos todos, excluidos los del año de 1963 y el primer semestre de 1964, y aclara su comportamiento dentro de los actos cumplidos en la causa mortuoria de aquélla, manifestando que allí no reclamó pago de mejoras, sino simplemente hizo ver todas las puestas por él, en orden a demostrar su posesión, y advirtió que ya cursaba sobre el bien demanda de pertenencia.

Los testigos Alejandro Rondón O., María de Jesús Ramírez Cáceres, Isabel Pinilla de Pinilla, Salvador Chahin Y., Emma Nohora de Chahin y Miguel Mutis González, de los aportados por el actor, y Ramiro Alvarez P., presentado por la defensa, están acordes en afirmar que Hazbón se instaló con su familia en el predio debatido, con permiso de sus suegros, y algunos agregan datos sobre el oportuno socorro que de tal modo éstos prestaron a sus hijos.

La sentencia de segundo grado consigna testimonios y posiciones en transcripción literal, pero no advierte allí el aserto común sobre el origen del contacto material del actor con el fundo a cuya propiedad aspira; cuestión, por cierto, básica en la dilucidación del caso, con falta menos excusable en la medida de la tenacidad con que los demandados la destacaron. Cometióse, pues, un error de hecho protuberante en la apreciación de la prueba, al omitir palpación y reconocimiento de una situación concreta, calificada y de indudables alcances: que Vicente Hazbón fue instalado en la heredad por su dueño, con quien estaba vinculado por relaciones de parentesco inmediato, demostradas en el juicio, en circunstancias y por motivos que con nitidez se ofrecen en las mismas declaraciones, como evidencia de un acto benévolo cumplido en el seno de la familia, que, en solo beneficio de él, le concedió el uso personal de casa de habitación y el goce de la huerta adyacente, sin otra compensación que la obvia vigilancia que prácticamente con su sola presencia en los contornos podía ejercer sobre el resto del bien, cuyos ren-

dimientos también tomaba ocasionalmente, dentro de una relación espontánea de hospitalidad, fincada en aquellos vínculos, practicada en forma que conviene a la figura de comodato y que, en todo caso, se revela como tenencia por el innegable reconocimiento del dominio extraño, sin el cual no puede entenderse la actuación.

Tal yerro, innegable, fue punto de partida de las consideraciones fundamentales del fallo, apoyado en una supuesta posesión veintenaria, deducida de los testimonios, al alentar un criterio inadecuado para el juzgamiento de aquellas probanzas y de datos complementarios, en orden a la formación del concepto cabal del problema, comoquiera que la fisonomía y la propia entidad de los hechos está determinada por los antecedentes y origen que los explican y califican, allá inadvertidos.

Puntualizados así *animus detinendi, laudatio possessoris y causa detinendi,* la supuesta posesión inicial se degradó al mostrarse como mera tenencia, y el actor pasó a soportar la carga probatoria de la interversión, que no alegó, o de los anotados actos evidentes de desconocimiento del derecho reconocido atrás por él y su perseverancia enalterada en esa conducta.

Y es él mismo quien expresa que al cambiar de manos el bien, su suegra, nueva titular, mantuvo la situación en curso, dentro de relaciones familiares íntimas y frecuentes visitas, dicientes de preocupación e interés de ella por la condición económica de su descendencia, y añade que la finca fue parcelada, sin compromiso del sector al que redujo el ocupante su sede, por la cual gestionaba la cancelación de los tributos municipales, cuyos recibos entregó cumplidamente a la propietaria.

El Tribunal, al encomiar "sinceridad, llaneza y verdad" ejemplares del absolvente, descarta cualquier aspecto negativo de la posesión en aquellos hechos, con el argumento solo de ser indiferente el empadronamiento de la finca bajo nombre distinto de quien la ocupa, y absoluta indiferencia ante el significado real de la actuación, tomada en sí e incorporada al decurso general de los sucesos, ya que si de suyo los actos tildados de posesorios no denuncian un claro sabor independiente; de equívocos se convierten en expresión de simple tenencia al relacionarlos con el antecedente destacado y encuadrarlos dentro de una relación generosa, que no tolera confundir el apego y afecto de la mujer anciana hacia sus descendientes, a quienes continuó socorriendo y cuya compañía le servía de solaz, con un posible desentendimiento suyo del derecho de propiedad, a la que, según las voces del interesado, renunció en su reiterado propósito liberal, y tomar la cariñosa acogida que le tributaron los ocupantes en su casa, incluso por largas temporadas, como signo de rebeldía y contradicción de su dominio. Y aun si se evidenciara el pago de los impuestos por el actor con dineros propios, cabría pensar en que de ese modo él procuraba, si no retribuir la ayuda, hacer menos oneroso el amparo brindado, en términos de delicadeza elemental.

Emerge de estas disquisiciones el hallazgo de un nuevo error de hecho en el análisis de la confesión del demandante, que dentro de su reticencia y calificativo personal de los hechos, admitió comportamientos suyos incompatibles con su afirmada posesión, no tenidos presentes en la sentencia, que también ignoró el deber de *custodia* a que está sometido el mero tenedor, con torcimiento incuestionable del resultado impuesto por la realidad procesal.

Así las cosas, la falta de responsabilidad de unos testigos, la contradicción en que puedan caer otros y la coincidencia de los más en su recuerdo sobre intimidad entre la señora Matilde de Jasbón y la familia de Vicente y Justa María, y la frecuencia de su trato, no aceptadas por el fallador de mérito, simplemente contribuyen a que la Corte se cerciore más de la evidencia del antedicho yerro de desconocer que el ocupante se mantuvo siempre sumiso a sus suegros, propietarios sucesivos del bien, que obsequiosamente le dejaron habitar y explotar en relación personalísima, y sobre el que, fuera de los actos inmediata expresión de tal ventaja, realizó construcciones enderezadas a vivienda más holgada o plantíos para el embellecimiento y goce mayor de su morada, en alguna ocasión con el concurso de tercero a quien animó o remuneró con fracciones del producto cosechado.

Como tampoco tienen trascendencia los pormenores de las alegaciones del mismo señor Hazbón durante el secuestro practicado en la mortuoria de la señora Mantilla, en cuanto pudieran significar renuncia a la prescripción o refrendación de su precariedad precedente, de convenir que el proveimiento estimatorio de la demanda se asentó en una posesión extraída de testimonios, sobre apariencias, despejadas y rectificadas en términos de mera tenencia, a la luz de las propias declaraciones testificales y, en particular, de la confesión, cuyo relegamiento por el Tribunal se puso ya de relieve, en cuanto error de hecho evidente, y que ahora se analiza en su repercusión sobre la ley sustantiva, que sufrió quebranto con falta de aplicación de los artículos 2531, 762,

775, 777, 780 y 786 del Código Civil, toda vez que dejó de apreciarse la entidad de la mera tenencia en contraste con la posesión, y de manejarse el problema de conformidad con las pautas de aquella, establecida como actitud inicial, reiterada luego. Motivos estos de prosperidad del recurso y de consiguiente casación del fallo acusado.

V. Las consideraciones precedentes hacen ver cómo el actor no acreditó el lleno de los requisitos generales de ley para la declaración de pertenencia y, adicionalmente, aquellos de la situación propia del tenedor que se considera prescribiente, al paso que sus contrarios le comprobaron ocupación a nombre y por cuenta de la propietaria del inmueble, causas concurrentes de la denegación pronunciada en primera instancia, en la que ha de insistirse.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga de fecha 24 de septiembre de 1965, en el presente juicio seguido por Vicente Hazbón Nassar contra los sucesores de Ana Francisca Mantilla de Jasbón, y en su lugar CONFIRMA la del Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga de veinte (20) de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964).

Costas en la segunda instancia a cargo del demandante.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA PLENA DE CASACION CIVIL

Objeto de su división en dos Salas y del llamamiento de la Plena Civil para dictar la decisión de fondo. El artículo 1º del Decreto legislativo número 1219 de 1955, no estableció la interdependencia jurisdiccional de las dos Salas parciales, sino que mantuvo la autonomía de cada una en el campo de su propia competencia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, diciembre 9 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 19 de septiembre de 1961, en el juicio ordinario seguido por Hernando Devis Echandía y otros frente a Helena Gutiérrez de Torres y otra, sobre nulidad de una sentencia de casación.

I

Antecedentes

En el juicio que Gustavo Gómez, como cesionario de los derechos hereditarios de José Gutiérrez Céspedes, cónyuge supérstite de María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez, entabló ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá, mediante demanda corregida de fecha 9 de marzo de 1949, contra Helena Gutiérrez Montejo de Torres y Natalia Latorre de Gutiérrez, sobre petición de la herencia de la sobredicha María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez y otros puntos, recayeron en su orden las siguientes sentencias:

a) La de primer grado pronunciada por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá con fecha 8 de octubre de 1952, por la cual se aceptaron varias de las súplicas de la demanda y se denegaron otras (folios 58 a 71, cuaderno 5), y que fue apelada por ambas partes.

b) La de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de este Distrito con fecha 20 de agosto de 1954 (folios 113 a 134 vuelto, cuaderno 14), por la cual se reformó la del inferior, para decidir en sustancia lo siguiente: declarar no probadas respecto de José Gutiérrez Céspedes y de Helena Gutiérrez de Torres, la excepción de indignidad y la causal del mismo nombre que respectivamente se opusieron los litigantes (1º y 2º); reconocer a José Gutiérrez Céspedes, en su condición de cónyuge sobreviviente, su calidad de heredero abintestato de María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez y a Hernando y Alfonso Devis Echandía, como cesionarios de los derechos hereditarios de José Gutiérrez Céspedes en la mortuoria de la misma causante, a virtud de los varios actos de cesión que allí se relacionan (3º y 4º); declarar que Hernando y Alfonso Devis Echandía, como cesionarios de José Gutiérrez Céspedes, tienen derecho a la mitad líquida de la herencia de María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez, en concurrencia con Helena Gutiérrez de Torres, asignataria de la otra mitad, herencia cuyo patrimonio aparece constituido concretamente por los bienes que allí se enumeran (5º), y en consecuencia que los mismos Devis Echandía, en su calidad dicha, tienen derecho a que se les restituya por la demandada la mitad de la herencia referida, con sus accesorios y frutos (6º); que la partición ya efectuada en el juicio mortuorio de la dicha causante no transmitió a Helena Gutiérrez de Torres la mitad indivisa de tales bienes que a ésta demandada allí se le adjudicaron, mitad que corresponde a los cesionarios Hernando y Alfonso Devis Echandía (7º), y decretar, en consecuencia, la cancelación del registro de la misma partición (11); condenar a la misma Helena Gutiérrez de Torres a restituir o pagar a los nombrados Devis Echandía, en el 50% que les corresponde, los frutos percibidos de los bienes de la sucesión o que hubieran podido percibirse con mediana inteligencia y acti-

vidad, computados desde la delación de la herencia hasta la ejecutoria de la sentencia, de acuerdo con la súplica respectiva (8º); decretar una nueva partición de los bienes de la herencia de María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez, tomando en cuenta los derechos de los cesionarios Hernando y Alfonso Devis Echandía, con arreglo al valor dado a los bienes en la diligencia de inventario y avalúo en el juicio de sucesión de la causante (9º y 10); declarar que la venta hecha por Helena Gutiérrez de Torres a Natalia Latorre de Gutiérrez del inmueble números 8-57 y 8-59 de la calle 17, no le transmitió a la segunda el dominio de la mitad indivisa de tal inmueble, que corresponde a los cesionarios, si tal mitad no cupiere en la cuota herencial de la primera (12); condenar a Helena Gutiérrez de Torres a restituir a Hernando y Alfonso Devis Echandía la mitad del precio de la casa vendida por ella a Isabel Llano de Galvis, mediante la Escritura pública que allí se cita (13); y no hacer condenación en costas (14). Contra este pronunciamiento interpusieron ambas partes el recurso extraordinario.

c) La sentencia de casación de fecha 6 de abril de 1956, proferida por la SALA DE CASACION CIVIL "B" de la Corte Suprema de Justicia, por la cual ésta casó el fallo recurrido y como juzgador de instancia declaró: "Probada la excepción de indignidad de José G. Gutiérrez para heredar a su esposa María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez, y absuelve, en consecuencia a Helena Gutiérrez de Torres, de los cargos de la demanda. Se absuelve igualmente a Natalia Latorre de Gutiérrez. Sin costas en el recurso ni en las instancias" (folios 77 vuelto a 99, cuaderno 11).

Entonces, la parte recurrente, alegando que en la mencionada sentencia de casación hubo varias reformas de la jurisprudencia preestablecida y se sentaron doctrinas nuevas sobre puntos fundamentales, y que nada de ello podía haberse hecho por sólo una de las dos salas en que a la sazón estaba distribuido el juzgamiento en casación civil, sino por la plena formada de los magistrados de ambas, según el artículo 1º del Decreto extraordinario número 1219 de 30 de abril de 1955, pidió allí mismo a la sala falladora que tal pronunciamiento se considerase como un simple proyecto y que, al declararlo así, se ordenase que el proceso volviera al despacho para que el trámite se sujetara a lo dispuesto por el decreto en mención, o de plano se sometiese el proyecto a la sala conjunta. A este pedimento recayeron los proveídos de la Sala Plena de Casación Civil de fechas 25 de mayo y 27 de junio de 1956, el segundo sustentatorio del primero, por el cual esta Sala resolvió que no había lugar a su intervención en los negocios en que cualquiera de las dos Salas de Casación Civil dictase sentencia, por el hecho de no haberlos sometido a aquélla y no haber, por tanto, recurso para ante la sala falladora o la plena, a través del artículo 1º del decreto en referencia.

II

El presente litigio

Así las cosas, Hernando y Alfonso Devis Echandía y María Elisa Bourgeois viuda de Gutiérrez demandaron en juicio ordinario a Helena Gutiérrez de Torres y Natalia Latorre de Gutiérrez en solicitud de pronunciamiento que contenga las siguientes determinaciones:

"*Primera:* Que la sentencia de casación e instancia, proferida por la Sala 'B' de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 6 de abril de 1956, en el juicio ordinario de Gustavo Gómez contra Helena Gutiérrez de Torres y Natalia Latorre de Gutiérrez, es nula por las causas que se determinan en los hechos de esta demanda, y queda por tanto sin valor y sin efectos ningunos.

"*Segunda:* Que, como consecuencia de dicha nulidad, la indignidad impuesta en dicha sentencia contra el señor José Gutiérrez Céspedes (q.e.p.d.), queda sin valor y efectos legales.

"*Tercera:* Que, como consecuencia igualmente de dicha nulidad, Hernando y Alfonso Devis Echandía, titulares de los derechos herenciales de José Gutiérrez Céspedes en la sucesión de Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez y equivalentes a la mitad de la herencia, son dueños de la mitad indivisa de la propiedad y posesión de los siguientes bienes, que deben ser restituidos por las demandadas con sus frutos, productos y accesorios hasta el día de la entrega a aquéllos, el primero la señora Latorre de Gutiérrez y los otros Helena Gutiérrez de Torres, dentro de los ocho días siguientes a la ejecutoria de la sentencia:

"a) Una casa alta y baja con sus almacenes, tiendas y accesorios distinguidos con los números 14-28, 14-32, 14-36, 14-40, 14-42, 14-46 y 14-50 de la carrera 13 de esta ciudad y 12-59 de la calle 15, junto con el lote de terreno alinderado así: ... b) Dos casas, una alta y otra baja, que forman un solo cuerpo de edificio situadas en esta ciudad, en la calle 17 distinguidas con los números 8-57 y 8-59 junto con el lote de terreno y cuyos linderos generales son: ... c)

Un derecho proindiviso equivalente a la cantidad de $ 33.082.29 y sesenta y cinco centésimos de centavo, en el dominio y posesión de un local para almacén, con estantería, mostrador y demás accesorios, situado en el barrio de la Catedral de esta ciudad, en la carrera 7ª sobre un avalúo de $ 45.000.00, distinguido con el número 12-98 de la carrera 7ª, antes 510, junto con el lote de terreno y cuyos linderos generales son: ... d) Y la mitad del valor de la casa vendida por Helena Gutiérrez de Torres a la señora Isabel Llano de Galvis, ubicada en la calle 60 hoy número 14-71, antes número 53, según Escritura número 2974 de 28 de octubre de 1942 de la Notaría 3ª de Bogotá, con sus intereses desde entonces hasta la fecha el recibo (sic) de tal suma.

"Y que quedan sin efectos y deben cancelarse, los registros de la hijuela y esta misma hecha en la mortuoria de Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez a favor de Helena Gutiérrez de Torres, y la venta hecha por ésta a Natalia Latorre de Gutiérrez del inmueble determinado en el punto a) por Escritura número 3666 de fecha 16 de octubre de 1945 de la Notaría 3ª de Bogotá, y su registro, en cuanto a la mitad indivisa de los inmuebles objeto de dichas hijuelas y venta.

"En subsidio de la anterior

"Que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, debe proceder a dictar nueva sentencia que reemplace a la que se anula por la declaración primera principal, de conformidad con las demandas de casación que se interpusieron ante ella contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Bogotá, en dicho juicio, para lo cual el expediente debe ser remitido a dicha corporación.

"Y que queda sin valor la cancelación del registro de la demanda de dicho juicio que se hizo como resultado de la sentencia que se anula, y por tanto debe el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá dejar sin efectos tal cancelación y vigente dicho registro de demanda, hasta tanto se resuelva lo pertinente de conformidad con la nueva sentencia que dicte la Corte Suprema de Justicia para sustituir la anulada.

"*Ultima principal:* Que si se oponen las demandadas paguen las costas de este juicio".

En el cuadro de cincuenta y tres HECHOS que propone esta demanda se hace una exposición relativa al juicio ordinario de que anteriormente se habló, en relación con el cual, entre otras cosas, se afirma:

Que en ese juicio no fue parte José Gutiérrez Céspedes;

Que durante la primera instancia, las demandadas no opusieron excepción alguna;

Que en el segundo grado y por primera vez la demandada Helena Gutiérrez de Torres formuló la excepción perentoria de indignidad del heredero José Gutiérrez, quien tampoco fue citado a la segunda instancia;

Que el Tribunal en su sentencia negó esta excepción, habiéndole dedicado varias páginas al punto de que "los efectos de la indignidad no pasan contra los compradores de buena fe por acto anterior a la declaración de la indignidad";

Que los Devis Echandía al comprar los derechos que le correspondían a Gustavo Gómez por la compra hecha por éste al heredero Gutiérrez, ya en el curso del juicio, "adquirieron como es obvio lo que a Gómez le pudiera corresponder, sin alterar para nada la *litis contestatio* trabada con la demanda y su contestación";

Que el recurso de casación que interpuso la parte actora sólo lo fue "para que de una vez se hiciera la partición de los bienes o se le adjudicara la mitad indivisa de cada uno, en vez de ordenarse una nueva partición, y para que se tuviera en cuenta una última escritura de cesión de los mismos derechos entre los Devis Echandía";

Que "la parte demandada interpuso recurso de casación contra la totalidad de la sentencia, insistiendo en la indignidad del marido y por tanto en que éste debía ser excluido de la herencia";

Que en su memorial de réplica al libelo de casación de la demandada, el opositor transcribió "más de veinte sentencias de la Corte Suprema de Justicia que consagraban la jurisprudencia vigente sobre la necesidad de recibir *exequatur* las sentencias dictadas en el exterior sin importar quién las dicte, sobre la ineficacia de la copia de la sentencia dictada en juicio anterior para probar los hechos tenidos como probados en esa sentencia y necesidad de trasladar en copias esas pruebas para la calificación del nuevo juez, sobre la necesidad de adelantar un juicio completo y con audiencia del presunto indigno para imponer la indignidad, sobre la imposibilidad de imponer a la mujer adúltera pena no consagrada por la ley como la pérdida de sus derechos patrimoniales en el matrimonio, sobre la necesidad de que hubiera juicio penal previo con sentencia condenatoria para alegar en juicio posterior civil la indignidad por aten-

tado grave contra el honor o vida o bienes del causante, y sobre la necesidad de aplicar un criterio rigurosamente restrictivo para imponer la pena de indignidad";

Que para dictar la sentencia de casación referida, "no se convocó a la Sala Conjunta de Casación Civil, y con los solos votos y firmas de la Sala Parcial se reformaron en forma radical las cinco jurisprudencias que venían desde 1912 hasta 1955 inclusive imperando en la Corte";

Que a pesar de ello la sentencia debió condenar a la demandada a restituir los bienes herenciales que formaban la mitad correspondiente al heredero aún indigno, en razón de que éste no era el demandante, sino que lo era un comprador de buena fe, anterior al juicio en que se propuso la excepción de indignidad;

Que la sentencia proferida por la Sala "B" de Casación Civil, con fecha 6 de abril de 1956, "reformó cinco jurisprudencias vigentes, porque no existía ninguna sentencia anterior que las reformara, y sentó doctrina sobre el punto novísimo de que el adulterio del marido es causal de indignidad y jurídicamente igual de grave que el de la mujer (no obstante que la ley dice lo contrario), y sobre el punto nuevo, también, si no encierra reforma, de que las sentencias eclesiásticas no necesitan *exequatur* para ejecutarse en Colombia aun cuando se dicten en país extranjero por jueces que sólo para allí tiene la Iglesia; todo ello con el olvido de la norma legal vigente que hacía obligatoria la firma y necesarios los votos de los magistrados de la otra Sala Parcial, para la validez de tales decisiones";

Que consumado el hecho, la Sala Conjunta de Casación Civil, al resolver luego que nada podía hacerse al respecto, "no se refirió en todo caso a la nulidad que pudiera afectar a ese fallo, sino a la imposibilidad de considerarlo como simple proyecto y no como sentencia";

Que la sentencia impuso la pena de indignidad, sin que sobre esta cuestión hubiera existido demanda, ni controversia con el heredero declarado indigno, ni con el comprador de sus derechos y los cesionarios posteriores. Apenas se ventiló el punto en la segunda instancia, usurpando la competencia al juez de la primera, y se condenó al comprador a perder la herencia, "sin juzgarlo como adquirente cinco años antes de formularse la excepción y ocho años antes de dictarse la sentencia que declaraba la indignidad del vendedor";

Que la sentencia de la Sala "B" de Casación Civil, que se acusa de nulidad, "se encuentra ejecutoriada";

Que ninguna de las causas de nulidad que se invocan se produjeron en las instancias, "por lo que ni afectaron la sentencia del Tribunal ni el trámite de aquéllas" y que, habiéndose aquellas causas originado en la misma sentencia final del juicio, su alegación y resolución corresponde a incidente o juicio posterior;

Que José Gutiérrez Céspedes, a quien se juzgó sin oírlo ni citarlo, murió en el curso de la segunda instancia, con posterioridad a la interposición de la excepción de indignidad;

Que contra este señor, Helena Gutiérrez había iniciado en 1948 un juicio ordinario de indignidad, que luego abandonó y quedó archivado en el Juzgado 2º Civil del Circuito, por resultas de una excepción dilatoria que prosperó;

Que el mismo Gutiérrez dejó como única heredera testamentaria a su segunda esposa María Elisa Bourgeois, con quien, siendo viudo, contrajo matrimonio católico, y que esta señora en su doble calidad dicha, lo representa para todos los fines legales y morales; y

Que Hernando y Alfonso Devis Echandía son los cesionarios de los derechos de Gustavo Gómez, reconocidos así en ese juicio y, por tanto, a quienes corresponde la acción de nulidad y las anexas a ésta.

En DERECHO invócase el Decreto extraordinario número 1219 de 30 de abril de 1955, con base en el cual se argumenta en sustancia lo siguiente:

Que, según dicho ordenamiento, si bien cada una de las dos salas entonces encargadas de la Casación Civil podía decidir separadamente en los negocios que se le repartieran, sin embargo para reformar jurisprudencia vigente o sentar doctrina sobre puntos nuevos, el fallo debía ser pronunciado por ambas salas, de modo que una vez aprobado por la en que actuara el ponente, "apenas se tendría un proyecto, que debía llevarse a la Sala Conjunta para su discusión y aprobación por los ocho magistrados o su mayoría"; y que la falta de cumplimiento de este mandato legal originaba nulidad, por los siguientes aspectos:

1. "Haberse dictado el fallo con menos votos y menos firmas de las exigidas por la ley";

2. "Carencia de competencia de la Sala Parcial para reformar jurisprudencias vigentes y sentar doctrina sobre puntos nuevos, que forman parte de la esencia del fallo".

Además de estos motivos, alega otros como fundamento de nulidad, los cuales indica así:

3. "Haberse impuesto la pena de indignidad sin las formalidades del juicio exigido por la Constitución y la ley para ello, sin demanda, sin siquiera discusión en dos instancias por vía de excepción (artículos 26 de la Constitución Nacional y 1031 y 1032 del Código Civil)";

4. "Usurpación de competencia al pretermitir la primera instancia (artículo 148 del Código Judicial)";

5. "Haberse impuesto la pena de indignidad a una persona que no era parte en el juicio ... Lo que constituye una 'falta de citación o emplazamiento' ... con lo que son dos las bases legales de este quinto motivo de nulidad: los artículos 26, 28 de la Constitución Nacional y ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial";

6. "Ilegitimidad de la personería del demandante y cesionarios para representar al marido para fines de indignidad, o indebida representación".

Trae, luego, una serie de datos sobre las jurisprudencias de la Corte que, en sentir de la misma parte demandante, imperaban sobre los puntos a que ya se hizo alusión, hasta el momento de producirse el fallo, para contraponerles en seguida como diametralmente opuestas las tesis que, según el propio libelo, adoptó la Corte en el pronunciamiento de que ahora se trata.

Finalmente, discurriendo sobre los artículos 456 y 457 del Código Judicial, alega que, siendo una sentencia final susceptible de ser afectada de nulidad, y como los dichos artículos 456 y 457 se refieren únicamente a las nulidades de los juicios, o sea a las ocurridas antes de la decisión final, "la limitación del derecho a pedirlas que en ellos se contiene, no rige para cuando se trata de nulidad de la sentencia definitiva", y que, en cuanto "a los vicios de falta de competencia, usurpación de competencia, pretermisión de instancias y violación de citación o emplazamiento e ilegitimidad adjetiva de personería, el artículo 457 del Código Judicial autoriza expresamente para alegarlas como nulidad en juicio posterior".

Sin contestación de la demanda y con producción de pruebas de la parte actora, surtióse la primera instancia del presente juicio, a que recayó el fallo de 6 de junio de 1959, del Juez 10 Civil de este Circuito, por el que se niegan las peticiones de la demanda y, en consecuencia, se absuelve a las demandadas de los cargos contra las mismas propuestas.

Por apelación de la parte actora, abrióse el segundo grado que culminó con la sentencia del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, de fecha 19 de septiembre de 1961, mediante la cual se confirma la del inferior.

E interpuesto por la parte vencida, contra este último pronunciamiento, el recurso de casación y adelantado su trámite con el libelo de censura y el escrito de oposición oportunamente presentados, y celebración de la audiencia solicitada por la parte recurrente, encuéntrase en el punto de ser definido, lo que así se hace en este acto.

III

Razones de la sentencia recurrida

El Tribunal comienza por afirmar que "tanto el juicio como la sentencia son susceptibles de nulidad", pensamiento en desarrollo del cual hace las siguientes consideraciones:

"Cuando el fallo cae a consecuencia de la anulación del proceso, se está en presencia de la nulidad del juicio y no de la sentencia.

"Es obvio que la invalidez del fallo debe discutirse únicamente en juicio ordinario separado.

"Las causales de nulidad de una sentencia no son siempre las mismas que determinan la nulidad del juicio. Hay algunas que son propias y exclusivas del fallo, considerado como acto procesal autónomo y final.

"En efecto, el juicio se invalida a consecuencia de las causales consagradas por el artículo 448 del Código Judicial, ... La jurisprudencia, fundada en los artículos 456 y 457 de la obra citada, acepta también la incompetencia de jurisdicción como vicio propio y específico de la sentencia por falta de las condiciones de validez de este acto procesal.

"... Hay, pues, vicios exclusivos del proceso y vicios propios de la sentencia final"; y

Que "cuando se invoca la nulidad de sentencias atacadas por inexistentes o nulas, o sea, por vicios exclusivos de este acto procesal", "el litigante que fue 'parte' en el juicio concluido, sí tiene acción para demandar la invalidez de la sentencia, porque los vicios propios de este acto procesal escapan a la actividad de las partes dentro del proceso en que se profirió ... Quienes no intervinieron en el litigio con esa calidad, son extraños y la sentencia les es inoponible, no los afecta, por lo cual carecen de acción para solicitar su invalidez".

Expuesto lo cual, conceptúa: que los Devis Echandía, causahabientes de José Gutiérrez Cés-

pedes y partes en el juicio concluido, carecen de acción de nulidad por los motivos de indebida representación y de falta de citación o emplazamiento del demandado en el proceso primitivo, toda vez que en el presente impetran la anulación de la sentencia y no la del juicio aludido; que la pretermisión de una instancia del juicio genera el vicio de incompetencia de jurisdicción, pero es nulidad exclusiva del proceso y no de la sentencia final, por lo cual, habiéndose demandado la nulidad de ésta y no la de aquél, debe desestimarse; que el artículo 343 del Código Judicial faculta a las partes para proponer excepciones perentorias en cualquiera de las instancias del juicio, y le ordena al juez reconocerlas oficiosamente en la sentencia, salvo la de prescripción, que debe siempre alegarse; y que, como en el juicio referido se propuso en segunda instancia la excepción de indignidad, ha de concluirse que su reconocimiento es procesalmente irreprochable, y si hubiera habido alguna irregularidad sería vicio del proceso y no de la sentencia.

Estudiando la legitimación en causa de los actores, el sentenciador le desconoce a María Elisa Bourgeois viuda de Gutiérrez titularidad para pedir la invalidación del dicho fallo, porque no fue parte en la relación jurídico-procesal que finalizó con tal sentencia, la cual —dice— le es inoponible, sin que el interés moral alegado por su mandatario pueda convertirla en litigante de aquella controversia. "No así —agrega— los señores Devis Echandía que figuraron como litigantes, en cuanto atacan la sentencia por vicios exclusivos de ese acto procesal", por lo que se impone el "decidir esta causal en cuanto a ellos se refiere".

En el examen de este punto, las conclusiones a que llega el sentenciador pueden resumirse así:

Que del texto del Decreto 1219 de 1955, así como del antiguo Decreto 1857 de 1951, resulta que, para llevar un proyecto de sentencia a la Sala Conjunta de Casación Civil, necesariamente debía haberse emitido por dos de los miembros de la sala parcial en que fue aprobado o por ésta, concepto previo de que tal proyecto implicaba modificación de jurisprudencia anterior o sentaba doctrina sobre puntos nuevos;

Que "si no tuvo existencia ese hecho-premisa, no había lugar a convocar a las dos salas por sustracción de materia, ya que a ésta compete (sic) 'resolver primeramente si el proyecto significa la modificación de jurisprudencia o creación de nueva doctrina' ".

Que "por consiguiente la competencia se mantuvo en la Sala independiente y no pasó a la conjunta. Los magistrados de aquélla entendieron que no hubo innovaciones en el fallo";

Que "la locución 'en concepto de la sala respectiva o al menos de dos de sus miembros', pregona el arbitrio y la autonomía de ella para convocar la conjunta. Si, a su juicio, el proyecto no conlleva cambio de jurisprudencia, no está obligada a ello, aunque a la postre pueda resultar realmente una modificación de doctrina. No es el concepto de las partes ni el de terceros el que liga a la Sala, pues ésta es independiente"; y

Que si a los magistrados que la integran "les está adscrita privativamente esa función cualificadora, nadie puede arrogársela, arrebatándoles esa autoridad que los decretos y leyes les confieren".

Tales los motivos determinantes de la decisión impugnada.

IV

La demanda de casación

En tres capítulos, cada uno denominado "cargo", encierra el acusante los varios reparos que dice proponer contra la sentencia recurrida, relacionados todos con la causal primera de casación y cuya sustancia cabe recoger íntegramente en la siguiente síntesis:

Cargo primero. Se hace consistir en una triple censura, cuyos motivos se aducen así:

A) Que la demanda de nulidad contra la sentencia de casación e instancia proferida por la Corte Suprema de Justicia con fecha 6 de abril de 1956, se propuso por haberse juzgado y condenado a José Gutiérrez Céspedes, sin que hubiera sido parte en el juicio que concluyó con dicha sentencia, es decir sin haber sido oído, con la ritualidad de un juicio ordinario, de dos instancias, en que por vía de acción se discutiera la indignidad alegada contra él.

Porque fue la referida sentencia de la Corte la que de modo póstumo convirtió a José Gutiérrez, que no fue parte en el juicio, en persona afectada por tal sentencia. Luego no se le puede negar al dicho Gutiérrez o a su legítima representante la acción para impetrar la nulidad de esa condena, como lo hizo el Tribunal en el fallo recurrido, en el que, buscando sólo el aspecto económico de la cuestión, afirmó que el interés moral alegado no legitima a la demandante en la causa.

Si el artículo 457 del Código Judicial, que otorga la acción de nulidad por la vía ordinaria a la parte que no fue legalmente llamada al juicio o no estuvo debidamente representada en él, no le diera tal acción a Gutiérrez Céspedes o a su representante, se la otorgaría de todos modos la Constitución en sus artículos 26 y 28, que prohíben juzgar y condenar a quien no ha sido oído y vencido en juicio, sin las ritualidades precisas establecidas por la ley al efecto.

Así que "resultaron violados directamente por el Tribunal: los artículos 1025 ordinal 2º y 1031 del Código Civil por interpretación errada, al entender que bastaba suplicar o pedir la indignidad por vía de excepción y en sólo la segunda instancia por un grave atentado contra el honor; los artículos 457 del Código Judicial por no aplicarlo al no ser capaz de dilucidar lo especial del caso como ya expliqué; el artículo 448, ordinal 3º del Código Judicial, que habla expresamente de 'falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas *que han debido ser llamadas al juicio*', lo que comprende a quien resultó juzgado y condenado moral y socialmente sin haberlo sido, por ser aquello requisito constitucional indispensable para esto; los artículos 26 y 28 de la Constitución Nacional, por falta de aplicación. Como consecuencia, se violaron también los artículos 1321 a 1326 del Código Civil, por falta de aplicación, ya que al tenor de ellos se ha debido en la nueva sentencia y anulada la declaración de nulidad, decretar la restitución de la herencia que le correspondía al marido don José Gutiérrez".

Y sin que quepa "*sostener que se trata de nulidad del juicio y no de la sentencia,* porque aquello sería cierto si se tratara del caso de haber sido demandado y no citado o representado, pero jamás cuando se trata de no haberlo sido y sin embargo resultar condenado en la sentencia final", pues "no puede afectar al proceso una nulidad que apareció en la sentencia final".

B) Que hubo error grave en el Tribunal al considerar que, para hacer valer la nulidad de la sentencia en que se condenó a Gutiérrez por indignidad, sin haber sido oído en juicio formal, se "tenía que reclamar la nulidad del juicio y no sólo la de la sentencia".

El Tribunal no tuvo en cuenta "el haberse condenado en la *sentencia final,* por indignidad, a quien no había sido parte en el juicio. La tesis del Tribunal sería cierta, si se hubiera demandado a Gutiérrez, pero éste no hubiera sido debidamente citado o emplazado o representado. Entonces sí el juicio sería nulo. Pero como sucedió lo contrario, es demasiado elemental que las dos instancias transcurrieron válidamente, entre demandante y demandadas, por lo que no pudieron quedar afectadas de nulidad; que al sobrevenir la condena inconstitucional e ilegal sólo en la sentencia final, el vicio no puede afectar al juicio, sino a tal sentencia", ya que como lo enseñan los autores y la doctrina de la Corte, la nulidad no afecta a los actos del proceso anteriores al momento en que ocurre, sino sólo a los posteriores.

Y si los artículos 457 y 448, ordinal 3º del Código Judicial al hablar de quien ha debido ser parte, no fueran suficientes para darle a Gutiérrez o a su representante legítima la acción de nulidad, "no puede dudarse de que tal acción la otorgan amplísimamente los artículos 26 y 28 de la Constitución". En este punto el recurso propugna la tesis de que "El artículo 448 del Código Judicial en su ordinal 3º, desarrolla el principio constitucional de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido con la ritualidad del juicio establecido por la ley (no en otra forma), tanto cuando el condenado fue demandado pero no citado o representado debidamente, como cuando ni siquiera fue demandado. El segundo es si no más grave violación del principio constitucional, por lo menos igual al primero. Por consiguiente, el artículo 457 ibídem debe ser interpretado con igual amplitud".

Si las causales de nulidad de una sentencia no son siempre las mismas que determinan la del juicio y si la jurisprudencia, fundada en los artículos 456 y 457 del Código Judicial, acepta también la incompetencia de jurisdicción como vicio específico de la sentencia por falta de las condiciones de validez de este acto procesal, no cabe negar la acción de nulidad de la misma cuando el vicio ocurre sólo en ella.

"Además, *se alegó la nulidad de la sentencia no como acto aislado, sino como parte integrante del proceso,* como su acto final", o sea que, dejando incontaminados los actos anteriores, "como acción de nulidad del proceso tenía siempre que limitarse a la sentencia, único acto afectado por ella".

Ni puede pensarse que, como la excepción de indignidad se propuso al comienzo de la segunda instancia hubiera ésta quedado afectada de nulidad, por ser obvio que no es lo que propongan las partes lo que vicia la validez del proceso, sino las actuaciones del juez y los trámites que se le den.

"La ley no autoriza en parte alguna a alegar como excepción la indignidad. Exige un juicio para imponer la pena en el artículo 1031 del Código Civil y también lo exige la Constitución Nacional en el artículo 26". Así que si el sentenciador no hubiera violado estos textos, como lo hizo "al no aplicar éste y aplicar con errada interpretación aquél, lo mismo que el artículo 1025 ordinal 2º", ninguna nulidad hubiera ocurrido. "Pero si la ley permitiera proponer como excepción la indignidad, esto tendría que ocurrir con dos requisitos:

1º Que el juicio fuera con el mismo presunto indigno;

2º Que se propusiera en primera instancia y antes del término probatorio de la misma".

Porque no obstante lo dispuesto en el artículo 343 del Código Judicial, acerca de que el demandado puede proponer toda clase de excepciones en cualquier momento del juicio y el juez, salvo la de prescripción, declararlas de oficio, la ley no consagra la indignidad como excepción procesal; "se trata de imponer una pena moral, social y patrimonial, no de extinguir obligaciones del demandado. El heredero tiene tal calidad, hasta el momento en que se declara indigno. Antes no existe hecho exceptivo alguno".

Y este aspecto del recurso remata diciendo que "Se viola ese artículo 343 del Código Judicial por indebida aplicación; como consecuencia el 1031 y el 1025, ordinal 2º del Código Civil y los artículos 26 y 28 de la Constitución Nacional; además de los artículos 448, ordinal 3º y 457 del Código Judicial por los motivos ya expuestos".

C) Que la creencia del Tribunal de que la pretermisión de una instancia, como generante del vicio de incompetencia, afecta al juicio y no a la sentencia, sería fundada si el vicio se presenta antes de la sentencia final. Pero, como en el caso de la litis las dos instancias transcurrieron entre demandante y demandadas válidamente, y sólo en la sentencia final vino a producirse el vicio de condenar por indigno a quien no había sido parte y en razón de una indignidad que sólo fue alegada como excepción y discutida en la segunda instancia, resulta que fue en ese momento cuando se presentó la nulidad.

Erró, pues, el Tribunal al considerar que se invocaba la nulidad de la sentencia como acto aislado, siendo así que se trata de esta como parte del proceso y acto final del mismo, sin que el vicio ocurrido en ella pudiera inficionar la actuación anterior. Con esa tesis de la discriminación entre nulidad de la sentencia y no del juicio, "viola también los artículos 26 y 28 de la Constitución Nacional y los citados del Código Civil, y del Código Judicial, por los motivos varias veces indicados".

Y remitiéndose a la argumentación consignada en el punto B) anterior, concluye que el Tribunal ha debido aceptar la acción. A lo que agrega que "la demandada ha debido RECONVENIR y no limitarse a excepcionar enderezando la demanda tanto contra el demandante como contra el presunto indigno. De todas maneras tenía que existir un juicio, con dos instancias, para que al tenor del artículo 26 de la Constitución y de los artículos 1025 ordinal 2º y 1031 del Código Civil, se le pudiera juzgar y con mayor razón condenar por indigno. Tales textos y los demás citados del Código Civil, resultan violados, por los motivos expuestos, por este otro aspecto".

Trae luego varias citas de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre nulidad constitucional por violación de procedimiento. Apoyándose en las cuales, el recurrente sostiene que "cuando por una autoridad no se observan las formas propias de cada juicio ni se procede de acuerdo con la Constitución y las leyes, no está en condiciones de administrar justicia en un litigio. Vale decir que carece de jurisdicción y competencia para ello", como lo enuncia el artículo 143 del Código Judicial; y que el fenómeno de incompetencia de jurisdicción puede afectar dos modalidades: una cuando la acción no se ha tramitado por la vía que le corresponde según las normas de procedimiento; y otra cuando llevándose la acción, mediante el juicio pertinente, se pretermiten dentro de su trámite requisitos procesales que deben cumplirse. En este punto se remite a una providencia del Consejo de Estado.

Pasa después a referir jurisprudencia de la Corte sobre la cuestión de nulidad de una sentencia o un acto procesal, relacionando a este propósito el fallo de 14 de febrero de 1957 (LXXXIV, página 56), y remitiéndose además a otro citado en un concepto del profesor Antonio Rocha que corre reproducido en los autos (folios 100 a 102, cuaderno 11).

Argumenta que el que la nulidad de la sentencia final pueda ventilarse en un juicio posterior no rompe el principio de la cosa juzgada, porque ésta implica, como presupuesto básico, el de que la sentencia que la contiene sea válida. Así, "la nulidad y la cosa juzgada no se oponen ni se excluyen . . . lo que sucede es que el legislador ha reglamentado cuándo puede proponerse la nulidad por vicios ocurridos *en el curso*

del proceso, antes de la sentencia definitiva; pero nada ha dicho respecto de la nulidad que ocurre precisamente en esa sentencia definitiva''.

Los artículos 455 del Código Judicial y (parece que quiso citar el 456 ibídem) coinciden en reglamentar únicamente las nulidades que ocurren antes de la sentencia definitiva. Si el artículo 457 ibídem dispone lo que dice, es porque ''se refiere a las nulidades de que trata el anterior o 456 es decir las ocurridas antes de la sentencia definitiva. Sólo para ellas rige la restricción de que en juicio posterior no cabe alegarlas sino por quien no fue legalmente notificado o emplazado o estuvo indebidamente representado en el juicio''.

En el caso a estudio, el vicio no ocurrió en las instancias, ni en el trámite de la casación, sino en la sentencia definitiva de la Corte. No podía, pues, alegarse antes; y cuando la parte demandante, luego de proferida por la Corte la sentencia de casación, pidió allí ante ésta que se procediera a tramitar el incidente de nulidad del fallo, ''la Corte, con toda razón, lo rechazó por estimar que su competencia había precluido con la sentencia. Con lo que se estaba diciendo, tácitamente, que tal cuestión debía debatirse en juicio posterior''.

Y con el intento de reforzar su argumentación al respecto, el acusante invoca las opiniones de varios tratadistas de derecho procesal extranjero.

Segundo cargo. Su encabezamiento reza que ''El Tribunal violó el Decreto extraordinario número 1219 de 30 de abril de 1945 (sic), por errada interpretación, al entender que no obstante la clara reforma de varias jurisprudencias y el haberse sentado doctrina nueva, en una sentencia de sala parcial de casación civil y bajo el imperio de aquella norma sin que ni el ponente ni los demás magistrados de esa sala parcial, respetaran y cumplieran su mandato para reunir la sala plena, no existe violación de tal mandato legal al firmar como sentencia lo que debía ser un simple proyecto''.

Comenta que el Tribunal no tuvo en cuenta que si los magistrados de esas salas parciales ''por olvido o error dejaron de obedecer la orden legal y sacaron una sentencia con una o varias reformas de jurisprudencias vigentes, obraron sin competencia e incurrieron en nulidad'', que afectaba a la sentencia misma, pero no al proceso en su parte anterior.

Y ''Esa errada interpretación del inciso segundo del artículo pertinente citado, llevó al Tribunal a violar también el artículo 448 del Código Judicial en su ordinal 1º y como consecuencia a violar el artículo 26 de la Constitución que protege el cumplimiento de las formas procesales para condenar civil o penalmente a cualquiera; el artículo 1031 del Código Civil porque no hubo una sentencia de instancia válida que pudiera imponer la pena de indignidad y, por último, los artículos 1321 a 1326 del Código Civil por falta de aplicación''.

Y aludiendo de nuevo al concepto del profesor Antonio Rocha obrante en el juicio, concluye que entender que los magistrados de las salas parciales podían aplicar o no caprichosamente la norma legal, en un caso como el presente, en que tenían a la vista más de veinte sentencias que respaldaban cuatro doctrinas vigentes y contrarias a las que se pretendía estatuir en la ponencia, copiadas y con índices en el alegato de réplica firmado por el impugnante, es defraudar el imperativo de la ley en el punto.

Luego, sin el cumplimiento de esa formalidad esencial y de orden público, de reunir las dos salas parciales, el fallo es inexistente o absolutamente nulo por aparecer proferido por quien no tenía competencia al efecto.

Tercer cargo. Está formulado por ''Error manifiesto de hecho en la interpretación de la demanda''.

Se hace consistir en que ''El Tribunal consideró que se había pedido en la demanda la nulidad de la sentencia como acto aislado'', siendo así que ''en la demanda se advierte que no se pide la nulidad del proceso ni de la segunda instancia, porque el vicio se presentó sólo al proferir la Corte su sentencia definitiva de instancia. Esto significa, en forma muy clara, que si bien se pidió la declaración de nulidad de la sentencia lo fue como parte que ésta era de un proceso válido hasta ese momento. No como un acto aislado.

''. . . . . .

''Ese error manifiesto en la interpretación de la demanda llevó al Tribunal a no estudiar en el fondo los motivos de nulidad invocados, de violación del artículo 26 de la Constitución, de los artículos 448 ordinal 3º y 457 del Código Judicial, por falta de competencia, por pretermisión de una instancia, por no haberse oído y vencido a quien se condenó por indigno, por no haberse seguido un juicio completo contra él ni habérsele reconvenido, por no haber estado si-

quiera representado en el juicio para controvertir el delito civil que se le imputaba e imponérsele la pena con su audiencia. Con ello se violaron esas normas legales y también los artículos 1031 y 1025 ordinal 2º del Código Civil y 1321 y 1326 del mismo Código en forma indirecta, al no ser aplicados para rechazar la excepción de indignidad y condenar a las demandadas a la restitución de la herencia''.

Finalmente, hace alusión a las consideraciones que sobre estos textos legales expuso en el cargo primero.

V

El escrito de oposición

En su contradicción al recurso, dice el opositor:

Que hay incongruencia en la demanda incoactiva del juicio, en cuanto por ella se pidió la anulación, no del proceso a que recayó el pronunciamiento de la Corte sino la de la mera sentencia, por falta de citación y emplazamiento de las partes;

Que si la señora María Elisa Bourgeois de Gutiérrez no fue parte en aquel juicio, no sería ella la llamada a invocar esa pretendida nulidad por falta de citación o emplazamiento;

Que el carácter con que obraron en ese juicio Gustavo Gómez y sus sucesores en el dominio de la herencia que adquirieron del marido indigno de suceder a su primera cónyuge Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez, es presupuesto que no puede cambiarse en el presente por quienes fueron actores en aquel pleito, ''porque la cosa juzgada cobija la calificación de las personerías de las partes'';

Que en lo tocante con María Elisa Bourgeois de Gutiérrez, como causahabiente de su marido, quien había enajenado la herencia de Rafaela Gutiérrez a Gustavo Gómez, carece de interés pecuniario y, por lo tanto, de acción en este pleito;

Que si la demandante Bourgeois de Gutiérrez se apoya en el simple interés moral de protesta contra la calificación de indigno dada a su marido tendrá que observársele que no fue la sentencia de la Corte, de 6 de abril de 1956, la que empañó la conducta de éste, sino la del Tribunal Eclesiástico de París que lo consideró como ''adúltero y verdugo de su consorte la señora Rafaela''.

Que atacar el fallo de la Corte, en cuanto le dio valor a la referida sentencia eclesiástica de París, con la alegación de que no tenía *exequatur* o que se presentó directamente al proceso y no mediante copia solicitada por el Tribunal, y que la Corte se equivocó al apreciarla como de divorcio, es reabrir un debate ya fallado en presencia de los señores Devis Echandía, mediante la sentencia atacada de nulidad;

Que protestar contra la decisión de la Corte por haberse basado en la sentencia eclesiástica, es rebelarse no sólo contra la cosa juzgada, sino desconocer el Concordato ya que éste y las leyes que regulan la cuestión reconocen todo su vigor a los fallos de los tribunales eclesiásticos. Todo lo cual fue considerado por la Corte en su referida sentencia; y

Que en cuanto a que la Corte careciera de competencia para pronunciarse en la forma en que lo hizo, se tiene que según el precepto legal entonces vigente ''no es en concepto de las partes ni de los expositores sino de la mismísima sala cuándo debe o no convocarse a la otra sala para dilucidar y fallar la controversia judicial''.

VI

La audiencia pública

En ésta, el representante de la parte recurrente se aplicó, como puede verse por el resumen escrito de su alegación oral, a propugnar los argumentos estructurales del libelo de casación, agregando estas consideraciones: que en el presente caso se trata de una sentencia contra la cual no hay otro remedio que la acción de nulidad, ya que tal proveído no requiere de ejecución en favor de la demandada en cuya pro se decretó la indignidad, por estar ella en posesión de los bienes; que, además del aspecto moral por el daño infamante que implica, la indignidad declarada lesiona patrimonialmente al marido y le impone obligaciones de restitución de precio y pago de perjuicios frente a quien le compró la herencia; y que la sentencia acusada de nulidad, fuera de condenar a quien no podía condenar, dejó de resolver sobre la demanda del comprador Gustavo Gómez, quien era un tercero de buena fe.

De su lado el mandatario de la parte demandada se contrajo a manifestar una vez más su desacuerdo con las tesis del recurso, invocar el principio de la cosa juzgada, afirmar que la ineficacia de un fallo se predica en relación con quien no ha sido parte en el juicio en los términos del artículo 457 del Código Judicial, y sostener que los compradores no son terceros sobre la cosa comprada, sino sucesores del ven-

dedor a quien deben denunciar el litigio, de modo que si los actores no hicieron uso de este derecho, su omisión no ha de afectar a la persona a quien persiguen, que nada tenía que denunciar en relación con saneamiento alguno, sino a los que omitieron citar al pleito a José Gutiérrez su vendedor mediato.

A última hora el recurrente ha presentado un escrito en que se refiere a una doctrina de la Corte, que —dice él— sentó la tesis de ser nula una sentencia dictada contra persona que no ha sido parte en el juicio, o sea contra terceros (Tomo XLVII, número 1944, página 610).

VII

Consideraciones de la Corte:

La imputación de violaciones de la ley y del Estatuto Fundamental que a la sentencia de la Corte, de 6 de abril de 1956, hace el recurrente, tiene como sillares del razonamiento los siguientes supuestos:

a) La pretendida incompetencia de la sala falladora, que lo fue la de Casación Civil B, y

b) La condena de indignidad sucesoral, que —se dice— decretó esa sentencia contra quien no había sido demandado al efecto, ni figuró siquiera como parte en el litigio resuelto por la misma decisión.

De la suerte que corran estas premisas dependerá la del recurso, porque ciertamente todos los argumentos que lo informan no tendrían otra razón de ser que las que aquellas les prestasen, si resultaran ciertas.

Capítulo primero

La competencia de la sala falladora. Dijo el artículo 1º del Decreto legislativo número 1219 de 1955, que regía cuando se profirió la sentencia, así:

"Para el fallo de los recursos de casación en materia civil, a partir del 1º de mayo de 1955, continuarán funcionando dos salas independientes en la Corte Suprema de Justicia, cada una de ellas integrada por cuatro magistrados.

"Sin embargo, cuando en concepto de la Sala respectiva, o al menos de dos de sus miembros, un proyecto de sentencia aprobado por ella implique modificación de jurisprudencia anterior, o constituya doctrina sobre puntos nuevos, el fallo será pronunciado conjuntamente por ambas salas.

"Convocada para tales efectos, la Sala conjunta deberá resolver primeramente si el proyecto significa la modificación de jurisprudencia o la doctrina a que se refiere el inciso anterior".

Este precepto, que tuvo por objeto mantener la división en dos de la originaria Sala de Casación Civil, división que venía establecida por el artículo 4º del Decreto legislativo número 1857 de 1951, con el fin único de hacer más expedito el despacho de los negocios de su incumbencia, no estableció, como tampoco lo había hecho esa norma anterior la interdependencia jurisdiccional de las dos salas parciales, sino que mantuvo la autonomía de cada una en el campo de su propia competencia, sin perjuicio de que el conjunto de las dos llegara a tener la facultad de pronunciar la decisión en el caso de haber sobrevenido, como condición adscribiente de esa facultad, el concepto de la Sala conocedora del respectivo negocio o el de la mitad de sus miembros sobre el proyecto de modificación de jurisprudencia o establecimiento de una sobre puntos nuevos, tal como lo rezaba el susodicho texto del Decreto 1219 de 1955.

Si el propósito determinante de estos ordenamientos no fue otro que el de procurar la aceleración en la resolución de los asuntos sometidos al juicio de la Corte, mal podría haberse implantado un sistema que, por el sólo motivo de las variaciones de doctrina o de la adopción de una en cuestión nueva —fenómenos de no rara ocurrencia en el ámbito de la casación—, y sin el concepto de la sala parcial sustanciadora o de la mitad al menos de sus miembros, requerido en el punto, abriera el camino al poder de la Sala Plena para fallar, recortando así de modo informal la competencia primaria de las salas parciales, con la ineluctable resultante, contraria a la prontitud en la definición de los juicios, de la nulidad de todas las sentencias proferidas por una u otra de estas salas en tales circunstancias.

El sistema del Decreto 1219 de 1955, como el de su antecedente número 1857 de 1951, en lo concerniente al llamamiento de la Sala Civil Plena para dictar la decisión en las hipótesis respectivamente contempladas en ellos, miró apenas a auspiciar la uniformidad de la jurisprudencia, tratando de evitar el riesgo de doctrinas contradictorias simultáneas, o sea el mismo pensamiento en que se había inspirado varios lustros atrás el artículo 2º de la Ley 11 de 1931, cuya vida fue efímera. Pero, ninguno de esos ordenamientos tendió a resucitar el abolido sistema del artículo 10 de la Ley 153 de 1887, sobre

obligatoriedad, para los jueces, de la doctrina legal más probable; ni menos erigieron en causal de nulidad por falta de competencia para juzgar, el hecho de que la sala parcial falladora, o la mitad al menos de sus miembros en el caso del Decreto 1219, hubiera dejado de conceptuar sobre el proyecto de modificación de la jurisprudencia anterior o de definición de puntos nuevos, al entrar a dictar por sí sola la decisión en que hubiera obrado una cualquiera de estas ocurrencias doctrinales.

Es que se trata de una cuestión conceptual, dejada al juicio de la sala parcial falladora, como lo enseñaba la letra misma de los dos decretos referidos, según podía verse en el artículo 4º del Decreto 1857 que se remitió al juicio de la correspondiente sala, *y después en el artículo 1º del Decreto 1219 que se remitió al* concepto de la sala respectiva. *Cuando por la ley se condiciona —como es el caso—, la conducta del juzgador a la apreciación, que se confía a su prudente arbitrio, de una circunstancia o hecho dado ello envuelve el predicado, tanto de su autonomía deliberativa cual necesario supuesto del actuar que se le asigna, como la validez de este actuar; que si así no fuera el ordenamiento de la ley envolvería contrasentido.*

Todo lo hasta aquí discurrido puede, pues, compendiarse en las siguientes afirmaciones:

a) Que, según el artículo 1º del Decreto 1219 de 1955, norma rectora de la cuestión en el momento de recaer el pronunciamiento de la Sala de Casación Civil B, no era el simple hecho de la existencia de jurisprudencia anterior que pudiera quedar modificada por dicho fallo o el de que en éste se sentase doctrina sobre puntos que pudieran estimarse como nuevos, lo que habría reclamado la intervención de la Sala Civil Plena para dictar la decisión, sino el que la sala parcial o la mitad al menos de sus miembros hubiera conceptuado que el proyecto de sentencia acogido implicaba, ya la modificación de doctrina jurisprudencial anterior, ya el establecimiento de jurisprudencia sobre puntos nuevos;

b) Que, por lo tanto, la Sala Civil Plena no tenía vocación para dictar la sentencia, mientras no fuese requerida a ello, mediante el único medio de llamamiento al efecto establecido por el Decreto 1219 en su artículo 1º o sea en la forma del referido concepto de la sala parcial o de la mitad al menos de sus miembros; y

c) Que, entonces, aún en la hipótesis de que la sentencia proferida hubiera modificado jurisprudencia anterior o constituido doctrina sobre puntos nuevos, si la sala parcial o la mitad de sus miembros no emitió el indispensable concepto sobre estas cuestiones, sino que la misma sala entró de lleno a dictar el fallo, lo hizo con plenitud de competencia, sin dar lugar alguno a nulidad por tal causa.

En armonía con los términos anteriores, reitera aquí la Corte los conceptos de la Sala Plena de Casación Civil, consignados en sus providencias de 25 de mayo y 27 de junio de 1956, recaídas a la solicitud que, con motivo del fallo de la Sala de Casación Civil B, le hubiera hecho entonces la parte recurrente en procura de la intervención de la Plena para que, considerando dicha sentencia como simple proyecto, entrase a dictar la decisión que en concepto del impugnante competía impartir a la última (LXXXII, páginas 566 a 569). Dijo entonces ésta, en la primera de tales providencias:

"En sentir de la Corte, el artículo 1º del Decreto 1219 de 1955, estatuye simplemente la manera de proceder para que la Sala Plena de Casación Civil intervenga en los negocios de casación, pero en manera alguna para restarle jurisdicción a cada una de las Salas en que está dividida. Por tanto, la sentencia dictada por una de ellas, no pierde la plenitud de su vigor por la circunstancia de que en opinión de alguno de los litigantes contenga nuevas doctrinas, ni tampoco puede entenderse que exista una especie de recurso para que la Sala Plena de Casación Civil, reconsidere, reponga o revise el fallo ya proferido por una de las salas, recurso de que, por lo demás se podría echar mano en cualquier tiempo, en relación con todas las sentencias dictadas desde cuando funcionan las dos Salas de Casación, si en concepto de la parte agraviada el fallo contiene modificación de jurisprudencia anterior o doctrina sobre puntos nuevos.

"... ... ...

"La autonomía de cada Sala para llevar o no un proyecto a la Plena, aparece sin lugar a la menor duda de los términos tanto del Decreto anterior 1857 de 1951, como del actual: el primero decía: '... salvo que a juicio de la correspondiente Sala ...', y el actual reza: '... sin embargo, cuando en concepto de la Sala respectiva, o al menos de dos de sus miembros ...' ".

Y en la del 27 de junio agregó: "Es obvio que si el proyecto no pasó a la Sala Plena, fue porque ni la Sala falladora, ni siquiera dos de sus miembros consideraron que concurrían las circunstancias previstas al efecto en el artículo 1º del Decreto 1219, y ello en virtud de la facultad que este mismo Decreto confiere a la Sala, respecto de la cual es autónoma, según los propios

términos del texto y cuyo ejercicio no puede causar de ninguna manera derecho a favor de las partes, para reclamar contra la sentencia que la Sala dicte sin llevar el proyecto a la Plena de Casación Civil.

"Lo cual es incuestionable aún en el supuesto de que la Sala llegue a equivocarse en la apreciación de las doctrinas anteriores, o que pasen éstas inadvertidas —como en este caso alcanza a sugerirlo el reclamante, a pesar de que en más de un pasaje del fallo se citan las doctrinas referentes a distintas cuestiones controvertidas— porque cada una de las Salas en que está dividida la conjunta de Casación Civil, tiene la plenitud de la jurisdicción para juzgar de los recursos extraordinarios de casación. El decreto sólo estatuye un procedimiento, cuyo impulso inicial depende exclusiva y soberanamente de la Sala que conoce del negocio, y no una norma que aniquile la jurisdicción en cuyo ejercicio se dicta la sentencia sin contar con la plena, por no haber considerado que era el caso de hacerlo.

"No sobra repetir que la labor estimativa de si se trata o no de doctrina sobre puntos nuevos, o modificativas de las existentes, es de la autonomía y privativa incumbencia de la Sala del conocimiento, de modo que ésta, al fallar sin la intervención de la Plena, lo hace siempre en virtud de una jurisdicción que no desaparece ni siquiera en el supuesto de que la Sala se equivoque en la apreciación de aquellos puntos.

"Debe tenerse presente que, dentro de la soberanía que asiste a la Sala para apreciar si se trata o no de consagrar nuevas doctrinas, ocurre frecuentemente que una jurisprudencia, al parecer nueva, no es sino aplicación de la existente, con las diferencias nacidas de las peculiaridades de los distintos casos".

Capítulo segundo

La validez de la sentencia, no obstante la no intervención en el juicio, del tercero a quien se tuvo por indigno. En relación con esta materia, la censura se hace consistir en que el condenar a un heredero como indigno de suceder al causante es determinación que, a virtud de lo dispuesto en el artículo 1031 del Código Civil, sólo puede producirse mediante un proceso ordinario, en acción deducida para tal efecto contra él; que, por lo tanto, el juicio en que se le haya impuesto semejante sanción, al margen de la específica acción de indignidad y, además, sin su audiencia, es nulo, aunque contrayéndose la nulidad a sólo la sentencia final, cuando habiéndose seguido bien el juicio entre otras personas, es únicamente en esa sentencia en donde viene a ocurrir el desafuero; y que, como fue esto lo que acaeció en el caso ventilado, en que por la sentencia final, o sea la de la Sala de Casación Civil B, se condenó como indigno a José Gutiérrez Céspedes, sin que hubiera sido ni demandado, ni incorporado al juicio en que recayó ese pronunciamiento, se quebrantaron por ello, entre otros textos de derecho sustancial, los artículos 1031 del Código Civil y 448 (ordinal 3º) del Código Judicial, amén del 26 de la Constitución sobre la garantía del debido proceso.

Toda la estructura de semejante acusación, levantada está sobre la afirmación que hace el impugnador, de que por la sentencia de la Sala B se condenó como indigno de suceder a su primera cónyuge, a José Gutiérrez Céspedes, sin haberlo oído y vencido en formal juicio. Mas no es ésta la realidad de la especie *sub judice,* sino otra distinta y de cuyos límites no puede salirse la definición del recurso. En efecto, la realidad cierta del caso la reflejan los siguientes datos:

Primero: El juicio se trabó exclusivamente entre Gustavo Gómez, sustituido luego por Hernando y Alfonso Devis Echandía, como parte demandante, y Helena Gutiérrez Montejo de Torres y Natalia Latorre de Gutiérrez como demandadas. El actor Gómez, alegando su calidad de cesionario de los derechos hereditarios de José Gutiérrez Céspedes en la sucesión de su cónyuge Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez, dedujo contra la primera de las demandadas la acción de petición de la herencia, y contra la segunda la de ineficacia de la venta de un inmueble mortuorial hecha a la última por aquélla y reivindicación del mismo. *Así que en ningún momento del juicio fue parte José Gutiérrez Céspedes,* quien falleció andando la segunda instancia.

Segundo: Dentro de ésta, la demandada Gutiérrez de Torres opuso contra la pretensión de la parte actora la excepción de indignidad de su causante José Gutiérrez Céspedes, como motivo de su exclusión de la herencia de Rafaela Gutiérrez. El fallo del Tribunal desechó la excepción de indignidad y acogió en gran parte las peticiones de la demanda.

Tercero: Interpuesto por ambas partes el recurso extraordinario, la Corte en su Sala de Casación Civil B profirió la sentencia de 6 de abril de 1956, por la cual casó la del Tribunal y en su lugar, como juzgador de instancia, declaró probada la excepción de indignidad de José Gutiérrez Céspedes y *absolvió, en consecuencia, a las demandadas, de los cargos de la demanda.* La Corte encontró constituida esa indignidad a

través de la sentencia del Juez Sinodal de la Arquidiócesis de París que otorgó a Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez el divorcio *quoad thorum, mensam et habitationem,* por adulterio del marido.

Estos datos se traducen en las siguientes necesarias conclusiones:

a) La sentencia de la Corte, de 6 de abril de 1956, no hizo sino tener por probada la excepción de indignidad de José Gutiérrez Céspedes, como enervante, no de acción alguna que hubiera sido intentada por éste, sino de la acción incoada por Gustavo Gómez, como cesionario de aquél. En otros términos: la sentencia denegó la demanda de Gustavo Gómez, sustituido más tarde por sus propios cesionarios Hernando y Alfonso Devis Echandía, en atención a que su antecesor José Gutiérrez Céspedes había sido constituido en indignidad por el fallo de la Curia de París.

Así que, entre quienes fueron partes en el juicio resuelto por la sentencia de la Corte, la situación sería exactamente igual a la que se habría producido si esa sentencia hubiera absuelto a las demandadas de los cargos de la demanda, no por el motivo de indignidad del dicho Gutiérrez Céspedes, sino por haberle desconocido a éste el carácter de heredero de su primera consorte, en razón de consideraciones distintas. Tal como si en cualquiera otro juicio de petición de herencia, seguido por el cesionario de un pretendido heredero, y al cual no fue citado por el actor el cedente, se hubiera denegado la acción por estimarse que éste no era heredero de mejor derecho que el demandado. O como si en un juicio de reivindicación en que la parte vencida lo fue por desestimación de sus títulos, no se hubiera citado por ésta al vendedor de la cosa de que fue evicta.

b) La decisión de la Corte no fulminó condena alguna que hubiera de ejecutarse o a que hubiera de hacérsele producir ningún efecto, contra José Gutiérrez Céspedes o sus herederos. Advirtiéndose que los demandantes en ese juicio, en ningún momento tuvieron la calidad de herederos de Gutiérrez Céspedes; y

c) Por lo mismo, todas las determinaciones de tal pronunciamiento y sus efectos quedaron circunscritos a la esfera de las relaciones jurídicas entre quienes allí se trabó la contención: Gustavo Gómez y luego sus cesionarios Hernando y Alfonso Devis Echandía, como demandantes, y Helena Gutiérrez Montejo de Torres y Natalia Latorre de Gutiérrez, como demandadas.

Respáldase esta final consecuencia en el principio de la *relatividad* de los fallos judiciales, que consagra el artículo 17 del Código Civil y a que da aplicación especial el artículo 473 del Código Judicial, al estatuir sobre el valor de la cosa juzgada, haciendo absolutamente nula, frente a la sentencia firme dada en materia contenciosa, cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes. Requisito este último en relación con el cual, el artículo 474 ibídem preceptúa que "se entiende que hay identidad jurídica de personas siempre que las partes en el *segundo* pleito sean causahabientes a título universal de las que figuran en el *primero,* o a título singular por legado o por enajenación efectuada con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de inmuebles, o a la notificación de ésta, si de muebles" (se subraya).

Como se ve, el presupuesto de la identidad jurídica de partes, en punto de cosa juzgada, cuando media sucesión, radica en la secuencia del causante, parte en el primer pleito, a su causahabiente, parte en el segundo, pero no a la inversa esto es del causahabiente en el primer pleito a su causante en el segundo. Y es así como, en el caso que se contempla, la sentencia de 6 de abril de 1956, dictada en una controversia a que fue completamente ajeno José Gutiérrez Céspedes, ningún valor de cosa juzgada podría tener contra éste, que no fue causahabiente de Gustavo Gómez sino bien al contrario su causante contractual en lo relativo a los derechos que aquél pudiera tener en la sucesión de Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez.

Si como lo reconoce el impugnante, el juicio de que se trata, por lo que hace a las personas entre quienes se ajustó la controversia, fue bien llevado hasta el momento de quedar en estado de proferirse la sentencia de 6 de abril; y si ésta, como atrás se vio, no decretó condena alguna sobre José Gutiérrez Céspedes o declaración a cuyos efectos quedase éste sometido, es evidente que tal pronunciamiento pudo ser válidamente dictado en el sentido en que lo fue, sin que hubiera lugar a la 3ª de las causas de nulidad estatuidas en el artículo 448 del Código Judicial, causal sólo consistente en "la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio". Motivo este de nulidad procesal que, como lo enseña la jurisprudencia, no procede sino cuando la persona o personas contra las cuales se dedujo en juicio una pretensión no han sido formalmente llamadas a entender en el debate; pero que no tendría entrada en la hipótesis de

que se dejara de demandar aún a quien se encontrase en la órbita de la relación jurídica ventilada, supuesto en el que no se trataría de una nulidad procesal, sino de una cuestión de derecho sustancial, traducible en la INOPONIBILIDAD de la decisión respecto de quien no fue parte en el pleito. Por sabido se tiene que la inoponibilidad de una sentencia consiste precisamente en que ésta, sin embargo de la eficacia de que pueda gozar entre las partes que intervinieron en el juicio decidido por ella, no tiene entidad ni puede, por lo tanto, producir efecto alguno frente a quienes han sido extraños al mismo juicio: *res inter alios acta.*

Capítulo tercero

Conclusiones generales:

1ª Lo dicho en el Capítulo primero de estas consideraciones muestra que la extinguida Sala de Casación Civil B tuvo absoluta competencia para proferir el fallo de 6 de abril de 1956;

2ª Lo expuesto en el Capítulo segundo pone en evidencia que, por cuanto ese fallo no formuló declaración o condena alguna vinculativa de José Gutiérrez Céspedes, la validez del pronunciamiento entre quienes fueron partes en el juicio definido por el mismo, en nada quedó afectada por no haber sido citado o emplazado a la contención el dicho Gutiérrez Céspedes;

3ª Por lo tanto, no se quebrantaron las normas básicas del derecho de defensa o garantía del debido proceso en relación con José Gutiérrez Céspedes y, entonces, mal pudo vulnerarse en perjuicio suyo el artículo 26 de la Carta, a cuyo agravio no puede llegarse sino indirectamente, esto es, a través del infringimiento de aquellas normas legales que sientan las bases mismas de la organización judicial o del derecho de defensa;

4ª Que, en consecuencia, la sentencia del Tribunal de Bogotá, de fecha 19 de septiembre de 1961, objeto del presente recurso de casación, al confirmar la del juez *a quo,* desestimatoria de las peticiones de la demanda, no violó los artículos 448 (causales 1ª y 3ª) y 457 del Código Judicial, como tampoco el 26 de la Constitución;

5ª Que, así las cosas, no puede darse el caso de que por la misma sentencia del Tribunal se hubieran infringido en el ámbito del presente litigio el artículo 1031 del Código Civil y todos los demás preceptos de derecho sustancial que el libelo de casación cita como violados, porque las materias a que todos esos textos se refieren, en la esfera de las relaciones jurídicas entre quienes litigaron en el juicio resuelto por el fallo de la Corte de 6 de abril de 1956, quedaron cubiertas por la fuerza de la cosa juzgada que les presta ese pronunciamiento válido.

. . . . . .

7ª Corolario obligado de todo lo anterior, en lo atinente a la codemandante María Elisa Bourgeois viuda de Gutiérrez, es su falta de interés jurídico acerca de las pretensiones informativas del petitum, no sólo por el defecto de interés pecuniario que anotó el Tribunal, sino porque la averiguada inoponibilidad de la sentencia de 6 de abril de 1956 a su cónyuge premuerto, implica para ella la carencia de legitimación en la causa.

No prospera, pues, el recurso.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos sesenta y uno (1961), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández, Pedro Castillo Pineda, Conjuez.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

ORDINARIO SOBRE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, diciembre 12 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, en el presente juicio ordinario de la Compañía Bogotana de Gas Limitada, frente a Talleres Centrales S. A., contra la sentencia de 8 de septiembre de 1966, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

I

El litigio

La Compañía Bogotana de Gas Limitada —Calor Gas— demandó a Talleres Centrales S. A., para que mediante los trámites de un juicio ordinario se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Se declare que la sociedad demandante 'Compañía Bogotana de Gas Limitada' —Calor Gas—, insiste o persevera en el contrato celebrado con la sociedad demandada Talleres Centrales S. A., para la venta e instalación de dos (2) tanques según aparece en la comunicación distinguida con el número G-7399 de diciembre 21 de 1961 y de conformidad con lo expuesto en los hechos tercero, cuarto y quinto de la demanda.

"Segunda. Se declare que la sociedad Talleres Centrales S. A. ha incumplido el contrato celebrado con la Compañía Bogotana de Gas Limitada —Calor Gas— sobre venta, construcción, instalación y entrega de dos (2) tanques para almacenamiento de L. P. G., conforme al contrato celebrado el día 21 de diciembre de 1961.

"Tercera. Se condene a la sociedad demandada Talleres Centrales S. A. a dar cumplimiento al contrato y efectuar la entrega de los tanques dentro de los dos (2) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia en las condiciones en que fueron contratados.

"Cuarta. Se condene a la sociedad demandada Talleres Centrales S. A. a la indemnización de perjuicios causados por el incumplimiento del contrato conforme aparece en los hechos de la demanda, en cuantía que estimo en la suma de trescientos mil pesos ($ 300.000.00) moneda corriente, o la que se demuestre en el juicio o en el incidente para el cumplimiento de la sentencia.

"Quinta. Se condene a la sociedad demandada Talleres Centrales S. A. en las costas y gastos del juicio".

Los hechos fundamentales de la demanda pueden sintetizarse así:

Entre la Compañía Bogotana de Gas Limitada y Talleres Centrales S. A., se celebró un contrato en virtud del cual Talleres Centrales se obligó a construir e instalar en predios de la sociedad demandante, en Bogotá, dos tanques para el almacenamiento de gas licuado del petróleo (L. P. G.), cada uno de ellos con capacidad de 18.196 galones agua, por un precio total de $ 184.000.00 moneda corriente; el pago y el término para la entrega se estipuló en la siguiente forma: "$ 25.000.00 a la firma del pedido, y $ 25.000.00 cada mes hasta la entrega de los tanques, que será 180 días a partir de la firma del pedido, y el resto del valor a la entrega de los tanques"; las especificaciones técnicas de los mismos fueron convenidas y determinadas en cotización distinguida con el número L-24.663/61 fechada el 14 de diciembre de 1961, según aparece de la comunicación dirigida a la compañía demandante por Talleres Centrales, distinguida con el número G-7399 de 21 de diciembre de 1961; al día siguiente, o sea el 22 de diciembre del mismo año, se perfeccionó el contrato con la firma del pedido por parte de la compañía demandante, "como lo confiesa claramente la sociedad Talleres Centrales en carta de abril 25 de 1962, distinguida con el número D. C. 17057"; el término para la entrega de los tanques empezó a correr a partir de la firma de dicho pedido y la obra debía ser entregada el 22 de junio de 1962; la sociedad demandada no ha

dado cumplimiento a su obligación de entregar los mencionados tanques al vencimiento del plazo de 180 días y han corrido ya quince (15) meses "desde la época en que los tanques debieron ser entregados sin que ello se haya logrado, pese a los permanentes requerimientos y reclamos, como lo demuestro con la correspondencia cruzada"; Talleres Centrales ha presentado excusas de su negligencia, "pero ellas sólo son prueba de su culpa mas no de razones jurídicas eficaces para dilatar el cumplimiento del contrato. Ha habido así una ostensible mora que significa grave incumplimiento contractual"; la Compañía Bogotana de Gas Limitada —Calor Gas— ha dado, en cambio, cabal cumplimiento a su principal obligación en cuanto al precio, "mediante el pago de los contados convenidos: cuota inicial y cinco (5) contados mensuales hasta la cantidad total de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00) moneda corriente, suma que tiene recibida la sociedad contratista Talleres Centrales S. A., restando el pago de treinta y cuatro mil pesos ($ 34.000.00) que debió ser cancelado a la entrega de la obra"; la demandante ha recibido cuantiosos perjuicios por el incumplimiento de la empresa demandada, pues ese incumplimiento ha significado para la Compañía Bogotana de Gas Limitada, carecer de depósitos con capacidad permanente de 36.392 galones; "al privársele a la sociedad de este depósito durante el transcurso de más de quince (15) meses, como es fácilmente calculable, se ha ocasionado por esa causa un gravísimo lucro cesante, pues durante este tiempo hubiera podido proveer en forma permanente a su clientela casi sin limitación, no obstante la huelga de petróleos"; tal huelga creó súbitamente una mayor demanda de gas, lo cual hubiera permitido a la actora "expandir su mercado e incrementar en mayor proporción sus ventas" si los tanques hubiesen sido entregados oportunamente; la capacidad permanente de almacenamiento de gas habría significado para la compañía demandante capacidad permanente de distribución y suministro del mismo, con notable aumento de los ingresos por ventas.

La parte demandada se opuso a que se hiciesen las declaraciones solicitadas. En cuanto al contrato que ha dado origen a este pleito, manifestó que se atenía a lo que apareciese en los respectivos documentos. Añadió que la Compañía Bogotana de Gas Limitada ha sido la incumplida, porque ha faltado al pago del precio en la forma convenida, "y este es el momento en que, no obstante tener recibidos e instalados los tanques cuya construcción acordó con la entidad que represento, ni siquiera ha dado aún cumplimiento a la obligación de pagar el precio".

Talleres Centrales contrademandó a su vez a la Compañía Bogotana de Gas Limitada para que se le condenase: al pago de $ 34.000.00 que dice le adeuda como saldo del precio de los dos tanques de almacenamiento para gas, que afirma le fabricó e instaló en sus predios, con sus intereses desde el día en que se hicieron exigibles hasta cuando el pago se verifique; a devolverle doscientos dos (202) cilindros de cien (100) libras de capacidad cada uno, que Talleres Centrales dio en préstamo a la contrademandada y que ésta "retiene indebidamente"; y a pagar los perjuicios que la Compañía Bogotana de Gas le ha causado con el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

El Juez Primero Civil del Circuito de Bogotá desató la litis por sentencia de 18 de enero de 1965, mediante la cual resolvió:

"Primero. Declárase probada la excepción de contrato no cumplido alegada por la parte demandada en la demanda principal, o sea por 'Talleres Centrales', en virtud de que Bogotana de Gas no dio cumplimiento a su obligación de pagar la cuota de $ 25.000.00 el día 22 de junio de 1961.

"Segundo. Niéganse, en consecuencia, todas las súplicas del libelo de demanda presentado por el doctor Guillermo Salamanca Molano, a nombre de Bogotana de Gas —Calor Gas—.

"Tercero. Condénase en las costas del juicio a la parte actora.

"Cuarto. Declárase probada la excepción de contrato no cumplido en relación con la demanda de reconvención, o sea la presentada por el doctor Alejandro Castilla Samper, a nombre de Talleres Centrales S. A., en virtud de no haber cumplido esta entidad la obligación de entregar los tanques de almacenamiento que se comprometió a fabricar para Bogotana de Gas.

"Quinto. Niéganse en consecuencia también todas las súplicas de la demanda de reconvención, en virtud de la excepción que se declara probada y también porque no se demostró haberse señalado término para la devolución de los cilindros de almacenamiento de gas.

"Sexto. Condénase en las costas que se hayan podido causar con motivo de esta demanda de reconvención, a la parte actora, o sea Talleres Centrales, entidad demandante en este caso".

Ambas partes apelaron de la sentencia de primer grado, pero el recurso de la demandada

fue declarado desierto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fundamento en el artículo 353 del Código Judicial. Este mismo Tribunal, al decidir la apelación de la parte actora, revocó el fallo del juzgado y en su lugar dispuso:

"1º Declárase que la sociedad demandante Compañía Bogotana de Gas Limitada —Calor Gas— insiste o persevera en el contrato materia de este juicio celebrado con la sociedad demandada Talleres Centrales S. A. para la venta e instalación de dos (2) tanques para almacenamiento de L. P. G.

"2º Declárase que la sociedad Talleres Centrales S. A. ha incumplido el contrato celebrado con la Compañía Bogotana de Gas Limitada —Calor Gas— sobre venta, construcción, instalación y entrega de dos (2) tanques para almacenamiento de L. P. G.

"3º Condénase a la sociedad demandada Talleres Centrales S. A. a dar cumplimiento al contrato y efectuar la entrega de los tanques dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de este fallo, en las condiciones en que fueron contratados.

"4º Condénase a la sociedad demandada Talleres Centrales S. A. a pagar a la demandante Compañía Bogotana de Gas Limitada —Calor Gas— la indemnización de perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, en cuantía de trescientos mil pesos ($ 300.000.00).

"5º Condénase a la sociedad demandada Talleres Centrales S. A. a pagarle a la demandante las costas y gastos del juicio.

"Sin costas en la instancia".

Este es el fallo materia del presente recurso de casación.

II

La sentencia acusada

Para el Tribunal la acción que se ejercita en la demanda principal es la de cumplimiento de contrato, consagrada en el artículo 1546 del Código Civil.

Transcribe el sentenciador el artículo 1609 del mismo estatuto, y entra a analizar la prueba del convenio origen de este pleito, según cartas de 21 de diciembre de 1961 y de 25 de abril de 1962, dirigidas por Talleres Centrales S. A. a la Compañía Bogotana de Gas Limitada, que fueron aducidas por la parte demandante desde la iniciación del juicio. Luego comenta:

"La cuestión radica, esencialmente, en determinar si el plazo fue de 180 días corrientes según la carta de 21 de diciembre de 1961, o si fue de 180 días hábiles según la de 25 de abril de 1962 ...

"En el hecho quinto de la demanda dice la Compañía Bogotana de Gas: 'El convenio en referencia, una vez dada la cotización de fecha 14 de diciembre de 1961 número L-24663/61 por Talleres Centrales S. A., y estipulada la forma de pago y el término para la entrega mediante comunicación posterior de la misma sociedad distinguida con el número C-7399 de diciembre 21 de 1961, se sometió a firma del pedido por parte de la Compañía Bogotana de Gas Limitada —Calor Gas—, acto que se produjo el día 22 de diciembre de 1961, como lo confiesa claramente la sociedad Talleres Centrales en carta de abril 25 de 1962 distinguida con el número D. C. 17057.

" 'Se tiene entonces, que determinadas las especificaciones técnicas de la obra, el precio de ella y su forma de pago, el término para la entrega fue de 180 días, los cuales principiaron a correr a partir de la firma del pedido, o sea, el 22 de diciembre de 1961, lo que significa que la obra debía ser entregada al vencimiento del término, vencimiento que corresponde al 22 de junio de 1962'.

"Al contestar el hecho 3º de la contrademanda, en el cual se afirma que la Compañía Bogotana de Gas nunca firmó los pedidos pero pagó la cuota inicial que se había pactado para el día en que se firmara el pedido y algunas de las cuotas siguientes, dice:

" 'Al hecho 3º No es cierto como está enunciado. Por cuanto si la Compañía Bogotana de Gas Limitada no firmó el pedido, el contrato se perfeccionó en su totalidad conforme aparece de la confesión contenida en la comunicación adjunta a la demanda de 25 de abril de 1962 D. C. 17057; ese mismo día, 22 de diciembre de 1961 se pagó la cuota inicial, y además se pagaron todas las cuotas mensuales subsiguientes con absoluta puntualidad, seriedad y cumplimiento de los compromisos asumidos por la Compañía Bogotana'.

"Y en su alegato de conclusión ante el juzgado, afirma: 'El contrato está precisamente determinado mediante documentos provenientes del demandado mismo, quien los ha aceptado y en ninguna forma los ha rechazado e impugnado constituyendo así plena prueba de lo allí estipulado, especialmente la carta cotización NG.-7399 de 21 de diciembre de 1961 (folio 12) y la

cotización número L-24663/61 de 14 de diciembre de 1961 (folio 14) del cuaderno número 1, como también la carta DC. número 17057 de 25 de abril de 1962 (folio 16 del mismo cuaderno), documentos todos estos que se complementan con las demás comunicaciones presentadas por el actor y por la demandada y los cuales en forma clara establecen y demuestran la existencia del contrato relacionado en la demanda'.

"De lo anterior se deduce que en realidad la demandante se ha fundado en la carta de 25 de abril de 1962 como complemento del contrato.

"Pero ocurre que esta carta constituye una modificación del contrato original a que se refiere la de 21 de diciembre de 1961. En ésta aparece claramente que la intención de los tratantes fue la siguiente: La Compañía Bogotana de Gas se comprometió a pagar los $ 184.000.00 así:

"$ 25.000.00 a la firma del pedido, que se efectuó el 22 de diciembre de 1961.

"$ 25.000.00 el 22 de enero de 1962
" " " " febrero de 1962
" " " " marzo de 1962
" " " " abril de 1962
" " " " mayo de 1962

"Es decir, que en esta última fecha la demandante había pagado a la demandada $ 150.000.00, quedando un saldo de $ 34.000.00 que según esta misma carta serían pagados a la entrega de los tanques, o sea el 22 de junio de 1962 ya que allí no se habló de días hábiles sino de '180 días'.

"Vino luego la carta de 25 de abril de 1962, que modificó ese convenio original, en cuanto a la entrega de los tanques, fijándose en 180 días hábiles, sin que con esto se pueda entender que la Compañía Bogotana de Gas tuviera que seguir pagando $ 25.000.00 mensuales, desde luego que si los tanques debían entregarse el 4 de agosto, la demandante hubiera tenido que pagar las cuotas correspondientes a junio y julio, en total $ 200.000.00, es decir, más de los $ 184.000 en que se fijó el precio.

"De esta manera, al prorrogarse el plazo para la entrega de los tanques, del 22 de junio al 4 de agosto, obviamente se entiende prorrogado el plazo para el saldo de $ 34.000.00, ya que en el contrato original se pactó que éste sería pagado a la entrega de la cosa.

"En estas circunstancias, debe concluirse que con el pago de la cuota correspondiente al mes de mayo la demandante cumplió la obligación que le correspondía, habilitándose para demandar contra el otro el cumplimiento contractual".

También afirma el sentenciador que la sociedad demandada incumplió las obligaciones a su cargo, lo cual deduce de la comunicación dirigida por Talleres Centrales a la demandante el 11 de junio de 1963, "es decir, con mucha posterioridad a la fecha fijada para la entrega —4 de agosto de 1962—" comunicación en que dice que "los tanques en mención quedarán chequeados y entregados a satisfacción de ustedes en muy breve plazo".

Concluye el Tribunal que estando reunidos los requisitos indispensables para la prosperidad de la acción incoada en la demanda, ésta debe recibir despacho favorable.

Luego se refiere al dictamen pericial sobre avalúo de perjuicios que obra en autos, observa que según los peritos la compañía demandante dejó de percibir, como utilidades, en 21 meses, la cantidad de $ 494.312.24, pero que como la parte actora los estimó en $ 300.000.00 "no es posible sobrepasar esta cantidad por tal concepto, en cuya virtud a ella habrá de limitarse la indemnización correspondiente".

III

El recurso de casación

Varios cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal, todos por la causal primera de casación.

Como la Corte encuentra debidamente fundado uno de ellos, estima del caso proceder conforme a lo dispuesto en los artículos 538 y 539 del Código Judicial.

Se acusa la sentencia por ser violatoria de ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 1546, 1602 y 1609 del Código Civil, "violación que proviene de la apreciación errónea, que aparece de modo manifiesto en los autos, que hizo el Tribunal del contrato presentado al juicio por la parte demandante, consignado en las citadas cartas de 21 de diciembre de 1961 y 25 de abril de 1962, porque consideró que con la carta últimamente mencionada se modificó la primera en cuanto al plazo para la entrega de los tanques, cuando lo que hizo aquélla fue simplemente aclarar que los 180 días eran hábiles".

Expresa el autor del recurso que el sentenciador incurrió en error de hecho manifiesto al estimar que la carta de 25 de abril de 1962 había

modificado el contrato en cuanto al plazo para la entrega de los tanques, fijado desde un principio en 180 días, con la aclaración —hecha posteriormente— de que se trataba de días hábiles.

"No hay tal convenio original, como dice el Tribunal sentenciador, ni otro posterior, que modifica el anterior, para establecerse en este último un plazo diferente de entrega. Téngase en cuenta que en la primera carta se habló de 180 días, sin decir si eran hábiles o comunes, y que en la segunda lo único que se hizo fue aclarar que eran hábiles. No se cambió el plazo. Se habló exactamente del mismo número de días. La parte demandante fue la que presentó al juicio esa carta y sin decir, como lo hace en el alegato de conclusión, que contenía una modificación unilateral inaceptable. La presentó con la demanda, repito, sin salvedad ni protesta alguna, acogiendo todos sus términos. No protestó estar sólo a lo que le fuera desfavorable, luego acogió todos sus términos y, además, en el memorial de pruebas solicitó que se tuviera como tal, tampoco sin salvedad, observación o protesta alguna".

El recurrente agrega que "si cada mes, a partir de enero de 1962, debían efectuarse pagos de cuotas iguales de valor de $ 25.000.00 cada una, hasta la entrega, pero con el límite de los $ 184.000.00 acordados como precio total, la sociedad demandante debía pagar tantas cuotas mensuales como la citada cantidad cupiera en $ 184.000.00, y como esta cantidad no es exactamente divisible por 25, al pagarse las 6 primeras cuotas, con el contado inicial de otros $ 25.000.00, se completaba la cantidad de $ 175.000.00, que debía haber quedado totalmente pagada el 22 de junio de 1962, quedando un saldo de $ 9.000.00, que la sociedad compradora solamente debía pagar o allanarse a pagar, el día en que se efectuara la entrega de los tanques, la cual debía realizarse a los 180 días hábiles siguientes a la firma del pedido. Decir otra cosa, es simplemente, incurrir en un error de hecho que aparece manifiesto en los autos, porque es contrariar los términos que aparecen en las cartas que dan cuenta del contrato celebrado; ese error de hecho condujo al Tribunal a violar el artículo 1609 del Código Civil, porque estando en mora la parte demandante de cumplir con su obligación de pagar $ 25.000.00 el día 22 de junio de 1962, Talleres Centrales S. A. no podía estar en mora, a partir de esa fecha y sin recibir esa suma, de cumplir con su obligación de entregar los tanques. Al no entenderlo así el Tribunal sentenciador y al condenar al demandado a entregar y pagar perjuicios, se llevó de calle el citado artículo".

La Corte considera:

A los folios 12 y 16 del cuaderno número 1, obran las cartas de 21 de diciembre de 1961 y 25 de abril de 1962, dirigidas por Talleres Centrales S. A. a Bogotana de Gas Limitada, referentes a la celebración del contrato que ha dado origen al presente litigio.

En la primera de ellas se expresa que el convenio consistió en que Talleres Centrales vendía a la Compañía Bogotana de Gas Limitada dos tanques para almacenamiento de L. P. G., de 18.196 galones de agua, por un precio total de $ 184.000.00 moneda corriente, incluyendo el montaje; y que el pago se haría en la siguiente forma: $ 25.000.00 a la firma del pedido y "$ 25.000.00 cada mes, hasta la entrega de los tanques, que será 180 días a partir de la firma del pedido y el resto del valor a la entrega de los tanques".

En la segunda se dice que el pedido correspondiente fue confirmado el 22 de diciembre de 1961 y que los tanques debían ser entregados "en 180 días hábiles, plazo que vence el próximo mes de julio".

Como lo anota el recurrente, estas dos cartas fueron presentadas por la compañía demandante, como prueba del contrato, desde la iniciación del juicio, sin haber reserva ninguna en cuanto a su contenido, y apoyándose en ellas (hecho 5º de la demanda) como medios demostrativos del convenio.

A tenor del artículo 1763 del Código Civil, debe aceptarse, por consiguiente, que tales cartas configuran el contrato para la fabricación y montaje de los dos tanques para gas licuado del petróleo, que la Compañía Bogotana de Gas Limitada encargó a Talleres Centrales S. A.

Dicho contrato fue de venta, conforme al artículo 2053 del Código Civil, que incluye entre los de ese tipo, la convención para la construcción de una obra material cuando el artífice suministra los elementos para su confección. Por consiguiente, le son aplicables las normas legales que determinan el régimen de la compraventa.

De los términos expresos de las dos cartas en referencia, se deducen las siguientes estipulaciones contractuales:

a) El contrato entró a regir el 22 de diciembre de 1961, fecha en que fue confirmado el pedido por la compañía demandante;

b) La entrega de los tanques debía verificarse a los 180 días hábiles contados a partir del 22 de diciembre citado, fecha de perfeccionamien-

to del contrato. este plazo, según las referidas cartas, vencía en julio de 1962.

c) El pago debía efectuarse así: $ 25.000.00 el 22 de diciembre de 1961, día en que el contrato quedó celebrado; $ 25.000.00 cada mes hasta la entrega de la obra, y "el resto del valor a la entrega de los tanques".

La parte demandante pagó los $ 25.000.00 iniciales y las cuotas periódicas, también de $ 25.000.00 cada una, correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo de 1962, es decir, en total la suma de $ 150.000.00 moneda corriente. Debía pagar además una cuota de $ 25.000.00 en el mes de junio, con la cual completaba la suma de $ 175.000.00, y el saldo, que era de $ 9.000.00, "a la entrega de los tanques".

El Tribunal no vio esto así, pues consideró que "con el pago de la cuota correspondiente al mes de mayo la demandante cumplió con la obligación que le correspondía, habilitándose para demandar contra el otro el cumplimiento contractual".

A esta conclusión llegó considerando que la carta de 25 de abril de 1962 implicaba una modificación del plazo para la entrega de la obra, plazo que según el sentenciador, originalmente se pactó en 180 días comunes, lo cual lo llevó a decir que al prorrogarse dicho plazo para la entrega, había que entender prorrogado también el plazo para el pago del saldo. Mas lo que resulta de la citada carta de 25 de abril es, como ya se explicó, una aclaración del término en el sentido de que los 180 días para la entrega de la obra eran hábiles y que vencían en julio de 1962.

Ya se dijo que las dos cartas aducidas por la entidad demandante como prueba del contrato son las que lo configuran, sin que ésta pueda alegar que la de 25 de abril de 1962 implica una modificación unilateral del término para la entrega por parte de Talleres Centrales, porque al aducir dichas cartas como prueba del convenio, la Compañía Bogotana de Gas se colocó en la situación prevista en el artículo 1763 del Código Civil, que dice: "Los asientos, registros y papeles domésticos únicamente hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, pero sólo en aquello que aparezca con toda claridad, y con tal que el que quiera aprovecharse de ellos no los rechace en la parte que le fuere desfavorable".

Es preciso recordar que según el último inciso del artículo 1622 del mismo estatuto, cabe interpretar las cláusulas de un contrato por la aplicación práctica que de ellas hayan hecho ambas partes, o una de ellas con aprobación de la otra. Esta es una regla de hermenéutica contractual aplicable al caso en estudio, pues no se remite a duda que Talleres Centrales dirigió a la Compañía Bogotana de Gas Limitada la carta de 25 de abril de 1962 en que habla de "180 días hábiles" como plazo para la entrega de los tanques, el cual vencía en julio de ese año, según tal comunicación; y esta interpretación del contrato por una de las partes, fue aceptada por la otra, como quiera que la sociedad demandante, que ordenó la hechura de la obra, nada le objetó en el particular a la empresa encargada de ejecutarla y continuó cumpliendo sus obligaciones hasta pagar la cuota de mayo.

Así, pues, el Tribunal incurrió en error de hecho en la interpretación del contrato, al estimar que la demandante había cumplido con el pago de todas sus cuotas periódicas por haber cubierto seis (6) de ellas y haber estimado que no estaba obligada a pagar la cuota del mes de junio. A esta última cuota no habría estado obligada si la entrega de los tanques hubiera tenido que verificarse el 22 de junio de 1962, es decir, si el plazo para la entrega hubiese sido de 180 días comunes; pero lo fue de 180 días hábiles, según la aclaración de que se ha hecho mérito, contenida en la carta de 25 de abril de 1962, que la sociedad demandante adujo sin reserva alguna sobre sus términos.

Tal error del Tribunal lo llevó a estimar que la compañía demandada estaba en mora de hacer entrega de la obra contratada, lo cual no es así porque según el artículo 1609 del Código Civil, "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 allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

La Corte ha dicho en el particular que "La parte que ha incumplido las obligaciones que le corresponden en un contrato bilateral, queda expuesta, de acuerdo con la ley, a la acción alternativa del artículo 1546 del Código Civil y a la excepción de contrato no cumplido del artículo 1609 ibídem; pero la primera de estas disposiciones, al conceder el derecho optativo al contratante diligente, lo niega implícitamente al que no ha dado cumplimiento a sus obligaciones, como lo impone la buena fe, que es principio básico del derecho contractual, porque la ejecución simplemente unilateral de un contrato sinalagmático pugna con la justicia y es inconciliable con la economía y el espíritu de ese acto jurídico. La acción de cumplimiento (1546, inciso 2º) corresponde exclusivamente al contratante que

ha cumplido por su parte sus obligaciones contractuales, porque es de este cumplimiento de donde surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas; de modo que para el ejercicio legalmente correcto de esta acción no basta que el demandado haya dejado de cumplir las prestaciones a que se obligó, sino que es indispensable también que se haya colocado en estado legal de mora, que es condición previa de la exigibilidad para lo cual es preciso que el contratante demandante haya cumplido por su parte las obligaciones que el contrato bilateral le imponía o que esté pronto a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, porque de otra manera el demandado no sería moroso en virtud del principio consignado en el artículo 1609 del Código Civil, que traduce en fórmula positiva el aforismo de que 'la mora purga la mora' '' (Tomos LV, página 71 y LX, página 686).

El sentenciador a mérito del error de hecho que se deja apuntado, quebrantó las disposiciones citadas por la censura, particularmente los artículos 1546 y 1609 del Código Civil: el primero por haberlo aplicado indebidamente al decretar el cumplimiento del contrato, y el segundo por haber dejado de aplicarlo al considerar en mora a la sociedad demandada, siendo así que era la demandante la que se encontraba en estado legal de mora.

Prospera, pues, el cargo analizado.

Al proceder la Corte a dictar la sentencia de reemplazo, observa que las mismas razones expuestas en el estudio del cargo propuesto, le sirven de base para casar la sentencia recurrida y confirmar la de primera instancia, absolutoria de la parte demandada.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de ocho (8) de septiembre de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y como Tribunal de instancia, CONFIRMA la de primer grado en cuanto deniega las súplicas de la demanda principal.

Condénase a la parte demandante a pagar las costas de la segunda instancia.

Sin costas en el recurso.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Flávio Cabrera Dussán, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

CONFESION

Fases en que se contiene la dinámica de la prueba de confesión. La indivisibilidad se predica de la confesión cualificada, pero no de la compuesta, cuya característica es precisamente la divisibilidad.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, diciembre 16 de 1967.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, con fecha 29 de octubre de 1963, en el juicio ordinario seguido por María de la Cruz Perdomo viuda de Palomino y otro frente a Diego Palomino.

I

El litigio

María de la Cruz Perdomo viuda de Palomino, en su carácter de cónyuge sobreviviente de Celso Palomino y, además, como representante legal de su menor hijo legítimo Alonso Palomino Perdomo, obrando para la sociedad conyugal que existió entre aquélla y Celso Palomino y para la sucesión intestada e ilíquida del último, trajo a juicio ordinario ante el Juez Civil del Circuito de Garzón a Diego Palomino, en procuración de las siguientes súplicas:

Que se reconozcan las calidades con que respectivamente obran los actores y su legitimación en la causa (1ª, 2ª y 3ª);

Que se decrete, por falta de pago del precio de $ 9.000.00, la resolución del contrato de compraventa consignado en la Escritura número 28, de 11 de marzo de 1960, de la Notaría del Agrado, "según la cual el señor Celso Palomino vende a Diego Palomino, su hermano legítimo (?), todos los derechos de dominio y posesión del primero en un globo de terreno denominado Loma de Cirilo, hoy La Esperanza, ubicado en la vereda de Chimbayaco, jurisdicción del Agrado, que figura bajo el número P-4 en los cuadros catastrales de este mismo municipio, compuesto de cultivos de café, sementeras, algunos árboles de cacao, pastos naturales y cultivados, rastrojos y montes; etc.", todo comprendido por los linderos que en la misma súplica se expresan, más las 17 reses vacunas que en el mismo contrato quedaron comprendidas (4ª);

Que se condene al demandado a restituir a la sucesión de Celso Palomino o a la referida sociedad conyugal o a una y otra conjuntamente, todos los bienes en tal instrumento relacionados (5ª);

Que, en subsidio de la acción resolutoria, se declare la "nulidad absoluta, por inexistente, del dicho contrato de compraventa, en razón de la falta de consentimiento, o consentimiento viciado, del supuesto vendedor, o si se quiere, también, de falta de causa real y lícita —es decir, falsa o prohibida— del mencionado contrato de compraventa" (6ª); y

Que la condena de restitución de bienes, como consecuencia obligada del acogimiento de cualquiera de las dos acciones dichas, se haga extensiva a sus frutos naturales y civiles e incluya la indemnización de perjuicios, considerándose al demandado como poseedor de mala fe; y que si no existieren los bienes total o parcialmente, por haber dispuesto de ellos o malversádolos el demandado, que éste restituya el precio o precios correspondientes.

En la relación de los HECHOS que se proponen como configurativos de la *causa petendi*, la parte actora advierte que, aunque en la Escritura número 28 de 11 de marzo de 1960, otorgada el día anterior al de la muerte de Celso Palomino,

se dijo que el vendedor "declara haber recibido de manos del comprador a su entera satisfacción" la suma de $ 9.000.00, precio de la venta, es el caso, sin embargo, que el demandado Diego Palomino en la absolución de las posiciones que acerca del dicho contrato se le propusieron, contestó: a la 7ª: "Sí fue cierto que por medio de la escritura porque se me pregunta celebré con mi sobrino el negocio que consta en ella, con el objeto exclusivo de conseguir el pago de dineros que yo le había suministrado"; y que luego, contestando a otras interrogaciones, insiste en dar respuestas como la relativa a la pregunta 11, a saber: "Como lo dije antes, al extenderse la escritura no se hizo entrega ninguna de dinero, sino que se legalizó (sic) con ellas las cuentas o deudas que mi sobrino Celso Palomino tenía conmigo".

En contestación al libelo, al referirse a los hechos, el demandado, entre otras manifestaciones, afirmó: que "no es cierto que Diego Palomino haya admitido que no pagó el precio de la compraventa, sino que ya lo había pagado"; que lo transcrito de la respuesta a la posición 7ª "no significa que no se hubiera pagado el precio, sino que ya se había pagado"; y, ante todo, dijo oponerse a "que por el juzgado se hagan las declaraciones solicitadas, tanto las principales, como las subsidiarias".

La primera instancia del juicio recibió fallo plenamente absolutorio del demandado, el que, a virtud de apelación de la parte actora, fue confirmado por el Tribunal Superior de Neiva, mediante sentencia de fecha 29 de octubre de 1963, con salvamento de voto de uno de sus magistrados. E interpuesto por la misma parte vencida, contra este pronunciamiento, el recurso de casación, entra la Corte ahora a definirlo.

II

Los motivos de la decisión recurrida

Argumento central de la sentencia es el de que las declaraciones de Diego Palomino, al contestar en posiciones las varias preguntas que se le formularon en relación con la pretendida falta de pago del precio de la compraventa de que trata la Escritura número 28 de 11 de marzo de 1960, constituyen una confesión indivisible, esto es que no puede escindirse en perjuicio del absolvente. El pensamiento del sentenciador al respecto cristaliza en los siguientes pasajes de su motivación.

"Ahora bien, al hacer sus declaraciones, el absolvente explicó la forma de pago, al decir que el tradente le adeudaba dineros con anterioridad a la escritura. Vale decir que la adición a las preguntas sobre el pago del precio en el acto del contrato tiene una íntima relación con su confesión de no haber entregado suma alguna en ese instante. La confesión es claramene indivisible, pues tales adiciones implican una aclaración sobre compensación con dineros debidos por el otorgante o transacción para definir las prestaciones recíprocas.

"Sería francamente inicuo capitalizar en contra del deponente su declaración de que no pagó en el momento del otorgamiento de la escritura, y ponerlo a probar la existencia de créditos anteriores a su favor y en contra del solicitante...

"...

"En todo caso, cualquiera que sea la hipótesis, queda en firme la causa evidente del contrato, la licitud de la operación, el consentimiento mutuo, la capacidad de las partes, y en general todos los requisitos esenciales y formales de un verdadero contrato de compraventa. Y en pie la afirmación hecha por el otorgante de que recibió el precio a satisfacción de manos del comprador".

Fijado así el criterio del juzgador, dice que no puede prosperar la acción de resolución del contrato y la consecuencial restitutoria de lo vendido, por no estar probado el incumplimiento de las obligaciones inherentes a los contratantes; que tampoco procede la súplica subsidiaria sobre nulidad del mismo contrato, por no aparecer demostrados los motivos que al respecto alega la parte demandante, y finalmente niega las demás peticiones de la demanda, por razones atinentes ya a su falta de claridad y unidad, o defecto de prueba, o por involucrarse puntos litigiosos sin demostración en el proceso o ser complemento de alguna de las súplicas denegadas anteriormente.

IV

El recurso extraordinario

La demanda de casación, oportunamente contestada por el opositor, propone contra la sentencia del Tribunal, un cargo único en el ámbito de la causal primera, que se hace consistir en que la sentencia acusada "por apreciación errónea de las posiciones 3ª, 7ª, 9ª, 11 y 13 absueltas por el demandado, que obran a folios 13 y 14 del cuaderno principal, con relación a la Escritura 28 de marzo 11 de 1960, Notaría del Agrado (cuaderno 1, folios 1 y 2), infringió por error

de derecho el artículo 609 del Código Judicial y como consecuencia, por falta de aplicación al caso del pleito los artículos 1546, 1626, 1627, 1757, 1849, 1928, 1930 del Código Civil, por tener como indivisible de la confesión hecha por el demandado de que *no pagó en dinero* en el acto de firmarse la escritura el valor de los bienes adquiridos, el hecho opuesto y diferente, de que pagó con créditos y cuentas pendientes anteriores a la compraventa, que como exceptivo del no pago en dinero, requiere prueba que no fue exigida por el Tribunal de Neiva".

Alega el recurrente que la cláusula segunda de la mencionada Escritura número 28 dice: "Que el precio en conjunto de esta venta es la cantidad de nueve mil pesos ($ 9.000.00) moneda corriente, suma esta que el vendedor declara haber recibido de manos del comprador a su satisfacción". Y el demandado Diego Palomino expresa al final de la misma escritura: "Que acepta esta escritura y el contrato de compraventa que en ella se hace constar por ser cierto el negocio y hallarse conforme en todas y cada una de sus partes".

"Sin embargo, en las posiciones absueltas, el propio demandado Diego Palomino niega que hubiera pagado en dinero al firmar la escritura el valor de los bienes y presenta como mérito de pago un hecho absolutamente diferente, o sea, que pagó con créditos y cuentas que tenía pendientes con el difunto, así: '... le compré lo que tenía la víspera de morirse porque en esta forma me aseguró por medio de escritura, las *deudas* que me debía' ... 'Celebré con mi sobrino el negocio que consta en ella, con el objeto exclusivo de conseguir el *pago de dineros* que yo le había suministrado' ... 'Como lo dije antes, al extenderse la escritura *no se hizo ninguna entrega de dinero,* sino que se legalizó con ella las cuentas o deudas que mi sobrino Celso tenía conmigo' ... 'La escritura tuvo por objeto el arreglar las *cuentas pendientes* que tenía mi sobrino para conmigo'. Lo subrayado es mío, folios 13 y 14 vuelto, cuaderno 1".

"El artículo 1849 del Código Civil dice que 'la compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a *pagarla en dinero*'. Y 'cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero y venta en el caso contrario' artículo 1850.

"Está dentro del espíritu de la ley en materia de compraventa, el contenido de la cláusula segunda de la prenombrada escritura 28, es decir que Diego Palomino pagó en dinero efectivo a su sobrino Celso los $ 9.000.00 del valor de los bienes, en el acto de la firma de la escritura.

"Pero si el mismo comprador niega el contenido de la escritura y afirma que 'no hizo entrega ninguna de dinero' sino que legalizó deudas y cuentas pendientes con su sobrino, es lógico que desvirtuado por el absolvente el 'no pago' en dinero al firmar la escritura, mal puede decirse que ese 'no pago' lo adiciona o complementa con otras aseveraciones en el sentido de que no pagó; todo lo contrario; presenta un hecho nuevo, una modalidad nueva de pago, a base de créditos y cuentas pendientes, que hace que su confesión se divida en dos partes, diametralmente distintas: la una en que se afirma que *no pagó* y la otra en que se dice *que pagó,* pero con créditos y cuentas pendientes de origen anterior a la venta, lo cual como hecho nuevo, exceptivo del no pago *en dinero* debe probarse a tenor de la última parte del artículo 609 del Código Judicial que reza: '... pero si el confesante ...' ".

Se apoya en la cita de una sentencia del Tribunal de Bogotá, sobre que "si en la escritura de compraventa se deja constancia del pago del precio y luego el comprador confiesa que no pagó, sino que su obligación se solucionó por oposición de créditos del comprador contra el vendedor, tal confesión es divisible; el comprador debe probar la existencia de los créditos que alega, porque nadie, por su sola afirmación, puede crearse un título a su favor (*Revista Justicia* números 36 y 37, página 390)".

Cita luego el artículo 1757 del Código Civil para sostener que "si el comprador Diego Palomino argüye que con créditos y cuentas pendientes pagó el valor de los bienes adquiridos por la Escritura número 28, debe demostrar la existencia de unos y otras; si estaban liquidados, si constaban en documento de fecha cierta y auténtica, si eran exigibles al firmarse la escritura y su monto o valor".

Alega que "contrariando esta clara situación jurídica, el Tribunal acogió en la sentencia la tesis de la indivisibilidad de la confesión del demandado, con lo cual violó la parte final del artículo 609 del Código Judicial sobre prueba de la confesión compuesta, su divisibilidad y las disposiciones citadas sobre resolución de los contratos y específicamente el de compraventa por no haberse probado el pago del precio".

Cita en seguida la que dice ser última sentencia de la Corte que trata del caso de la divisibilidad e indivisibilidad de la confesión de acuer-

do con el artículo 609 del Código Judicial, la cual sentencia es de 31 de agosto de 1960, publicada en la *Gaceta Judicial,* Tomo 93, página 155.

Y concluye que por cuanto el punto jurídico de la divisibilidad de la confesión en el presente caso no ofrece duda, pide a la Corte que case la sentencia de 29 de octubre de 1963, del Tribunal de Neiva, revoque la de primer grado y en su lugar declare resuelto por falta de pago el contrato contenido en la Escritura número 28 de 11 de marzo de 1960 de la Notaría del Agrado y ordene la restitución en favor de la sucesión intestada e ilíquida de Celso Palomino, de los bienes a que se refiere la mencionada escritura, o su valor, en el evento de que se haya dispuesto de ellos, junto con los frutos naturales o civiles desde la fecha de la escritura, día en que el demandado entró a beneficiarse de los bienes, como poseedor de mala fe. Y que se ordene la cancelación en el registro de la inscripción de la sobredicha escritura.

La oposición.

El contradictor en casación, luego de llamar la atención sobre la cláusula segunda del contrato de compraventa, en que "el vendedor declara haber recibido" la suma precio de la compraventa a su entera satisfacción, de manos del comprador, alega que "*haber recibido* es la locución verbal conocida con el nombre de infinitivo compuesto, o sea el que indica una acción pasada, según enseña don Andrés Bello bajo el número 711 de la decimaséptima edición de la Gramática de la Lengua Castellana", en donde el maestro del idioma, después de decir que "los infinitivos compuestos se forman con el infinitivo de *haber* y el *participio sustantivado* de los otros verbos: haber amado, haber tenido", agrega que "supuesto que el infinitivo simple denota presente o futuro respecto de la época designada por el verbo a que en la oración lo referimos, el infinitivo compuesto deberá tener valor de pretérito o de antefuturo respecto de la misma época".

Por donde argumenta el opositor que habiendo usado los contratantes al referirse al pago del precio el infinitivo compuesto "haber recibido" el comprador el precio, estaban declarando que "éste se había pagado antes de firmarse la escritura, circunstancia corroborada por las posiciones absueltas por el comprador cuando dijo que él había entregado el dinero antes de firmarse la escritura. Si hubiera declarado que el precio lo había pagado en el acto de firmarse la escritura sí se habría puesto en contradicción consigo mismo ... Se tendría entonces una contradicción del comprador, por lo cual su palabra no inspiraría fe, y una confesión del vendedor, confesión que habría que infirmarla por error de hecho. Resultando acordes la cláusula segunda de la escritura con la confesión del comprador en el sentido de que el precio había sido pagado antes de firmar la escritura, queda desvirtuado el cargo del recurrente, puesto que no hay contradicción ninguna, ni se ha tocado para infirmarla la confesión del vendedor de haber recibido el precio antes de firmar la escritura".

Consideraciones de la Corte:

1. Teniendo el acusamiento como punto de partida y piedra angular la imputación que se endilga al sentenciador, de quebranto del artículo 609 del Código Judicial, en la apreciación de la confesión hecha por el demandado al absolver las preguntas 3ª, 7ª, 9ª, 11 y 13 del pliego de posiciones a que se le sometió extrajuicio, conviene transcribir aquí el pasaje del fallo en que el Tribunal reprodujo lo concerniente a esa diligencia y alrededor del cual elaboró su pensamiento, determinativo de la decisión adversa a la demanda.

Dice así el juzgador: "Ya vimos que el actor presentó con la demanda, copia de unas posiciones tomadas extrajuicio al demandado. Al responder las mismas, Diego Palomino hizo las siguientes declaraciones: al responder la tercera pregunta dijo: 'Cuando Celso Palomino mi sobrino murió, no tenía nada, porque yo le compré lo que tenía la víspera de morirse porque en esta forma me aseguró por medio de escritura, las deudas que me debía'. La pregunta 7ª es de este tenor: '¿Cómo es cierto, sí o no, que según la Escritura pública número 28, de 11 de marzo del presente año de la Notaría del Agrado, usted aparece comprando, por la cantidad de $ 9.000.00 al señor Celso Palomino, pocas horas antes de la muerte de este último, la finca rural citada de 'Lomas de Cirilo', más 17 cabezas de ganado vacuno?' A ella contestó: 'Sí fue cierto que por medio de la escritura porque se me pregunta, celebré con mi sobrino el negocio que consta en ella, con el objeto exclusivo de conseguir el pago de dineros que yo le había suministrado'. La pregunta 9ª es esta: '¿Cómo es cierto, sí o no, bajo la gravedad del juramento que ha prestado, que, honradamente, usted no tuvo oportunidad de pagar al señor Celso Palomino, por el estado preagónico en que este último se hallaba cuando el contrato cierto o supuesto de que se ha hablado se elevaba a escritura pública,

la cantidad de $ 9.000.00?' A ella contestó: 'Como lo dije antes, la escritura se firmó con el objeto de legalizar con mi sobrino lo que me estaba debiendo y mi sobrino no estaba en estado preagónico porque se expresaba claramente'. La 11 posición dice: '¿Cómo es cierto, sí o no, que usted no está en condiciones de demostrar el hecho del pago de dicha suma al señor Celso Palomino, dado el estado preagónico de este último cuando la escritura se estaba otorgando, y ante la ausencia de otros elementos de prueba al respecto?' Respondió: 'Como, lo dije antes, al extenderse la escritura no se hizo entrega ninguna de dinero, sino que se legalizó con ella las cuentas o deudas que mi sobrino Celso Palomino, tenía conmigo'. La pregunta 13 es la siguiente: '¿Cómo es verdad, sí o no, que atendidas las condiciones de salud del vendedor aparente señor Celso Palomino cuando aquella escritura se estaba otorgando (por añadidura en nombre de dos personas analfabetas), usted no podía incurrir en la imprudencia de entregar aquella apreciable suma de dinero al señor Celso Palomino sin tomar muchas y adecuadas seguridades?' Contestó a ella el deponente: 'No había necesidad de tomar ninguna precaución sobre ese dinero, porque como lo he expresado, la escritura tuvo por objeto el arreglar las cuentas pendientes que tenía mi sobrino para conmigo'. Por último se le interroga así en la 16: '¿Cómo es cierto, sí o no, que si bien en la tan mentada escritura de compraventa —la número 28— se dice que el comprador ha pagado el precio, en conjunto fijado, de $ 9.000.00 y que el vendedor, de su lado lo ha recibido a satisfacción, lo evidente es bajo la gravedad del juramento prestado que Celso Palomino no lo recibió?' Y Diego repuso: 'La razón de ser de esa escritura lo he explicado, creo satisfactoriamente al contestar las anteriores preguntas' ''.

2. La confesión que se contempla invita a recontar, siquiera sea someramente, la doctrina que acerca de esta prueba y en relación con el punto de su unidad o pluralidad inspira la norma del artículo 609 del Código Judicial:

Por sabido se tiene que constituye confesión la declaración que una de las partes hace de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra (artículo 604); y que, como lo manda el aludido artículo 609, la confesión debe admitirse ''tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho'', a menos que se añadan ''hechos distintos y separados que no tengan íntima relación con el primero'', los que el declarante tendrá la obligación de probar si quiere favorecerse con ellos.

3. *Este texto pone a la vista el sistema legal colombiano sobre las tres fases en que se contiene la dinámica de la prueba de confesión, a saber: la* simple, *la* cualificada *y la* compuesta. *Se tendrá la primera o sea la* simple, *cuando el confesante se limite a declarar el hecho que le perjudica, lisa y llanamente, y, por lo tanto, tratándose de confesión en posiciones, cuando el absolvente se reduce a aceptar o afirmar sin aclaraciones y explicaciones el hecho por el que se le pregunta; se tendrá la segunda, esto es la* cualificada, *cuando el confesante declara el hecho, pero asignándole, ya una naturaleza jurídica distinta, ya una modalidad que lo caracteriza, ya una limitación que restringe su contenido o alcance: en todo caso, cuando ocurre la agregación de un hecho o circunstancia favorable al deponente que se halla en íntima conexidad, vale decir en condición de unidad jurídica, con el hecho que le sería perjudicial aisladamente considerado; y se tendrá la última o sea la* compuesta, *cuando la declaración contenga dos partes diferentes, en cuanto el deponente que acepta el hecho que le perjudica, alega otro distinto y separado que no constituye con el primero unidad jurídica alguna, sino que le es independiente, aunque si llegara a probarse por otros medios pudiera tener efectos jurídicos sobre aquél.*

4. *Tratándose de la primera de estas categorías o sea de la confesión simple, no puede presentarse problema alguno acerca de su inescindibilidad, porque ella por su propio enunciado, esto es en virtud de su propia naturaleza, supone esa condición, sin la cual no sería confesión simple. Así que es entre las otras dos especies de confesión: la cualificada y la compuesta, entre las que se encuentra contenido el criterio diferencial de nuestro derecho probatorio sobre la indivisibilidad o divisibilidad de la confesión, de manera que a términos del artículo 609 del Código Judicial, sabio en su formulación, la indivisibilidad se predica de la confesión cualificada, pero no de la compuesta, cuya característica es precisamente la divisibilidad.*

5. *La razón de ser de la indivisibilidad de la confesión* cualificada *estriba principalmente en una consideración de crítica racional y en otra de orden moral, a saber: es la primera la de que en esta especie de confesión no se declara sino un hecho con su propia naturaleza jurídica o configurado por sus modificaciones, adiciones y aclaraciones, o sea que el hecho confesado es el que resulta de todas estas circunstancias que*

lo determinan en su especie particular; y es la segunda o de índole moral, la de que sería inicuo escindir la deposición rendida en tales circunstancias, constitutivas de la unidad del hecho declarado, para aceptar solamente aquellas que hayan de perjudicar al confesante y repudiar las que le sean favorables, echando sobre él la carga de su prueba. Es que si un litigante no tiene otra prueba de su pretensión que la confesión de su contrario, si acepta que éste dice la verdad en lo que toca con la parte del hecho que le perjudica, moralmente carecería de razón para suponer que miente en lo relativo a la parte del mismo hecho *que le favorece.*

6. *Por el contrario, tratándose de la confesión compuesta o sea la que versa sobre hechos distintos e independientes, sin enlace alguno en su producción o en la relación de causa a efecto, y aunque el segundo pudiera tener repercusiones jurídicas sobre el primero —como sería verbigracia la declaración de quien, confesando haber contraído determinada deuda para con su preguntante, agregase no deberle ya nada por haber éste contraído después una deuda que compensó la del absolvente—, entonces, no teniéndose aquí la declaración de un solo hecho, sino la de dos diferentes y autónomos, es claro que, por esta inconexión o carencia de unidad jurídica, esa confesión sólo probará el hecho perjudicial al deponente, pero no el perjudicial a su contraparte y con que pretendiera favorecerse aquél, quien tendrá entonces sobre sí la carga de probar ese segundo hecho que ninguna vinculación inmediata y directa tiene con el primero.*

Tal es el sentido y alcance del artículo 609 del Código Judicial.

7. *En la doctrina así expuesta pueden verse inspiradas, entre otras sentencias de esta Corte, las de casación de fechas 28 de julio de 1955 (LXXX, páginas 753/57), 21 de febrero de 1956 (LXXXII, páginas 82/87) y 31 de agosto de 1960 (XCIII, páginas 153/58).*

8. El haz de las respuestas rendidas por el demandado Diego Palomino en posiciones extrajuicio y que el Tribunal tuvo a la vista en la objetividad cierta de sus términos y en la integridad de su contenido, no muestra nada distinto de lo que el sentenciador entendió que ellas decían, esto es que el precio cuyo pago se discute lo tenía entregado el comprador, desde antes de perfeccionarse el contrato, mediante suministros de dinero que le había hecho a su vendedor (posición 7ª), forma de pago con la cual se cubrió la deuda que el vendedor Celso Palomino tenía para con el comprador por razón de esos suministros. En este punto son coincidentes en el lenguaje expresivo usado por el absolvente, profano en derecho, las dicciones de las respuestas 3ª que habla de esa venta como forma que *aseguró* tales deudas; la 9ª que señala como objeto del contrato el de *legalizar* lo que el vendedor estaba debiendo; la 11 que insiste en que mediante la escritura se *legalizó* (sic) las cuentas o deudas que Celso Palomino tenía en favor del comprador; y la 13 en que se reitera la afirmación de que la escritura "tuvo por objeto el *arreglar* las cuentas pendientes" que el primero tenía para con el segundo.

9. Vale decir que la deposición que se contiene en el conjunto de esas respuestas y cuyo significado se hace culminante y definitivo en la contestación 7ª, en la que el absolvente expresó: "Sí fue cierto que por medio de la escritura por que se me pregunta, celebré con mi sobrino el negocio que consta en ella, *con el objeto exclusivo de conseguir el pago de dineros que yo le había suministrado*", no otra cosa delata que el hecho de haber pagado el comprador el precio mediante los suministros de dinero hechos anteriormente al vendedor.

10. A la luz de los ya sabidos principios acerca de la naturaleza estructural de la confesión, vese claro cómo la de que aquí se trata no va más allá de ser *cualificada* y por lo mismo *indivisible,* versando, como versa, sobre un hecho de unicidad notoria, es decir sobre un hecho que, aunque complejo en las circunstancias de su acaecer, ofrece ciertamente unidad jurídica, porque el haberse pagado el precio mediante los suministros de dinero efectuados antes por el comprador es el hecho mismo del pago íntimamente ligado a la forma en que fue realizado: el comprador absolvente dice que pagó el precio, sin desembolsar dinero en el acto mismo del contrato, pero con los dineros que ya había dado anteriormente.

11. Esta confesión en nada desvirtúa la afirmación de la cláusula segunda de la escritura de la compraventa, cuyo tenor literal reza: "Que el precio en conjunto de esta venta es por la cantidad de nueve mil pesos ($ 9.000.00), moneda corriente, suma esta que el vendedor declara haber recibido de manos del comprador a su entera satisfacción". Porque, aunque la cláusula no expresa que el precio se hubiera vertido en dinero al contado en el momento de suscribirse la escritura, por ella dice el vendedor

"haber recibido de manos del comprador a su entera satisfacción" aquella cantidad.

La locución "haber recibido" —como lo advierte el opositor—, informa el modo verbal denominado infinitivo compuesto, que indica una acción pasada, con valor de pretérito tratándose de época actual. Así que en ese "haber recibido" el precio, que declara el vendedor en la susodicha cláusula segunda de la Escritura número 28 de 11 de marzo de 1960, cabe perfectamente el significado de que tal pago ya se le había hecho, no discordando entonces en ello con lo expuesto por el comprador en la absolución de las posiciones, según ya están vistas.

12. Si en el caso *sub lite* la contemplada confesión del absolvente se tomase en contra suya para sólo hacerle decir que no pagó el precio, se desfiguraría el hecho confesado, quitándole un factor circunstancial que se compenetra con el mismo, hasta el punto de estructurarlo de manera particular. Es que el hecho declarado del pago se contiene en la agregación atinente a la forma como se hizo. En su esencia —se repite—, la deposición no fue otra que ésta: pagué el precio mediante los suministros de dinero hechos anteriormente.

13. Dada, pues, la indivisibilidad de esa confesión, cuyo carácter sirvió al sentenciador para apoyar en ella la conclusión de su pronunciamiento, mal pudo ser vulnerado el artículo 609 del Código Judicial, ni por ese medio ser infringidos los preceptos de carácter sustancial a que el recurso se refiere.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintinueve (29) de octubre de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al Tribunal de origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández, Arturo C. Posada, Conjuez.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

INDICE GENERAL

Pág.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS CONTRACTUALES. *Elementos que integran la acción. El incumplimiento de una obligación no siempre le infiere perjuicios al acreedor. En las acciones indemnizatorias derivadas de culpa contractual el actor debe probar la existencia de los perjuicios que pretende le sean resarcidos. Los artículos 30 de la Ley 26 de 1959 y 5º del Decreto legislativo número 0290 de 1957 no son normas de carácter sustancial.* Sentencia de 26 de enero de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Jorge E. Sabogal Perilla contra Daniel Gómez Tamayo.

Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava* ... 5

ARRAS. *En qué consiste y su finalidad. La estipulación de arras es de recibo tanto en la promesa bilateral de compraventa como en la promesa unilateral de venta o de compra. Obligaciones civiles. Garantía de su cumplimiento. Policitación. Resolución judicial. Su aplicación.* Sentencia de 21 de febrero de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Eduardo Tafur y otro contra Alejandro Monsalve.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* ... 17

ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR LESION ENORME. *Naturaleza jurídica de la compraventa. No siempre la venta de derechos hereditarios es aleatoria. Prueba adecuada para demostrar la lesión enorme. A qué equivale la expresión "error jurídico". La determinación de si un contrato es conmutativo o aleatorio es una cuestión de hecho y no un punto de derecho.* Sentencia de 22 de febrero de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Eduardo Escallón Umaña contra Alberto Escallón Guarín.

Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava* ... 27

Pág.

CONTRATO DE SEGURO. *Sus elementos peculiares. La prescripción de la acción penal no es un reconocimiento de la inocencia del procesado.* Sentencia de 7 de marzo de 1967. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Jaime Gutiérrez Rave contra la Compañía "La Fénix de Colombia S. A.".

Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse* ... 36

QUIEBRAS. *La Sala de Casación Civil de la Corte conoce también de los fallos de tipo penal que se produzcan dentro de tales juicios. El recurso de casación no procede contra la providencia que declara la cesación del procedimiento penal.* Providencia de 16 de marzo de 1967. Interpuesto contra la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, promovido contra la sociedad "Farmacia y Droguería Colón, Limitada".

Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse* ... 47

PARTICION MATERIAL. *Normas aplicables al juicio. En casación no pueden formularse nuevas objeciones al trabajo partitivo. No hay normas legales que ordenen al partidor levantar planos del terreno. Violación directa de la ley.* Sentencia de 17 de marzo de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio promovido por Alejandro Morales contra Moisés Torres R.

Magistrado ponente: doctor *Arturo C. Posada* . 49

DERECHO DE HERENCIA. *No se confunde con el de dominio. La sucesión por causa de muerte como uno de los modos de adquirir el dominio de los bienes por el causante. Alcance de la partición cuando no intervienen todos los copartícipes.* Sentencia de 18 de marzo de 1967. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio ordinario promovido por Josefina Rosero de Arteaga contra Miguel Angel Domínguez y otra.

Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava* ... 54

Pág.

REIVINDICACION. *Efectos y alcance del silencio del demandado en cuanto a la posesión de la cosa que se persigue. En qué radica la presunción legal en contra del demandado. Necesidad de establecer la identidad de lo que se pretende reivindicar. Carácter del artículo 214 del Código Judicial.* Sentencia de 31 de marzo de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el juicio ordinario promovido por Angela Regina Martínez Murillo contra Jesús Antonio Jiménez.

Magistrado ponente: doctor *Arturo C. Posada* 60

BALDIOS. REIVINDICACION. *Presunción de derecho en las adjudicaciones de baldíos. Facultades de la Corte al infirmar un fallo por cualquiera de las tres primeras causales de casación. La identidad de la cosa en la acción meramente declarativa de dominio y en la reivindicatoria. La confesión de un demandado no perjudica a los codemandados.* Sentencia de 5 de abril de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio ordinario promovido por Ramón Molina Ospina y otro contra Inés González v. de Angel y otro.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* 65

RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA CON SU CONSECUENCIAL INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. *Los artículos 1613, 1614 y 1617 del Código Civil no forman por sí solos una proposición jurídica completa. Carácter de los artículos 593, 597, 730, 731 y 722 del Código Judicial.* Sentencia de 19 de abril de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por Aníbal Vásquez y otro contra Leonidas Lara e Hijos Limitada.

Magistrado ponente: doctor *Aníbal Cardoso Gaitán* 84

LA VIOLENCIA GENERALIZADA COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO. *El examen de la prueba aportada al debate es cuestión de hecho que corresponde apreciar a los Jueces de instancia. Violación directa y violación indirecta de la ley. Alegación simultánea de error de hecho y de derecho respecto de unos mismos medios de prueba.* Sentencia de 25 de abril de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Joaquina Blásquez v. de Rodríguez Diago contra Antonio Restrepo Barco.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 97

Pág.

RESCISION POR LESION DE ULTRAMITAD. *Requisitos que debe llenar la demanda con que se inicia un litigio. El Juez debe efectuar la inspección ocular acompañado siempre de peritos, o testigos actuarios, según el caso. Opción del vendedor que sufre lesión enorme.* Sentencia de 9 de mayo de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Ricardo Pava Montenegro contra Luis L. Niño.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 105

CUANTIA DEL INTERES PARA RECURRIR EN CASACION. *El avalúo a que alude el artículo 51 del Decreto 528 de 1964, no está exento de las tachas de objeciones de que tratan los artículos 719 y 720 del Código Judicial.* Providencia de 11 de mayo de 1967, se declara mal denegado el recurso de casación propuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Andes, en el juicio ordinario promovido por Roberto Londoño contra Carlos Velásquez J.

Magistrado ponente: doctor *Arturo C. Posada* 113

HEREDERO. *Esta calidad puede probarse en juicio también con la copia del reconocimiento hecho en el de sucesión. Dos testimonios no forman el conjunto de que habla la ley para demostrar la posesión notoria de un estado civil.* Sentencia de 12 de mayo de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por Benjamín Díaz Caicedo y otros contra María Sabina Patarroyo de Cely.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 116

FILIACION NATURAL. *Petición de herencia y restitución.* Sentencia de 12 de mayo de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá, en el juicio ordinario promovido por Rosalba Garzón contra Guillermo Lancheros.

Magistrado ponente: doctor *Aníbal Cardoso Gaitán* 120

PODER. *El otorgado para demandar envuelve tácitamente para el apoderado la facultad de notificarse de la reconvención y demanda de mutua petición. Cuando es admisible su acumulación. Posiciones. Emplazamiento por edicto al absolvente. Nulidad procesal. Quien puede alegar nulidad por falta de citación o emplazamiento.* Sentencia de 12 de mayo de 1967. *No casa* la

Pág.

proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Agapita Torres v. de Cruz contra Alberto Otálora Z.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* 126

NULIDAD. *Es una sanción legal que se aplica a los que la ley prohíbe. Los actos a que alude el artículo 6º del Código Civil son actos jurídicos de orden sustancial. Diferencias entre las nulidades sustánciales o de derecho privado y las adjetivas o de derecho procesal. Alcance del desistimiento de una demanda. El desistimiento de un embargo o de un secuestro no implica el de ninguna pretensión o derecho sustancial. Medio que brinda la ley para evitar el quebranto de la prohibición de que trata el artículo 426 del Código Judicial. La acción de separación de bienes es irrenunciable.* Sentencia de 16 de mayo de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el juicio ordinario promovido por Eduardo Hernández Castilla contra Petrona Canoles.

Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava* 134

ACCION DE PERTENENCIA. *Condiciones para que pueda ser atendida la intervención del opositor. La sentencia en un juicio de pertenencia por usucapión, debe comprender también el análisis de la prueba del dominio pretendido por el opositor. Alcance de la simple oposición a una demanda de pertenencia. Cuando el opositor que no posee el bien no demanda su entrega, el juzgador no puede oficiosamente decretarla. En casación no procede acusar a través del planteamiento global del problema probatorio. Al juzgador de instancia compete estimar si los testimonios reúnen las calidades de responsividad, exactitud y calidad. La técnica de casación no autoriza entre mezclar cargos fragmentarios para completar unos con otros. Caso en que no se requiere la prueba específica de un estado civil.* Sentencia de 29 mayo de 1967. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por José Miguel Gómez Amaya contra Pablo Enrique Galán Bermúdez.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* 139

SIMULACION. *Interés jurídico para demandarla. Sociedad Conyugal. Régimen de bienes. Legitimación del cónyuge supérstite para entablar la acción de simulación. Los certificados de que habla el artículo 632 del Código Judicial compete expedirlos a los Jueces y Magistrados, pero no a los Secretarios.* Sentencia de 8 de junio de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Lucía Correa de Montoya contra Efraín Montoya Quirós y otros.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 149

SUSPENSION DEL JUICIO CIVIL MIENTRAS SE DECIDE UNA ACCION PENAL. *No está sujeta a casación la providencia del Tribunal por la cual se revoca el fallo de primer grado y en su lugar se decreta la suspensión del juicio. Sentencia. Su definición.* Providencia de 14 de junio de 1967. Se declara inadmisible el recurso de casación proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Julio César Díaz contra la Empresa "Expreso Trejos Limitada".

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 154

REPRESENTACION DE HIJOS MENORES. *La que ejerza en juicio por parte de la madre debe acreditarse con las respectivas partidas de estado civil, y no con la copia del auto de reconocimiento de herederos del difunto padre. Nulidad por ilegitimidad en la personería de la parte demandada.* Sentencia de 22 de junio de 1967. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Zipaquirá, en el juicio ordinario promovido por Mercedes Pinzón y otros contra la sucesión de Moisés Castañeda.

Magistrado ponente: doctor *Aníbal Cardoso Gaitán* 156

CASACION. *El auto que concede o deniega este recurso extraordinario y el que, en caso de duda, ordena el avalúo de la cuantía del interés para recurrir, deben ser firmados por todos los Magistrados del Tribunal que integran la respectiva Sala de Decisión.* Providencia de 24 de junio de 1967, se declara mal denegado el recurso proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio ordinario promovido por Rosa María de la Rosa v. de Villota contra Rosa Amelia de la Rosa de Enríquez.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* 161

DONACIONES. *La acción revocatoria en las donaciones. Competencia del Juez Civil para calificar la indignidad en los casos en que se*

Pág.

demanda con el fin de excluir a un presunto heredero, y en el desheredamiento, para resolver sobre su legalidad. La indignidad y el desheredamiento. Es una misma la causal de indignidad en los casos de desheredamiento y la de revocación de una donación por ingratitud, o sea la de haber incurrido el heredero o el donatario en atentado o injuria grave contra el causante o el donante. Lo que pudo haber hecho el desheredador, lo puede hacer el donante. En el juicio sobre revocación de una donación propuesto ante el Juez Civil, puede éste calificar hechos constitutivos de atentado grave contra el donante, hasta el punto en que, según su criterio, se halle configurada la comisión de un delito. Sentencia de 28 de junio de 1967. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Teodisio Pulido Bulla contra Rafael y Leopoldo Rodríguez Pulido o Pulido Rodríguez.

Magistrado ponente: doctor *Aníbal Cardoso Gaitán* 163

POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL. *Elementos que la constituyen. Dos testimonios no forman el conjunto de que habla el artículo 399 del Código Civil para demostrar la posesión notoria de un estado civil.* Sentencia de 30 de junio de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio ordinario promovido por Berta Muñoz Córdoba contra la sucesión de Luis Carlos García.

Magistrado ponente: doctor *Arturo C. Posada* 176

POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL. *Elementos que comprende este hecho complejo. El conjunto de testimonios de que habla el artículo 399 del Código Civil para probar la posesión notoria de un estado civil, debe estar constituido por tres declaraciones a lo menos. Respecto a la manera de comprobar la duración de la posesión de un estado civil, es contrario al buen sentido pretender que, tratándose de las declaraciones de testigos, tenga que constarle a cada uno de éstos la permanencia de esa posesión por un lapso no menor de diez años.* Sentencia de 3 de julio de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Nohemy Devia contra Ariel Leonel Bustos.

Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava* 185

Pág.

ACCIONES DE NULIDAD, DE SIMULACION Y PAULIANA O REVOCATORIA. *Son específicamente distintas y cada una tiene individualidad propia. Rasgos típicos de cada una de estas acciones. La acción Pauliana está únicamente establecida en favor de los acreedores anteriores al acto defraudatorio del deudor. El hijo no es heredero legitimario de su padre desde su nacimiento sino desde el momento mismo de la muerte del causante. En vida de éste, el presunto legitimario no tiene el poder de compelerlo a un dar, hacer o no hacer en vista de la sucesión por venir. En el consanguíneo llamado a ser legitimario, nada hay que en vida de su presunto causante le atribuya, frente a éste y por esa razón, la calidad de acreedor en el sentido y con las prerrogativas que el régimen legal de las obligaciones da a esta calidad. Recursos que en defensa de sus asignaciones forzosas otorga la ley a los legitimarios. Indirectamente los legitimarios disponen de la acción de simulación, con libertad probatoria, contra los actos fingidos de su causante. La norma final del inciso 1º del artículo 1155 del Código Civil, se opone a que esos herederos puedan valerse por analogía del principio de la acción Pauliana, para desconocer la eficacia de los actos celebrados por su autor.* Sentencia de 22 de agosto de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por José Antonio Losada Méndez y otros contra Miguel Méndez Méndez y otros.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* 191

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO. *La diligencia no es apelable. No ocasiona nulidad de lo actuado la falta de decisión acerca de una excepción perentoria expresamente invocada. Causal 2ª de casación. Comprobación de la existencia o constitución de una sociedad o compañía comercial. Condiciones del cargo por error de derecho. No procede alegar error de hecho y de derecho, simultáneamente, respecto de un mismo medio de prueba.* Sentencia de 30 de agosto de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario de Carlos Higuera R. contra la "Sociedad de Inversiones Agro-Industrial".

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 201

EMBARGO Y SECUESTRO. *La providencia de segundo grado decisoria del incidente de levan-*

Pág.

tamiento, no es susceptible de recurso de casación. Providencia de 31 agosto de 1967. Declara bien denegado el recurso, interpuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio promovido por Arturo D. Hernández contra José Nastasio Bernal.

Magistrado ponente: doctor *Aníbal Cardoso Gaitán* 208

ACCION DECLARATIVA DE PERTENENCIA POR PRESCRIPCION. *Falta a la técnica del recurso alegar error de hecho y error de derecho, simultáneamente, respecto de un mismo medio de prueba. El proveído que decreta o deniega la división de bienes comunes, es simplemente un auto interlocutorio.* Sentencia de 31 de agosto de 1967. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio promovido por Dolores Mantilla v. de Sarmiento contra Ricardo Mantilla y otros.

Magistrado ponente: doctor *Arturo C. Posada* 211

FILIACION NATURAL. *Causal 2ª de casación. Derecho hereditario del hijo natural en concurrencia con hijos legítimos del mismo padre o madre. Carácter del fallo que reconoce una filiación natural y su efecto retroactivo.* Sentencia de 6 de septiembre de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio promovido por Antonio o Luis Antonio Sefair Angel contra la sucesión de Antonio Sefair K.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 222

MANDATO. *Para la compraventa de inmuebles no se requiere escritura pública. Carácter de los incisos 11, 13 y 14 del artículo 36 de la Ley 23 de 1886, y de los artículos 657 a 659 del Código Judicial, 21 y 2149 del Código Civil. Autonomía del Tribunal en la estimación de las pruebas. Requisitos del error de hecho para que sea viable como causal de casación.* Sentencia de 18 de septiembre de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el juicio promovido por Zaineh Cristo A. contra Jorge Cristo J. y otro.

Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse* 229

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. *Causal 1ª de casación. Aporte de industria. Situación jurídica del socio industrial, sus deberes y derechos, y a quién corresponde la*

Pág.

facultad decisoria en la sociedad de responsabilidad limitada. El término de duración en los contratos de sociedad. Carácter de los artículos 1602, 2079 y 2673 del Código Civil. Sentencia de 10 de septiembre de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio promovido por Vacys Vileikis contra Jorge Llinás Olarte y otro.

Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava* 242

Salvamento de voto del Magistrado doctor *Ignacio Gómez Posse,* en el fallo a que alude el parte inmediatamente anterior de este índice 252

PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES. *Su definición. Sujetos activos y sujetos pasivos en la acción de indemnización. Legitimación para demandarla. Daños inferidos por contragolpe. Obligaciones del demandante en esta clase de acciones. Cuando un fallo tiene varios fundamentos, para infirmarlo en casación es preciso que se los ataque y destruya todos.* Sentencia de 18 de octubre de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio ordinario promovido por Rosana Alzate de Pérez contra Pompilio Palacio Mejía y otros.

Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava* 256

SUBROGACION REAL POR PERMUTA. *Objeto y requisitos para que se efectúe la de un bien raíz, propio de uno de los cónyuges por otro bien raíz, estando vigente la sociedad conyugal. Error de derecho.* Sentencia de 19 de octubre de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por María Rita Moreno de Rincón contra Buenaventura Nazaria Hurtado v. de Moreno.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 262

REFORMATIO IN PEJUS. *Cuándo puede el superior, excepcionalmente, modificar la parte no apelada de una decisión jurisdiccional. El artículo 494 del Código Judicial es una norma de carácter sustancial.* Sentencia de 20 de octubre de 1967. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Yarumal, en el juicio ordinario promovido por Guillermo Bermúdez contra Manuel Joaquín Espinosa y otra.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 269

Pág.

RESPONSABILIDAD POR DENUNCIOS PENALES. *Diferencia cualitativa entre el apoderado ordinario de otro y el representante legal o estatutario de una persona moral. Las personas jurídicas son directamente responsables ante terceros de los perjuicios que se les hayan causado por las denuncias de carácter penal culposamente interpuestas contra éstos por los legítimos representantes de tales entidades. No puede presumirse culpa del autor de una denuncia penal por el solo hecho de terminar el proceso con sobrescimiento o sentencia absolutoria.* Sentencia de 20 de octubre de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el juicio ordinario promovido por Emilio Caamaño Castro contra Ujueta & Compañía Limitada.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* 273

ERROR COMUN. *Aplicación de la máxima error comunis facit jus.* Sentencia de 7 de noviembre de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Dora Escamilla v. de Uribe contra el Instituto de Crédito Territorial.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 283

RESOLUCION DE CONTRATO DE PROMESA DE PERMUTA. *La acción respectiva es improcedente cuando ambos contratantes han faltado al cumplimiento de sus respectivas obligaciones. Exceptio non adimpleti contractus. Presupuesto procesal de demanda en forma. Su definición. Requisitos de la demanda de reconvención. La norma del artículo 1524 del Código Civil, no es concretamente atributiva de derechos subjetivos. Para que la censura en casación sea cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama "proposición jurídica completa". Naturaleza de ésta.* Sentencia de 16 de noviembre de 1967. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio promovido por Humberto Jaramillo Botero y otro contra José Manuel Toro E.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* 290

ENAJENACION DE COSAS EMBARGADAS. *Medios excepcionales de evitar que quede afectada del vicio de nulidad por objeto ilícito.* Sentencia de 21 de noviembre de 1967. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por Salvador Trinidad contra Emilio Gómez Soler.

Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava* 301

SOCIEDAD DE HECHO. *Intervención oficiosa del Juez en el examen de los presupuestos procesales. Contra sentencia inhibitoria no puede alegarse incongruencia. Pruebas del estado civil. La calidad de heredero puede probarse también con la copia del reconocimiento hecho en el de sucesión.* Sentencia de 22 de noviembre de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Leonor Julia Bastos contra Alejandra Ramírez.

Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse* 307

CASACION. COSTAS. *Idoneidad de la demanda de casación y su calificación previa. Deber del recurrente de señalar el derecho cuestionado, la norma de donde proviene y la realidad de su quebranto. El pronunciamiento de costas a cargo de un litigante no es susceptible de ataque en casación tomado en sí, ajeno a la decisión de mérito a que él accede. Evolución de la doctrina en esta materia.* Providencia de 27 de noviembre de 1967. Se declara *desierto* el recurso de casación, proferido por el Tribunal Superior de Girardot, en el juicio ordinario promovido por Isabel Ruiz y otro contra Hipólito Moreno y otros.

Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa* 311

COMPRAVENTA. *La obligación de dar la cosa vendida. De la cosa corporal vendida y su determinación en general. La determinación de los inmuebles vendidos.* Sentencia de 29 de noviembre de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por José de Bedout Moreno contra Tulia Caycedo v. de Latorre y otros.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández* 315

CONTRATO DE SOCIEDAD. *Su definición, características y elementos esenciales. Sociedad de hecho. Especies por razón de su origen. Sociedades de hecho entre concubinos. El consentimiento como elemento esencial del contrato de sociedad.* Sentencia de 30 de noviembre de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tuluá, en el juicio ordinario promovido por Vitalia Quintero contra José de Jesús Puerta Quintero.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 338

REVISION DE SENTENCIA. *Restricciones a que, en materia civil, se encuentra sometido este recurso extraordinario. Presupuesto indispensable para la admisión de la demanda, es el de que el actor acredite, desde el principio, los hechos en que ella se funda. Requisitos que deben llenar las pruebas que el revisionista presente con su demanda.* Providencia de 2 de diciembre de 1967. Se deniega el recurso de súplica, en el juicio promovido por Ana Cecilia D'Achiardi contra Fritz Resembaum.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández* 334

RECONOCIMIENTO COMO HIJO NATURAL DEL CONCEBIDO POR MUJER CASADA. *La sentencia que acoja la impugnación de la legitimidad presunta es una condicio iuris del reconocimiento. Evolución legislativa en materia de hijos extramatrimoniales. Concepto de reconocimiento, como declaración unilateral solemne irrevocable. Desarrollo jurisprudencial sobre la naturaleza y alcances del acto de reconocimiento.* Sentencia de 4 de diciembre de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por María Helda Herrera de Goyeneche contra la sucesión de Roberto de J. Herrera.

Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa* 339

PRUEBA DE TESTIGOS. *Cuándo puede invalidar lo consignado en una escritura pública. Contra sentencia absolutoria no procede invocar la causal 2ª de casación.* Sentencia de 5 de diciembre de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Esther Julia Cardona B. contra José Vicente Ramírez C.

Magistrado ponente: doctor *José Ignacio Posse* 345

TENENCIA Y POSESION. *Usucapión ordinaria y extraordinaria: distinción conceptual y sus requisitos. Distincion entre poseedor regular, simple poseedor y mero tenedor. Juego de las cargas probatorias. El animus como especificación de la condición jurídica del ocupante. La mera tenencia excluye la possessio ad usucapionem, salva la demostración de la interversio possessionis, por medio de un acto traslaticio o a través de una rebeldía cierta y localizada en el tiempo, acompañada de verdadera posesión con actos categóricos, patentes e inequívocos, en lapso suficiente.* Sentencia de 7 de diciembre de 1967. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario promovido por Vicente Hazbón Nassar contra la sucesión de Ana Francisca Mantilla de Jasbón (sic).

Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa* 349

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA PLENA DE CASACION CIVIL. *Objeto de su división en dos Salas y del llamamiento de la Plena Civil para dictar la decisión de fondo. El artículo 1º del Decreto legislativo número 1219 de 1955, no estableció la interdependencia jurisdiccional de las dos Salas Parciales, sino que mantuvo la autonomía de cada una en el campo de su propia competencia.* Sentencia de 9 de diciembre de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Hernando y Alfonso Devis E. contra Helena Gutiérrez de Torres y otra.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* 356

ORDINARIO SOBRE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO. Sentencia de 12 de diciembre de 1967. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por la Compañía Bogotana de Gas Limitada, contra Talleres Centrales S. A.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 371

CONFESION. *Fases en que se contiene la dinámica de la prueba de confesión. La indivisibilidad se predica de la confesión cualificada, pero no de la compuesta, cuya característica es precisamente la divisibilidad.* Sentencia de 16 de diciembre de 1967. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por María de la Cruz Perdomo v. de Palomino y otro contra Diego Palomino.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* 378

A D V E R T E N C I A

Además de las sentencias publicadas, la Sala de Casación Civil profirió durante los meses de enero a diciembre de 1967, las que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio.

Demandante	*Demandado*	*Fecha*	*Magistrado ponente Dr.*
Alfredo Guevara y otra	María de los Angeles Vanegas v. de Monroy	Febrero 3/67	Aníbal Cardoso Gaitán
María Isaura Bedoya	Sucesión de Aureliano Vélez Vélez	Febrero 9/67	Flavio Cabrera Dussán
Faustina Rivera v. de Avendaño	Melquisedec Figueredo López y otros	Febrero 20/67	Arturo C. Posada
Domingo Garzón	Florentino A. Robayo y otro	Marzo 9/67	Flavio Cabrera Dussán
Alberto Acevedo Sierra	Francisco Giraldo y otro	Marzo 13/67	Arturo C. Posada
Elena Pérez	Sucesión de Efraín Morales Porras	Marzo 14/67	Aníbal Cardoso Gaitán
Juan Pablo Uribe Villegas	Manuel Uribe Montoya y otro	Marzo 14/67	Enrique López de la Pava
Daniel Cañón	Paulino Cañón	Marzo 15/67	Flavio Cabrera Dussán
Rosalba Cárdenas	Ruperto Giraldo Alzate	Marzo 17/67	Flavio Cabrera Dussán
Sergio Cárdenas Roa y otros	Orlando Santofimio Acosta y otros	Marzo 17/67	Flavio Cabrera Dussán
Edelmira Navarro de Niño	Angélica Estévez v. de Lamus y otros	Marzo 30/67	Aníbal Cardoso Gaitán
Hipólita Carvajal de Murillo	Pablo Murillo	Marzo 31/67	Flavio Cabrera Dussán
Roxana Castilla Oliver	Tomas Colombo Paternina	Abril 21/67	Gustavo Fajardo Pinzón
Luis Eduardo Gómez Gallego	Lucio Granda Corrales y otros	Abril 24/67	Enrique López de la Pava
Alicia Ramírez de Durán	Alejandro Durán	Abril 29/67	Flavio Cabrera Dussán
Daniel Curieux y otros	Ricardo Castellanos Martínez	Mayo 9/67	Enrique López de la Pava
Plutarco Pacheco Ulloa	Jorge Hermida Gasca	Mayo 10/67	Aníbal Cardoso Gaitán
Hernando Amaya y otros	Agustín Nieto Cano y otro	Mayo 11/67	Ignacio Gómez Posse
Aurora Bonilla de Uribe	Compañía Cementos Portland Diamante	Mayo 12/67	Ignacio Gómez Posse
María de Jesús Díaz Vélez	Gabriel Junca Ospina	Mayo 20/67	Arturo C. Posada

Demandante	*Demandado*	*Fecha*	*Magistrado ponente Dr.*
Isidora Puín de Monroy	Dioselina Puín y otros	Mayo 24/67	Flavio Cabrera Dussán
Rosa Aura Córdoba	Sucesión de Alfredo Mejía Gordillo	Junio 7/67	Enrique López de la Pava
Belisario Sánchez B.	Sinforoso Ramírez	Junio 8/67	Enrique López de la Pava
Sociedad "Urbanización Autopista Lago de Chapinero Limitada"	Julio Alberto Madero Bernal y otra	Junio 13/67	Flavio Cabrera Dussán
Zoila Castro v. de Bustos y otros	Ernesto Bustos Castro	Junio 13/67	Gustavo Fajardo Pinzón
Irma Guzmán de Baffoni	Pablo Emilio Hernández Valverde	Junio 27/67	Ignacio Gómez Posse
Siemens Colombiana Ltda.	Departamento del Magdalena	Junio 28/67	Gustavo Fajardo Pinzón
Mary o Nelly Batista	Ciro Jácome Lemus y otro	Agosto 8/67	Enrique López de la Pava
Miguel Sánchez Góngora	Gilberto Luna y otro	Agosto 10/67	Arturo C. Posada
Luis Alberto Castiblanco	Sucesión de Marcelino Sarmiento Parra	Agosto 12/67	Flavio Cabrera Dussán
Gabriel Sánchez y otra	Sucesión de Campo E. Sánchez	Agosto 16/67	Ignacio Gómez Posse
Francisco José Langer	Magdalena Uribe Arias	Agosto 31/67	Aníbal Cardoso Gaitán
Ismenia Arenas	Cecilia Gutiérrez G.	Septiembre 1º/67	Enrique López de la Pava
María Luisa Jurado de Flórez	Sucesión de Francisco Flórez Cáceres	Septiembre 5/67	Gustavo Fajardo Pinzón
Filomena Sánchez y otros	Gerardo A. López Sánchez y otro	Septiembre 18/67	Aníbal Cardoso Gaitán
Inés Castrillón	Dora Aldana v. de Castrillón	Septiembre 29/67	Flavio Cabrera Dussán
Ana Rosa de Cortázar	Luis Alberto Sarmiento Lancheros y otros	Octubre 9/67	Flavio Cabrera Dussán
Magner & Villa Limitada	Rafael Niño Reyes y otros	Octubre 16/67	Ignacio Gómez Posse
Ana Cecilia D'Achiardi	Fritz Rosembaum	Octubre 20/67	Enrique López de la Pava
Ana Francisca Monsalve	Sucesión de Juan Vicente Afanador	Noviembre 16/67	Enrique López de la Pava
Francisco García García	Compañía Industrial de Leches Limitada	Noviembre 21/67	Gustavo Fajardo Pinzón
Rosa María de la Rosa v. de Villota	Rosa Amelia de la Rosa de Enríquez	Noviembre 22/67	Gustavo Fajardo Pinzón
Pablo Ortega López y otra	Alberto Guerrero y otra	Noviembre 29/67	Ignacio Gómez Posse
Julián o Julio Oviedo Varón	Lucía Figueroa y otro	Diciembre 4/67	Ignacio Gómez Posse
Leonel Echeverri y otra	Sucesión de Carlos Romero	Diciembre 4/67	Guillermo Ospina Fernández
Arturo Camacho F. y otra	Juan de J. Ortega del R.	Diciembre 5/67	Flavio Cabrera Dussán

Demandante	*Demandado*	*Fecha*	*Magistrado ponente Dr.*
Rafael Mira Jaramillo	Gerardo de J. Giraldo	Diciembre 7/67	Enrique López de la Pava
Jorge Isacaz	María Quinguantar v. de Qunán y otros	Diciembre 11/67	Ignacio Gómez Posse
Medardo Luna Cortés	Celia Rosa Chalarca de Echeverri y otro	Diciembre 11/67	Guillermo Ospina Fernández
Glauser & Compañía Limitada	Distrito Especial de Bogotá	Diciembre 12/67	Gustavo Fajardo Pinzón
María Felícitas Chamorro	José Eduardo Chamorro y otros	Diciembre 16/67	Enrique López de la Pava

48461—82

EN LOS TALLERES EDITORIALES DE LA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA SE TERMINO LA IMPRESION DE ESTE LIBRO EN DICIEMBRE DE 1982.